

3º CURSO POPULAR DE FORMAÇÃO
DE DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICAS

AULAS 5 E 6 - TEORIA DO CRIME – FATO TÍPICO: CONDUTA, NEXO, RESULTADO, TIPICIDADE E DOLO

08.03.2019

1. Fato Típico: é aquele evento descrito em Lei como crime ou contravenção. Se esse fato não estiver previsto na Lei ele será atípico, ainda que ele ofenda de maneira grave a moral, os costumes e os valores ético-sociais. Tanto faz também se esse fato ofender as Leis extrapenais, pois ele também será atípico. Ex: o pai que mantém relação sexual com a filha maior de idade de maneira consentida. Ele pratica incesto, fato que ofende gravemente os valores sociais, mas que não tem previsão legal.

Obs.: crime inominado: trata-se do fato que ofende as regras morais, éticas ou sociais. No Brasil, por força do princípio da reserva legal, não existe o chamado crime inominado, porque apenas a Lei, aquele veículo discutido e votado no legislativo, sancionado e promulgado pelo executivo, é que pode prever crime.

Os elementos do fato típico irão variar conforme a modalidade de delito.

Nos crimes materiais ou causais os elementos do fato típico são: conduta (ação ou omissão); resultado (é a modificação no mundo das coisas); nexo causal (é a ligação entre a conduta e o resultado); tipicidade (é adequação da conduta à previsão legal).

Nos crimes formais e nos de mera conduta os elementos do fato típico são: conduta e tipicidade.

Crimes materiais ou **causais** são aqueles que a Lei descreve a conduta e o resultado, exigindo para a consumação, a ocorrência desse resultado, como por exemplo, o homicídio.

Crimes formais ou **de consumação antecipada**, ou **de resultado cortado** são aqueles em que a Lei descreve a conduta e o resultado, mas para a consumação ele dispensa a ocorrência desse resultado, como por exemplo, na extorsão (“com o fim de obter”), isto é, basta a intenção de obter o resultado que é a vantagem indevida.

Crimes de mera conduta ou **de simples atividade** são aqueles em que a Lei descreve apenas a conduta, sem mencionar qualquer resultado, como por exemplo, a invasão de domicílio ou o reingresso de estrangeiro expulso.

2. Conduta: prevalece o conceito finalista, isto é, conduta é o movimento corpóreo, positivo ou negativo, consciente e voluntário dirigido a uma finalidade. O comportamento humano (gênero), do qual há duas formas ou espécies: ação e omissão. Os penalistas antigos, como NELSON HUNGRIA, chamavam a conduta de “ação” e as suas modalidades eram a ação propriamente dita e a omissão. Algumas teorias buscaram explicar a conduta, dentre elas se destacam:

a) **Teoria Naturalística, Clássica, Causal ou Mecanicista:** para essa teoria, conduta é o movimento corpóreo humano, voluntário, que produz um resultado, isto é, uma modificação no mundo exterior. Essa teoria preocupa-se com o comportamento humano, o movimento ou a inércia do agente.

A metodologia era a observação e descrição dos fenômenos empiricamente comprováveis (relação de causa e efeito).

São elementos da conduta:

(i) movimento corporal, empiricamente observável. Dificuldade em explicar a omissão (distensão muscular)

(ii) voluntariedade (não como conteúdo ou intenção, mas ausência de qualquer coação psicofísica. Ex: ato reflexo, inconsciente ou força física externa ao agente);

(iii) causação de um resultado.

Se um suicida pular na frente do trem, e o maquinista operava voluntariamente esse trem, matando o suicida, para essa teoria, houve conduta, porque o maquinista operava o trem de maneira voluntária.

É claro que o maquinista funcionou como mero instrumento nas mãos do suicida e ele será absolvido pela falta de culpabilidade. Isso porque em seu comportamento não havia dolo ou culpa. **Para essa teoria é possível conduta sem dolo ou culpa**.

Por conta dessa solução, essa teoria recebeu inúmeras críticas:

(i) ela afirma que conduta é um ato de vontade, mas ao mesmo tempo ela retira da conduta o conteúdo da vontade, isto é, dolo ou culpa. Existe aí uma contradição.

(ii) ela avalia o comportamento externo do homem, sem se preocupar com a análise da intenção, ou seja, na conduta só se preocupa com o movimento do homem, deixando para a culpabilidade a avaliação de sua intenção.

(iii) para essa teoria, conduta é um comportamento que necessariamente causa um resultado, e ela deixa sem explicação os crimes sem resultado, tais como os crimes de mera conduta, os omissivos próprios, os crimes formais e a tentativa.

(iv) essa teoria ingressa conflito com a teoria da tipicidade, porque se o fato é típico, presume-se até prova em contrário a ser promovida pelo réu a antijuridicidade. Ora, como analisar ou presumir a antijuridicidade sem avaliar dolo e culpa, ou seja, para essa teoria o fato é típico, independentemente de dolo ou culpa.

b) Teoria Finalista (HANS WELZEL): para essa teoria, conduta é o comportamento humano, voluntário e consciente, dirigido a um fim. Portanto, para essa teoria dolo e culpa pertencem à conduta, eles foram retirados da culpabilidade, que acabou sendo esvaziada.

A ação humana é o exercício de uma atividade final (distinção entre fato natural e ação humana).

No exemplo anterior do maquinista, para essa teoria, não houve conduta, o fato é atípico, porque o maquinista não teve dolo ou culpa com relação ao suicida que se jogou na frente do trem.

O comportamento humano possui dois aspectos: o primeiro aspecto é externo, é o movimento do corpo; já o segundo aspecto é o interno ou psicológico, a intenção do agente, dolo e culpa.

Para a teoria naturalística, a conduta só se enquadra no primeiro aspecto, ela é um movimento mecânico, mas para o finalismo serão necessários os dois aspectos para que haja conduta. Ora, se no mundo das coisas o dolo e a culpa integram o comportamento humano, mais razão existe de, no mundo das ciências penais, avaliar dolo e culpa com relação à conduta.

Etapas da conduta: (i) proposição do fim; (ii) escolha dos meios; (iii) análise dos efeitos concomitantes; (iv) realização da ação no mundo real.

Com isso, o finalismo explica de maneira satisfatória os crimes que não tem resultado, como a tentativa, os de mera conduta, os formais e os omissivos próprios.

No crime culposos, o resultado é involuntário, não faz parte da finalidade do agente. Esse é o ponto fraco do finalismo.

Os finalistas esclarecem que nos crimes culposos a vontade não se direciona para o resultado, mas do contrário, para o fim **de violar o dever objetivo de cuidado**, um dos requisitos dos crimes culposos.

Os críticos insistiram, porque o finalismo não consegue explicar a culpa derivada no esquecimento, porque essa culpa não é direcionada a fim algum.

Obs.: Funcionalismo Penal (Roxin e Jakobs)

-> Críticas de Roxin a Welzel:

I. a cultura moderna (década de 70) não acredita na ontologia, que, portanto, não pode ser a base do Direito.

II. os conceitos da Parte Geral do Código Penal (finalistas) não atendem as demandas da modernidade. Foram pensados para explicar o homicídio (grande problema penal da década de 40), mas são insuficientes / inadequados para explicar questões modernas (ex: automatismo nos crimes de trânsito, crimes econômicos, financeiros, ambientais) e, partindo da premissa finalista (ôntica) são verdades em si que não podem ser adaptadas. São monumentos belos, mas inúteis ou disfuncionais.

→ Momento Histórico: década de 70 em diante.

→ Premissa: todas as estruturas do Direito Penal devem ter seu sentido atribuído de forma a permitir que o Direito Penal cumpra a sua função.

→ Desde logo, a grande crítica do finalista ao funcionalista é o retorno à abertura conceitual do neokantismo, que poderia trazer de volta um direito penal nazista. Roxin responde que não há tal perigo, pois o Estado moderno é constitucional, fundado em direitos fundamentais e são fortes os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

É consagrada a classificação do funcionalismo (Mir Puig) como teleológico ou moderado (Roxin) Vs. Radical ou sistêmico (Jakobs)

➔ Para Roxin, a função do Direito Penal é a tutela subsidiária de bens jurídicos, no limite dos direitos e garantias fundamentais.

O crime seria fato típico, antijurídico e responsável (culpabilidade [imputabilidade e potencial consciência de ilicitude] e necessidade da pena [exigibilidade de conduta diversa]).

➔ Para Jakobs (funcionalismo radical) é destruída a tradicional teoria do bem jurídico. O Direito penal não tutela bens jurídicos, mas sim expectativas. A função do direito penal é a manutenção de expectativas normativas essenciais para a vida em sociedade.

c) Modelo Pessoal de Ação (Teoria Funcionalista – Roxin): as estruturas dogmáticas não devem ser extraídas de uma suposta realidade, como se lá se encontrassem prontas a serem descobertas pela ciência, mas, ao invés, devem ser construídas a partir do fim que desempenham na estrutura penal e, em última análise, do fim que o Direito Penal desempenha na estrutura social.

Teoria Pessoal da Ação: tudo o que se pode atribuir a um ser humano, como centro anímico-espiritual de ação, enquanto manifestação da personalidade. As ações dolosas e culposas são manifestações da personalidade, tanto quanto as omissões. A omissão por culpa inconsciente (esquecimento) é uma manifestação da personalidade que se pode imputar ao sujeito como infração da norma e contrária à proibição.

O ponto central da teoria é o significado que a ação adquire de acordo com o risco relevante que pode significar a um bem jurídico-penal.

Elementos da Conduta: dois são os elementos:

- a) Ação ou Omissão
- b) Ato de Vontade dirigido a um fim.

Casos de Ausência de Conduta: nesses casos, o fato será atípico e o agente absolvido, nas seguintes situações:

a) ato reflexo: é aquele que decorre de uma reação ou estímulo de um órgão ou músculo, tais como, espirrar, piscar os olhos, convulsão, sono, espasmo etc..

Obs.: não se confunde com o conceito de “ação em curto-circuito” (reação explosiva, automática, impensada a determinado estímulo, mas nas quais o movimento ainda se sujeita ao controle do indivíduo).

Também não se equipara a ato reflexo os automatismos (movimentos feitos para dirigir um veículo) e os movimentos repetitivos ou habituais (operário na linha de produção). Logo, são conduta.

b) ato inconsciente: é aquele em que o agente não tem ciência daquilo que realiza, como na hipnose, no sonambulismo e etc..

c) coação física irresistível: nesse caso, o coacto ou coagido será um mero instrumento nas mãos do coator, isto é, um prolongamento dos seus braços (*longa manus*). O coacto não tem vontade alguma, mas é impossível agir de maneira diferente.

Obs.: já na coação moral irresistível há conduta, mas o agente atua em uma situação em que não se pode exigir um comportamento diverso daquele realizado (exclusão da culpabilidade).

d) caso fortuito ou força maior.

Em consequência:

(i) aquele que para cometer um delito se vale de um sujeito que não realiza conduta é, em geral, autor direto do delito. O que não realiza a conduta jamais é autor;

(ii) é possível atuar em estado de necessidade contra os movimentos de que não se conduz, mas não cabe opor legítima defesa;

(iii) não e pode ser partícipe dos movimentos de um sujeito que não realiza conduta;

(iv) nos tipos em que se faz necessária a intervenção de uma pluralidade de pessoas, não se computa a pessoa que não pratica a conduta.

Formas de Conduta:

a) Ação: ela está relacionada aos crimes comissivos, ao movimento do corpo.

b) Omissão: ela está relacionada aos crimes omissivos, isto é, a não realização da conduta esperada. A omissão pode ser feita de duas maneiras:

(i) por inércia muscular, como ficar parado, dormir, etc..

(ii) por ação diversa da esperada. Quando o agente sai do local sem prestar auxílio, ou seja, tanto se omite aquele que fica parado apenas olhando, quanto o outro que sai do local correndo. Sendo assim, **é possível omissão por meio de ação**.

- Poder de Agir: possibilidade física de obedecer ao comando contido na norma (força física irresistível, ato reflexo, etc., não já conduta omissiva). Logo, todo tipo omissivo consiste em (a) uma abstenção evitável; (b) violação de um dever de ação imposto pela Lei.

Os crimes omissivos podem ser:

a) próprios ou puros: são aqueles em que a Lei descreve uma omissão incriminando-a, como o artigo 135 do CP (normas mandamentais, com tipificação legal expressa, que exprime dever geral de agir). Esse tipo de delito **não admite tentativa nem coautoria**, porque são delitos de mera (in)atividade, unissubsistentes (sem possibilidade de fracionamento do *iter criminis*).

Obs.: excepcionalmente há tipos penais omissivos puros que são crimes materiais, por demandarem a existência de resultado (artigo 168-A do CP – Apropriação Indébita Previdenciária)

b) impróprios, impuros, espúrios ou comissivos por omissão: nesse caso, a Lei descreve uma ação, mas ela atribui o resultado àquele que violou o seu dever jurídico específico de agir. Esse dever jurídico se encontra no artigo 13, § 2º, alíneas “a”, “b” e “c” do CP, como o caso da mãe que deixa de alimentar o filho que morre. Trata-se de uma norma híbrida. Essa modalidade de delito admite tentativa e coautoria, pois são crimes materiais.

Violam-se normas proibitivas, em que há um dever especial (exigência da posição de garante) de evitar o resultado

O nexo não é vínculo material ou físico, mas um vínculo normativo (não é simplesmente evitar o resultado, mas não evitar o resultado quando se tinha o dever de fazê-lo). Daí porque, tecnicamente o mais correto é falar em nexo de evitação, pois concretamente a omissão não causa nenhuma modificação do mundo exterior.

C. Omissivos Puros ou Próprios	C. Omissivos Impuros, Impróprios ou
--------------------------------	-------------------------------------

	Crimes Comissivos por Omissão
- dever jurídico de agir.	- dever jurídico de agir para impedir o resultado.
- não há resultado naturalístico no tipo. Ex: na omissão de socorro.	- resultado é relevante para o tipo.
- previsão típica direta: a omissão está expressamente prevista no tipo. - dever geral de agir	- garantidor (Art. 13, parágrafo segundo do CP): (i) dever legal (aquele a quem a Lei impõe o dever de guarda, proteção ou vigilância, como pais, policiais); (ii) dever contatual (aquele que de qualquer outra forma assumiu a responsabilidade de impedir o resultado (Ex: guia de natação, babá); (iii) dever de ingerência: aquele que com sua conduta anterior gerou o risco da produção do resultado

Obs.: o garante tem o dever de agir para impedir o resultado, mas não tem a obrigatoriedade de êxito.

Requisitos da Responsabilidade Penal nos Crimes Omissivos Impróprios (critério formal)

a) que o agente tenha o dever jurídico específico de atuar previsto no artigo 13, § 2º do CP. Logo, se constata que esses crimes **são próprios**, não é qualquer agente que os pratica, apenas aqueles arrolados nas alíneas “a”, “b” e “c” do § 2º do artigo 13.

Relação de causalidade

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido

Superveniência de causa

§ 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou

Relevância da omissão

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado

b) que o agente tenha o direito de agir ou atuar. Ex: a mãe que é impedida de alimentar o filho, porque o criminoso fica com uma arma apontada para sua cabeça. Logo a criança morre. A mãe será absolvida, mas, a coação moral irresistível exclui a culpabilidade ou a conduta? Depende. Se o crime for comissivo, isto é, um delito de ação, ela exclui a culpabilidade. Contudo, nos crimes de omissão, **ela exclui a conduta, porque a liberdade para agir é um dos elementos da omissão.**

c) dolo ou culpa. A omissão pode ser dolosa ou culposa, mas a omissão culposa só será penalmente relevante quando a lei, por exceção, incriminar essa modalidade de culpa.

De outro lado, se, por exemplo, o vigia pega no sono e a firma é furtada ele não cometeu crime algum, porque não existe furto culposos.

O dever jurídico de agir pode ser:

a) Específico: é para as pessoas que estão arroladas no artigo 13, § 2º do CP.

b) Genérico: ele se destina às outras pessoas que não estão inseridas no rol do artigo 13, § 2º do CP. O dever genérico está previsto no artigo 135 do CP, que prevê a omissão de socorro. Esse dever genérico serve para proteger a vida e a saúde da pessoa, ele não se destina à defesa do patrimônio.

Já o dever específico se destina a proteger a vida, a saúde ou o patrimônio das pessoas.

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido:

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado

Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

- Casos do Dever Jurídico Específico de Agir:

O dever jurídico de atuar irá surgir com base em três elementos, que são a Lei, a posição de garante e a ingerência.

a) Lei: trata-se da previsão do artigo 13, § 2º, alínea “a” do CP. Tanto faz se essa Lei for penal ou extrapenal, como por exemplo, o dever dos pais de zelar pelos filhos, que decorre do Código Civil, do ECA, do Código Penal e até da Constituição Federal, ou o dever do diretor do presídio frente ao custodiado, se esse preso vier a ser estuprado devido à sua omissão, ela vai responder por estupro.

b) Posição de Garante: previsto no artigo 13, § 2º, alínea “b” do CP. Nesse caso, o agente assume o compromisso contratual, ou não, oneroso ou gratuito, de zelar por alguém, ou por seu patrimônio. Fala-se em assunção voluntária da custódia.

c) Ingerência: previsto no artigo 13, § 2º, alínea “c” do CP. Quem com o seu comportamento anterior criou o risco da ocorrência do resultado. Nessa situação, o agente cria uma situação de perigo, onde nada havia. Por conta desse comportamento anterior, ele passa a ter o dever de impedir o resultado. Ex: desafio de natação.

Prevalece que o comportamento anterior pode também ser uma omissão (Figueiredo Dias exemplifica com alguém que é atingido pela queda de um telhado em mau estado de conservação, gerando ao proprietário a obrigação de socorrê-lo, pela posição de garante).

Prevalece que a conduta anterior pode ser lícita ou ilícita.

Obs.: existe duas situações em que o agente pratica um evento mais grave, mas sua responsabilidade penal será menos grave. Ex: A causa lesão corporal culposa em B; A omite socorro dolosamente, e B vem a falecer. A deveria responder consoante a previsão do artigo 13, § 2º, alínea “c” por homicídio doloso, porque sua conduta final foi dolosa. Entretanto, nosso Direito Penal afirma que A vai responder por homicídio culposo, nos moldes do artigo 121, § 4º ou artigo 302, parágrafo único, inciso III do CTB, isto é, homicídio culposo com resultado circunstanciado pela omissão de socorro. Existe aí uma contradição entre o artigo 13, § 2º do CP e as previsões do artigo 121, § 4º e do artigo 302, parágrafo único, inciso III do CTB. O fundamento se encontra na regra do artigo 12 da Parte Geral do CP.

Art. 12 - As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso

Obs.: É possível crime sem ação? Os delitos de posse, cuja constitucionalidade vem sendo intensamente discutida pela doutrina, principalmente quando a simples detenção de coisas ou objetos esteja desvinculada da produção concreta de perigo.

Juarez Tavares diz que a ação é a base naturalística do injusto e da culpabilidade. Quando a base empírica dos elementos do delito é desconstruída e substituída por juízos de valor emitidos apenas de conformidade com o poder normativo, a ordem jurídica deixa de ser democrática e passa ser a coletânea de enunciados jurisprudenciais, sem qualquer conteúdo crítico, com consequências desastrosas para a doutrina pena, que se transforma em seu mero repetidor.

Crimes de posição

Resultado ou Evento

O resultado em termos de Direito Penal poderá ser jurídico ou naturalístico.

a) Resultado Jurídico ou Normativo: trata-se da lesão ou do perigo de lesão ao bem jurídico. Todo crime, inclusive a tentativa, possui resultado jurídico. Isso porque, todo delito lesa ou coloca em perigo um bem jurídico, um direito, algo tutelado pelo ordenamento. **Não há crime sem resultado jurídico.**

Existe divergência doutrinária acerca da natureza jurídica do resultado jurídico ou normativo. Para ASSIS TOLEDO, o resultado jurídico é elemento do fato típico. Já para BETIOL o resultado jurídico é elemento da antijuridicidade. Logo, o fato é típico, sem resultado jurídico. Por exemplo: a funcionária subtrai 2 folhas de papel da secretaria. Pelo princípio da insignificância, não há lesão ao patrimônio. Para a primeira corrente, o fato é atípico, porque não houve resultado, eis que não há lesão patrimonial; para a segunda posição, o fato é típico, mas será excluída a antijuridicidade material, porque apesar da previsão da subtração, não houve lesão ao ordenamento, o patrimônio continua íntegro.

b) Resultado Naturalístico: trata-se da modificação no mundo das coisas, da modificação no mundo exterior provocada pela conduta. O resultado naturalístico é o efeito físico, fisiológico ou psicológico produzido pela conduta. Por exemplo: a destruição de um objeto no crime de dano é um efeito físico; a morte de uma pessoa é um efeito fisiológico no homicídio; e a intimidação feita no crime de ameaça é um resultado de efeito psicológico.

Não se pode confundir resultado naturalístico com consequência do delito. O resultado é elemento do fato típico. Logo, o resultado não influencia na pena, porque aquilo que integra o tipo não pode influenciar na pena, sob o risco de ocorrer *bis in idem*. Ex: não pode o juiz dizer “aumento a pena do homicídio em 1/6 porque a vítima morreu”. O resultado é o efeito da conduta previsto no tipo penal.

Já os efeitos extratipos são as consequências, não o resultado. As consequências influenciam na dosagem da pena; aliás, elas integram um dos elementos do artigo 59 do CP, a pena base. Ex: o agente que para subtrair bens do empresário mata seus dois seguranças e arranca a mão do empresário, vai responder por um crime de latrocínio, porque a primeira morte será utilizada como resultado, e os demais eventos serão empregados como consequência, autorizando o aumento da pena-base.

Nem todos os crimes possuem resultado naturalístico. Não possuem esse resultado os seguintes delitos:

(i) crimes de perigo abstrato;

- (ii) crimes de mera conduta;
- (iii) crimes omissivos puros ou próprios;
- (iv) a tentativa.

Ex: A atira na cabeça de B; B não morre. Não houve resultado naturalístico nessa tentativa, porque no homicídio o resultado naturalístico é a morte, o que não ocorreu. A lesão **não é resultado**, mas consequência.

Com relação aos crimes formais, o tipo penal menciona o efeito da conduta, mas para a consumação ele dispensa a ocorrência desse efeito. A rigor, esse efeito não é resultado, mas consequência, o exaurimento, pois o efeito só possui a categoria de resultado naturalístico quando ele for elemento do fato típico. Ex: art. 317, § 1º.

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

O resultado naturalístico nos crimes de perigo:

Perigo é a probabilidade do dano. Probabilidade é algo concreto, diferentemente da possibilidade que é algo mais remoto. O perigo possui duas teorias acerca da sua existência.

A primeira teoria é subjetiva. Ela afirma que o perigo não existe, ele faz parte da imaginação do homem. Já para a segunda teoria, que é objetiva, o perigo existe, ele é um trecho da realidade. Nosso Código Penal adotou uma teoria eclética ou mista com relação ao perigo, porque para o legislador o perigo existe, mas sua análise é subjetiva, isto é, ele depende de um juízo ou prognóstico do homem.

A partir dessa teoria, nosso legislador adotou duas modalidades de crime de perigo:

a) Crimes de Perigo Abstrato, Presumido ou de Simples Desobediência: nesses delitos, a Lei descreve uma conduta, presumindo de maneira absoluta que

dessa conduta irá surgir perigo. Ela presume que dessa conduta irá nascer um risco. Ex: porte de arma, posse de entorpecente.

Essa modalidade de delito não possui resultado naturalístico, porque a Lei descreve apenas a conduta.

Obs.: para parte da doutrina (LFG) essa modalidade de delito é inconstitucional, porque eles presumem de maneira absoluta culpabilidade, quando, na verdade, nossa Constituição consagrou a presunção de inocência.

b) Crimes de Perigo Concreto: são aqueles em que a Lei descreve uma conduta, mencionando o perigo que surge dessa conduta, exigindo para a consumação a demonstração desse perigo. Ex: Art. 250 do CP (incêndio).

Os crimes de perigo concreto possuem resultado naturalístico, porque o perigo existe, ele é real.

Nexo Causal: trata-se do liame, da ligação entre a conduta e o resultado naturalístico. Haverá nexos causais quando a conduta for a causa do resultado. O estudo do nexos causais não se estende a todos os delitos, porque ele só tem interesse nos delitos que possuem resultado naturalístico, tais como os crimes materiais, os crimes de perigo concreto e os omissivos impróprios.

Esse assunto não tem relevância para os delitos de mera conduta, para os crimes de perigo abstrato ou para os omissivos próprios, delitos que só possuem resultado jurídico.

Para os crimes formais é que reside a dúvida. Os crimes formais consumam-se com a conduta, apesar de a Lei descrever o resultado. Logo, no plano da tipicidade, o estudo do nexos causais não tem relevância nos crimes formais, uma vez que com a simples conduta, o fato já é típico. De outra parte, o nexos causais entre a conduta e o resultado terá relevância **para identificar o exaurimento,** influenciando na pena base, artigo 59 do CP, uma das circunstâncias judiciais.

Crimes de forma livre são aqueles em que a Lei não especifica os meios e a maneira de sua execução, eles podem ser praticados de qualquer maneira, por exemplo, homicídio.

Crimes de forma vinculada são aqueles em que a Lei especifica os meios e modos de se praticar a conduta, como por exemplo, o artigo 130, que é a exposição a perigo por relações sexuais ou ato libidinoso.

O estudo do nexo causal visa desvendar se determinada conduta causou ou não o resultado. A doutrina afirma que a avaliação do nexo causal só é relevante para os crimes de forma livre, ele não se presta aos crimes de forma vinculada, porque nesses delitos, apenas a conduta descrita no tipo tem importância, sendo desnecessária a investigação de outros eventos.

Teorias sobre a Causalidade Física:

Duas grandes teorias buscaram esclarecer essa questão no Código Penal:

1) Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais ou *Conditio Sine Qua Non*: para essa teoria, tudo aquilo que concorrer para o resultado, nas mesmas circunstâncias, será causa dele. Essa teoria não distingue causa, condição ou ocasião, porque tudo aquilo que concorrer para o resultado será relevante. Essa teoria faz regressos ao infinito, responsabilizando até os ascendentes do agente.

Por consagrar responsabilidade objetiva em direito penal, dois freios foram criados a fim de impedir esse regresso ao infinito. O primeiro deles é a causalidade psíquica, dolo ou culpa. Eles afastam a responsabilidade objetiva, porque em direito penal ela é subjetiva.

Além da causalidade psíquica, há também o procedimento hipotético de eliminação de THYRÉN, em que, todos os fatos são encadeados até o resultado. Se nessa cadeia um antecedente for retirado e o resultado não ocorrer, é sinal que esse antecedente é causa do resultado. De outra parte, se o antecedente for retirado e o resultado, mesmo assim, vier a acontecer, é sinal de que esse antecedente não é causa do resultado, e, quanto a ele, não haverá responsabilidade, isto é, nexo causal.

Essa teoria é a **regra** no Código Penal, ela foi adotada no *caput* do artigo 13 do CP.

2) Teoria da Causalidade Adequada (Art. 13, parágrafo primeiro): essa teoria distingue causa, condição e ocasião. Ela separa os antecedentes normais dos anormais, excluindo com relação a esses últimos o nexo de causalidade. Para essa teoria, apenas os antecedentes idôneos devem ser responsabilizados pelo resultado, excluindo-se o nexo causal frente àqueles antecedentes inidôneos. Nessa teoria, as causas ou concausas (fenômeno de confluência de mais de uma causa) devem ser aptas a produzir o resultado, porque se não houver essa característica, não haverá nexo causal.

Essas concausas podem ser absoluta ou relativamente independentes frente ao resultado.

Se as concausas forem absolutamente independentes, qualquer que seja o seu momento, pré-existente, concomitante, ou superveniente, sempre haverá rompimento do nexo causal e o agente não vai responder pelo resultado.

Solução distinta irá haver no caso de a concausa ser relativamente independente, porque, **em regra**, o agente vai responder pelo resultado.

a) Concausa Relativamente Independente Pré-Existente: A atira em B. B é socorrido. B é hemofílico. B morre no hospital em virtude do tiro, agravado pela hemofilia. A responde por homicídio, porque o bem jurídico tutelado no artigo 121 do CP é a vida, pouco importa o estado de saúde da pessoa, aliás, até nos casos de eutanásia, o agente responde por homicídio, mesmo que privilegiado, por relevante valor moral.

b) Concausa Relativamente Independente Concomitante: A e seus amigos perseguem B, torcedor do time rival; Para não ser linchado, B pula no rio; B morre afogado. A e seus amigos respondem por homicídio, porque B pulou no rio para adiar aquilo que era inevitável: seu linchamento e morte.

c) Concausa Relativamente Independente Superveniente que por si só não produziu o resultado: A atira em B; B é socorrido; no hospital B adquire infecção; B morre pelo tiro agravado pela infecção. A responde por homicídio, porque a obrigação do pronto-socorro é de meio, não é de resultado, o pronto-socorro deve prestar atendimento consoante as condições que possui.

No exemplo dado, se ficar comprovado que o diretor do hospital não trocou os filtros do centro cirúrgico por negligência, haverá em um único resultado, dupla responsabilidade: ele vai responder por homicídio culposo.

d) Concausa Relativamente Independente Superveniente que por si só produziu o resultado: A atira em B; B é socorrido; no hospital, durante a cirurgia, o teto desaba; B morre por asfixia decorrente do soterramento. A responde por tentativa de homicídio, porque o desabamento causou por si só a morte de B. A solução é a mesma das concausas absolutamente independentes, entretanto, é do contexto normal que uma pessoa alvejada seja encaminhada ao pronto socorro. Por isso, ela é relativamente independente.

A concausa relativamente independente que por si só produz o resultado cria uma nova linha de desdobramento frente à conduta inicial do agente. No exemplo dado,

se fosse aplicada a *conditio sine qua non*, A responderia pelo resultado morte, mas a teoria da causalidade adequada foi adotada expressamente no parágrafo primeiro do artigo 13 do CP, sendo uma exceção. Produzir por si só o resultado significa produzir com exclusividade, inaugurando uma nova linha de desdobramento da conduta inicial do agente. Por isso haverá rompimento do nexo causal e o agente não vai responder pelo resultado.

Se no mesmo contexto A tivesse atingido o peito de B, e no socorro a ambulância tomba e o peito de B é esmagado, com sua morte, A vai responder por homicídio consumado, porque a lesão no tombamento está na mesma linha de desdobramento da conduta inicial. Trata-se da concausa relativamente independente superveniente que por si só **não** produziu o resultado.

Mas se após o tiro no peito a ambulância tomba e o crânio de A é esmagado, A vai responder por tentativa de homicídio, porque o esmagamento produziu por si só a morte de B.

Concausas Relativamente Independentes Pré-Existentes ou Concomitantes que por si só produzem o resultado: A, por culpa, colide com seu carro no veículo de B; B feriu o braço de maneira leve; mas em virtude desse evento, ressurgiu em B uma patologia nervosa que ele tinha na infância; B morre exclusivamente por causa dessa doença.

A vai responder por homicídio culposo ou pela lesão culposa no braço de B? Há duas posições:

1ª posição: ele responde por homicídio culposo. Com base na teoria da conditio sine qua non, A deu causa à morte, porque suprimindo sua conduta, a morte não teria ocorrido, e ainda agiu com culpa.

2ª posição: A responde por lesão corporal culposa, porque se aplicando a analogia in bonam partem, deverá ser estendidos os efeitos do artigo 13, parágrafo primeiro às concausas relativas pré-existentes ou concomitantes que por si só produzirem o resultado.

A primeira posição critica essa postura de vanguarda, porque o artigo 13, parágrafo primeiro é uma exceção, e as normas excepcionais não admitem analogia, sob pena de o juiz se transformar em legislador.

Nexo Causal nos Crimes Omissivos

Três teorias buscaram esclarecer esta questão do nexo causal nos crimes omissivos, são elas:

1) Teoria naturalística: para essa teoria, a omissão, da mesma forma que a ação, no plano físico, pode ser causa do resultado, porque para essa teoria não impedir equivale a causar. A omissão é a chamada causa negativa.

Para essa teoria qualquer pessoa que podia evitar o resultado, e se **omite dolosamente**, irá responder por esse resultado, **independentemente** da existência de uma norma que lhe imponha o dever específico de agir.

Por exemplo, o homem vê uma criança passando mal na rua, pedindo socorro, mas ele não a socorre, em razão disso a criança morre. Para essa teoria o homem irá responder por homicídio.

Perante nosso Código Penal esse homem irá responder por omissão de socorro, não por homicídio. Logo, se percebe que a teoria naturalística não foi adotada isoladamente, porque para responder pelo resultado não basta se omitir, é necessário algo mais, isto é, a violação ao dever específico de agir previsto no art. 13 CP.

2) Teoria normativa (majoritária): para esta teoria a omissão no plano físico da causalidade, não causa o resultado, porque a omissão é igual a nada, e, do nada não surge coisa alguma.

No mundo físico é impossível visualizar nexo causal entre a omissão e o resultado, porque só as ações causam resultado.

Por exemplo, se a mãe não dá alimento ao filho, que vem a falecer, a causa da morte não foi a omissão, mas a desnutrição.

Para esta teoria o nexo causal entre a omissão e o resultado só será estabelecido **porque existe uma norma que impõe ao agente o dever de atuar. A violação a essa norma é que irá gerar um nexo causal.**

Essa teoria é seguida pela maioria absoluta da doutrina, como Paulo José da Costa Junior, Alberto Silva Franco, Damásio, Mirabette, LFG, Capez.

Para esses autores existe uma contradição entre a redação do caput do art. 13 CP, na parte que trata da omissão como causa do resultado, e a previsão do §2º do art. 13 do CP. Esses autores advertem que é necessário desconsiderar o caput nessa parte da omissão que compara a ação como causa do resultado.

3) Teoria mista ou eclética (minoritária): Para esta teoria a omissão é ao mesmo tempo naturalística e normativa. A base naturalística está no caput do art. 13 do CP, que afirma que a omissão causa resultado.

Já a base normativa, está no art. 13, §2º do CP, em que estão enumerados os casos do dever específico de agir. Logo, para essa teoria não há contradição entre o caput e o §2º do art. 13 CP.

Para o Ministro Assis Toledo e FMB nosso legislador adotou a teoria eclética.

Por exemplo, um policial vê uma pessoa passando mal, e ele não a socorre, essa pessoa vem a falecer. Esse policial irá responder por qual crime?

Depende. Se for adotada a teoria normativa ele responde por homicídio, porque ele possui o dever legal de socorrer, respondendo pelo resultado mais grave em virtude de não impedir o resultado.

Se for adotada a teoria eclética, e o policial conseguir provar que mesmo socorrendo a morte iria ocorrer, isto é, que o socorro seria inútil, ele não vai responder por homicídio, mas por omissão de socorro, porque **sua omissão não foi causa do resultado, mesmo que ele tenha o dever jurídico específico de atuar.**

Justificativa: é incoerente, para essa teoria, aplicar a *conditio sine qua non* para os crimes de ação que são os mais graves, e deixar de aplicá-la aos crimes de omissão que são os menos graves.

Teoria da Imputação Objetiva

Essa teoria teve origem no direito civil, no começo do século XX por meio do autor KARL LARENZ. Ela começou a ser aplicada no direito penal no final da década de 60, início da década de 70 por meio de outros dois autores, CLAUS ROXIN e GUNTHER JAKOBS, funcionando como um terceiro freio ou filtro na avaliação do nexu causal.

A partir dessa teoria tornou-se mais rigoroso o exame do nexu causal. Isso porque a teoria da imputação objetiva, ao invés de ampliar, **restringe a imputação.**

A teoria da *conditio sine qua non* estabelece a relação de causalidade, mas ela amplia demasiadamente o conceito de causa, considerando causa qualquer acontecimento sem o qual o resultado não teria ocorrido. Até os ascendentes do delinvente do infrator iriam responder pelo delito por ele causado, pois ela faz regressos ao infinito.

Limitando esse regresso ao infinito e a responsabilidade penal objetiva, surge então um segundo filtro ou freio que é a causalidade psíquica, dolo ou culpa.

Nosso legislador adotou uma composição entre essas duas medidas.

A partir da década de 70 começou a ganhar corpo outra teoria visando restringir ainda mais a imputação. É a teoria da imputação objetiva, que serve como um **terceiro filtro ou freio no estabelecimento do nexu causal.**

Para essa teoria o agente só responde pelo resultado se ele preencher três requisitos:

- a) a prática de uma conduta que cria um risco socialmente inadequado, isto é, acima do permitido;
- b) que esse risco tenha sido a causa do resultado;
- c) que o resultado esteja abrangido pelo tipo penal.

Por exemplo, A paga uma passagem aérea para B, na esperança de o avião cair, porque A quer a morte de B. De fato, o avião cai e B morre. Pela visão tradicional do estudo do nexu causal A deu causa ao resultado, porque eliminando sua conduta (comprar passagem), a morte não teria ocorrido. A ainda agiu com dolo, porque comprou a passagem na esperança de que B morresse no trajeto.

Contudo, pela teoria da imputação objetiva A não responde por nada, porque o risco criado (comprar passagem aérea) é socialmente adequado, ou seja, não está acima do permitido. Para a teoria da imputação objetiva é necessário que se preencha os três requisitos acima indicados para que haja imputação.

Natureza jurídica da Teoria da Imputação Objetiva: há duas posições acerca da natureza jurídica da teoria da imputação objetiva:

Para a posição dominante a teoria da imputação objetiva é uma causa de exclusão da tipicidade, isto é, sem imputação objetiva o fato é atípico.

Como o estudo desta teoria se concentra na avaliação do nexu causal, e o nexu causal é um dos elementos do fato típico, a exclusão de um dos 4 elementos que constituem o fato típico, irá gerar atipicidade.

Para a corrente minoritária a teoria da imputação objetiva exclui a antijuridicidade, significa dizer que o fato praticado seria típico, mas ele não ingressa conflito com todo ordenamento.

Há outra discussão acerca do alcance dessa teoria. Para uma corrente ela só se aplica aos crimes materiais, que são aqueles que possuem resultado, justamente porque ela é um elemento de avaliação do nexu causal. Para a outra corrente ela se aplica a todos os delitos, entre eles os formais e os de mera conduta, que são aqueles que não possuem resultado.

Como a teoria da imputação objetiva é uma teoria benéfica, o ideal é a sua ampliação para os crimes materiais, que exigem os três requisitos acima elencados. Para os crimes formais e de mera conduta basta apenas o primeiro requisito como complemento da conduta para que a teoria da imputação objetiva seja aplicada.

ELEMENTOS DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

1º Elemento: a conduta deve criar ou aumentar um risco socialmente inadequado. Ex: um alpinista experiente convida outro alpinista pouco experiente para escalar a cordilheira dos Andes. Logo, no início da escalada o pouco experiente cai e morre. Pela visão tradicional do estudo do nexu causal houve homicídio, mas pela teoria da imputação objetiva ele não responde por nada, porque a conduta é aceita, não houve um risco socialmente inadequado, uma vez que ambos eram alpinistas.

2º Elemento: que o risco criado tenha sido a causa do resultado. Ex: um farmacêutico vende, com receita médica, um remédio que está vencido. Em virtude disso, o doente morre. Percebe-se que a causa da morte foi o remédio, seu princípio ativo, que teria matado o paciente mesmo que não estivesse vencido. No exemplo dado, o farmacêutico criou um risco acima do permitido, mas esse risco criado pelo farmacêutico não foi a causa da morte, mas o próprio remédio. Logo, o farmacêutico não responde pelo resultado.

3º Elemento: que o resultado produzido esteja abrangido pelo tipo penal.
Segundo a teoria da imputação objetiva, o tipo penal não abrange dois resultados:

a) resultado assumido voluntariamente pela vítima: trata-se do princípio da auto-responsabilidade. Ex: A convida B para um “pega” de automóvel; logo, B bate o carro no poste e morre pelo acidente. Pela visão tradicional do estudo do nexu causal, A responde por homicídio, porque eliminando a conduta de A, a morte não teria ocorrido. Porém, para os adeptos da teoria da imputação objetiva, ele não responde pelo

homicídio. Isso porque, quando a própria vítima assume o risco, não há tipicidade, salvo nos casos expressos em Lei, como no artigo 122, que cuida da participação em suicídio.

b) resultado não previsto no tipo: o agente não responde pelo resultado, quando esse resultado é produzido por alguém que tinha o dever jurídico específico de impedi-lo e, esse último agente, atuar após a conduta do agente original.

Ex: A fere dolosamente a perna de B; B é encaminhado para o hospital; no pronto-socorro, o médico, por culpa, amputa a perna de B. A deveria responder pela lesão corporal qualificada pela perda de membro, sentido ou função, porque com base na *conditio sine qua non*, A deu causa ao resultado, pois eliminando sua conduta, B não estaria sofrendo uma intervenção médica. Ademais, o erro do médico incidiu na mesma linha de desdobramento da conduta de A, inviabilizando a aplicação da regra do artigo 13, parágrafo primeiro do CP, que é a teoria da causalidade adequada.

Contudo, para a teoria da imputação objetiva, A não responde pelo resultado, porque ele foi produzido por quem tinha o dever jurídico de impedi-lo, mesmo que esse agente tenha atuado na mesma linha de desdobramento da conduta original do autor.

Logo, A responde por lesão corporal simples, uma vez que a teoria da imputação objetiva amplia o âmbito de incidência do artigo 13, parágrafo primeiro do Código Penal, para alcançar também as causas que estejam na mesma linha de desdobramento da conduta do autor. Fica claro ainda que o médico também será responsabilizado por sua conduta culposa.

- Ação Diminuidora do Risco: ela ocorre quando o agente lesa um bem jurídico menor de uma pessoa, para preservar um bem jurídico maior dessa mesma pessoa. Nesse caso, o agente não vai responder pelo resultado.

Obs.: não se pode confundir a ação diminuidora do risco com o estado de necessidade, que ocorre quando o agente, para preservar bem jurídico de alguém, lesa outro bem jurídico de pessoas distintas.

Ex: A, para evitar que B seja apanhado em uma emboscada e morto, dá uma surra em B, evitando o resultado fatal. Trata-se de ação diminuidora do risco, que exclui a tipicidade, diferentemente do estado de necessidade, que exclui a antijuridicidade.

Na mesma situação, se A dá uma surra em B para impedir que B fosse agredido, não haverá ação diminuidora do risco, porque da mesma forma que o estado de necessidade, deve se observar o meio menos lesivo de afastar o perigo, pois no

exemplo dado houve a chamada “troca de risco”, um risco pelo outro, subsistindo aí imputação.

- Cursos Causais Hipotéticos:

Os cursos causais hipotéticos irão ocorrer quando o resultado teria igualmente acontecido, de outra forma, ainda que o agente não tivesse realizado sua conduta. Ex: momentos antes da execução de uma pessoa nos Estados Unidos, o pai da vítima invade o setor e mata o acusado por meio de arma de fogo. Apesar da divergência, prevalece o entendimento de que o pai da vítima irá responder pelo crime, pois seu ato foi criminoso, na medida em que ele violou a norma penal, que não perde sua eficácia pelo fato de o bem jurídico encontrar-se em perigo, devido a outra conduta.

Tipicidade: é o juízo de adequação do fato concreto no tipo legal. É o enquadramento do fato na previsão legal. Trata-se da subsunção do evento na previsão feita pelo legislador.

Se o agente mata a vítima existe tipicidade, pois o fato de matar alguém se encontra previsto no tipo legal do artigo 121 do CP. A natureza jurídica da tipicidade é ser um elemento do fato típico. Logo, sem tipicidade, o fato será atípico. Como qualquer elemento da doutrina do direito penal, a tipicidade sofreu **evolução**.

Em um primeiro momento, a tipicidade tinha significado amplo, porque ela abrangia o enquadramento do fato no tipo, e ainda ela era formada pela antijuridicidade, pela culpabilidade, pela punibilidade e até pelo exame de corpo de delito. No caso de o agente matar a vítima valendo-se da legítima defesa, não haveria tipicidade, porque nessa época, a tipicidade tinha conotação processual. Apenas após a sentença é que se revelava a existência, ou não, da tipicidade. Se a sentença fosse condenatória, havia tipicidade, se fosse absolutória, não havia.

A partir de 1.907, BELING iniciou a evolução do conceito de tipicidade. Ele afirmava que tipicidade era um mero enquadramento do fato concreto nos elementos descritivos ou objetivos do tipo legal. Ele ainda separava três juízos absolutórios distintos e sucessivos:

- falta de tipicidade;
- falta de antijuridicidade;
- falta de culpabilidade.

Sendo assim, se A mata B em legítima defesa, há tipicidade, pois esse fato se enquadra na previsão do artigo 121 do Código Penal. De outra parte, não há antijuridicidade.

A partir do estudo de BELING, foram retiradas da tipicidade a antijuridicidade, a culpabilidade, a punibilidade, etc.. A tipicidade então passou a ser um conceito penal. Por isso, é possível que haja tipicidade, mesmo que a sentença seja absolutória. O sistema criado por BELING organizou os institutos de Direito Penal e é utilizado até os nossos dias.

Na mesma época em que BELING desenvolvia esse sistema, outro jurista alemão, MAYER, desenvolveu um pouco mais esses conceitos. Ele aderiu às ideias de BELING, mas acrescentou dois novos aspectos:

- dentro da tipicidade também devem ser analisados os **elementos normativos do tipo**, não apenas os elementos objetivos ou descritivos como sustentava BELING.

- a tipicidade é indício de antijuridicidade, embora sejam institutos distintos. Se existe tipicidade, **presume-se** a antijuridicidade, até prova em contrário a ser promovida pelo réu.

Enquanto BELING separava demasiadamente tipicidade de antijuridicidade, MAYER aproximou esses institutos, reconhecendo, porém, que são distintos.

BELING aderiu às ideias de MAYER e, por conta disso, foi criada uma teoria, a teoria de BELING-MAYER ou **teoria da tipicidade indiciária**.

Para essa teoria, tipicidade é o enquadramento do fato nos elementos objetivos e normativos do tipo.

Até pela sua época (começo do século XX), os elementos subjetivos eram analisados na culpabilidade, mesmo porque, o finalismo surgiu na década de 30 do século XX.

Para os adeptos do finalismo, o conceito de tipicidade evoluiu ainda mais. Isso porque, o finalismo analisa dentro da tipicidade os elementos subjetivos, dolo ou culpa.

Exemplo:

- o artigo 155 do CP prevê “subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel”. O elemento objetivo é a expressão “subtrair coisa alheia móvel”; o elemento normativo é a expressão “alheia”; e o elemento subjetivo é a expressão “para si ou para outrem”.

- a funcionária subtrai para uso momentâneo um livro, devolvendo-o meia hora depois; ocorreu ai furto de uso, que não é crime, exceto no Código Penal militar. Para a teoria da tipicidade indiciária, a funcionária será absolvida por falta de culpabilidade, porque a subtração não foi para si nem para outrem. Já para o finalismo, ela será absolvida por falta de tipicidade, pois o elemento subjetivo “para si ou para outrem” integra a tipicidade.

Observações:

1. a solução da teoria da tipicidade indiciária é a mesma da teoria clássica ou naturalística, só que a teoria clássica diz respeito a conduta;

2. o finalismo não é incompatível com a teoria de BELING-MAYER, ele apenas complementa essa teoria, agregando-lhe novos elementos que são os subjetivos.

A partir do finalismo, a tipicidade passa a ser o enquadramento do fato nos elementos objetivos (BELLING), normativos (MAYER) e subjetivos (finalismo).

Há uma outra teoria que também aprecia a tipicidade. É a **teoria dos elementos negativos** ou **teoria da *ratio essendi***, que foi criada pelo jurista alemão WEBER, e no Brasil é sustentada por MIGUEL REALE JR.. Essa teoria entende que a tipicidade depende de dois requisitos:

1. o enquadramento do fato no tipo, que é a tipicidade formal.

2. ausência das causas de exclusão da antijuridicidade, a tipicidade material, que é a **análise da antijuridicidade dentro da tipicidade**.

Ex: se A mata B em legítima defesa, não há tipicidade para essa teoria, porque **a antijuridicidade e a tipicidade são praticamente as mesmas coisas**, isto é, todas as causas de exclusão da antijuridicidade excluem a tipicidade.

Por conta disso, o tipo penal do artigo 121 devia ser assim: “matar ilicitamente alguém”; ou “matar alguém, salvo em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito”.

Para essa teoria, a antijuridicidade passa a ser um dos elementos do tipo, que ainda possui outros elementos. Portanto, mesmo para essa teoria, tipicidade é distinta da antijuridicidade.

Tipicidade é o enquadramento do fato nos elementos do tipo; antijuridicidade é um dos elementos do tipo; elementos negativos são aqueles que devem estar ausentes para que haja tipicidade. No exemplo dado, a legítima defesa é um elemento negativo.

Nosso legislador adotou essa teoria, **como exceção**, como por exemplo, nos artigos 151 (devassar *indevidamente*), 153 (divulgar segredo de alguém, *sem justa causa*).

Teoria da Tipicidade Conglobante (ZAFFARONI): para essa teoria a tipicidade irá depender de dois requisitos:

1. tipicidade legal, que é o mero enquadramento do fato concreto no tipo penal;

2. **antinormatividade**: é preciso que o fato ingresse conflito, que o fato colida com todo o ordenamento, com todo o Direito. Sendo assim, ainda que haja enquadramento formal, não haverá tipicidade quando a prática do fato tiver sido ordenada ou ela for fomentada pelo Direito.

Para ZAFFARONI, o estrito cumprimento do dever legal exclui a tipicidade, porque o direito determina a atuação do agente nesse sentido.

No mesmo sentido, o exercício regular do Direito também exclui a tipicidade, porque sua prática é estimulada pelo Direito.

De outro lado, a legítima defesa e o estado de necessidade excluem a antijuridicidade, porque o ordenamento não ordena nem estimula as respectivas práticas, o ordenamento apenas tolera essas formas de agir.

Nosso Código Penal, da mesma forma que a teoria da tipicidade indiciária, trata destas quatro excludentes, no artigo 23, como excludentes da antijuridicidade.

Para a teoria dos elementos negativos, as 4 figuras excluem a tipicidade.

Para a teoria da tipicidade conglobante, há uma divisão na matéria porque o exercício regular de direito e o estrito cumprimento de dever legal excluem a tipicidade, já a legítima defesa e o estado de necessidade excluem a antijuridicidade.

A tipicidade pode ser direta ou indireta.

1. Direta: é aquela em que o fato concreto se enquadra imediatamente no tipo legal, sem a necessidade de se invocar uma norma da parte geral. É o que ocorre no caso da prática de um crime consumado.

2. Indireta, Mediata ou **por Extensão**: é aquela que ocorre quando o enquadramento do fato no tipo legal irá depender da interposição de uma norma da parte geral. A doutrina cita dois casos:

a) Tentativa: para que haja tipicidade na tentativa é preciso um complemento que amplie o tipo e que se encontra no artigo 14, inciso II do CP. Essa

norma irá fazer uma ampliação espacial ou temporal do tipo, para que haja enquadramento.

b) Participação: haverá uma ampliação pessoal do tipo legal. O artigo 29, parágrafo primeiro do CP amplia pessoalmente o tipo legal.

As normas do artigo 14, inciso II e do artigo 29, parágrafo primeiro são as chamadas **normas integrativas** ou **normas de extensão**, porque elas complementam a tipicidade.

Obs. 1: com relação à coautoria, a tipicidade é direta, não é necessário invocar a regra do artigo 29 do CP. Só será preciso invocar o artigo 29, quando cada coautor realiza apenas uma parcela da conduta, como, por exemplo, no furto do banco central em Fortaleza - CE.

Obs. 2: a doutrina é dividida também com relação ao artigo 13, parágrafo segundo, que trata dos crimes comissivos por omissão, acerca de a tipicidade ser direta ou indireta. Da mesma forma que a coautoria, será necessário avaliar o caso concreto para saber se a tipicidade é direta ou indireta.

Teoria do Tipo: tipo é a descrição abstrata de uma conduta permitida ou proibida. Logo os tipos podem ser permissivos, como a legítima defesa ou incriminadores, como o homicídio.

Tipo Incriminador ou Legal é a Lei que descreve uma conduta proibida. Esses tipos se concentram na parte especial do Código Penal e nas leis especiais, nunca na parte geral, que só possui tipos permissivos.

A Lei que constrói um tipo deve partir de um núcleo ou verbo, utilizando linguagem objetiva, resumida e sintética.

Funções do Tipo:

1. garantir a liberdade da pessoa. Isso porque só são proibidas criminalmente as condutas previstas pelo tipo incriminador. Pelo princípio da reserva legal, somente a Lei pode criar o tipo incriminador, que garante a liberdade das pessoas.

2. indicar a antijuridicidade.

3. assinalar e concretizar a antijuridicidade. Assinalar significa incriminar uma conduta permitida pelo prisma extrapenal. Por exemplo, na década de 60 incriminou-se o lança-perfume. Concretizar significa incriminar uma conduta que já era

proibida pelo Direito extrapenal. Por exemplo, a advocacia administrativa era um ilícito administrativo, mas que se tornou crime a partir do Código Penal de 1940.

4. marcar o início e o término do *iter criminis*, auxiliando a distinguir os atos preparatórios dos executórios, ajudando no estudo da tentativa.

Elementos do Tipo:

Os elementos do tipo são os dados que compõe sua definição, e esses elementos podem ser objetivos, normativos e subjetivos.

1. Elementos Objetivos ou Descritivos: são aqueles em que há um juízo de certeza acerca do seu significado, tais como, subtrair coisa, matar alguém, etc..

2. Elementos Normativos: são as expressões cuja apuração do seu significado irá depender de um juízo de valor cultural ou jurídico do aplicador do direito, tais como, repouso noturno.

3. Elementos Subjetivos: são aqueles que dizem respeito à intenção do agente, ao ser estado de ânimo. Eles se dividem:

a) motivos: são os antecedentes psíquicos da conduta, o motivo faz nascer a vontade, por exemplo, motivo fútil ou torpe;

b) dolo: é a vontade de realizar a conduta descrita no tipo;

c) finalidade: alguns autores chamam de dolo específico, que é aquele que vem logo em seguida da vontade original, como o artigo 121, parágrafo segundo, inciso V, que prevê o homicídio conexional, “a fim de assegurar a impunidade ou proveito de outro crime”, a chamada conexão teleológica.

Classificação dos Tipos:

1. Tipo Normal e Tipo Anormal

Tipo normal é aquele que só possui elementos objetivos, como “matar alguém”. Tipo anormal é aquele que possui elementos objetivos e normativos ou subjetivos, como por exemplo, o artigo 121, parágrafo primeiro, que prevê o homicídio por relevante valor moral ou social.

Obs.: para o finalismo todo tipo é anormal. Isso porque, o dolo (elemento subjetivo) e a culpa (elemento normativo) integram a descrição do tipo legal.

2. Tipo Fechado e Tipo Aberto:

Tipo fechado é aquele em que a Lei contém todos os elementos da conduta criminosa. Tipo aberto é aquele cujo complemento é realizado pelo aplicador do Direito. Por exemplo: a rixa (Art. 137 do CP), a Lei não define todos os elementos da conduta criminosa, isto é, ela não diz o que é rixa, ou o número de rixosos.

3. Tipo Fundamental e Tipo Derivado:

Tipo fundamental ou básico é aquele descrito no *caput*, é a definição mais simples da conduta e, por isso, ele também é chamado de tipo simples.

Tipo derivado é aquele que complementa a definição do tipo, agregando-lhe novos elementos, que em regra vão estar nos parágrafos. Os tipos derivados que beneficiam o réu são chamados de tipos excepcionais ou privilegiados, como por exemplo o artigo 121, parágrafo primeiro do CP, que prevê o homicídio privilegiado por relevante valor moral ou social.

Já os tipos derivados que agravam a situação do réu são chamados de tipos qualificados e se dividem em:

- qualificadora: é aquela que possui pena própria, mínima e máxima, como o artigo 121, parágrafo segundo.

- majorante ou causa de aumento de pena: é aquela que não estabelece pena própria, mas ela aumenta a pena base por meio de uma fração.

4. Tipo Simples e Tipo Misto:

Tipo simples ou delito de ação única é aquele que contém um único núcleo ou verbo, como os artigos 121, 129, 155. Tipo misto é aquele que possui mais de um verbo e ele também chamado de delito de ação múltipla, e pode ser:

- tipo misto alternativo: é aquele que possui em seu núcleo mais de um verbo, mas para a configuração do delito basta a prática de apenas um deles. Por exemplo, artigo 122 (participação em suicídio).

- tipo misto cumulativo: é aquele que contém em seu núcleo mais de um verbo e todos esses verbos ou condutas devem ser praticados para que haja a caracterização do crime, como por exemplo o antigo artigo 213 e o artigo 242.

Obs.: não se pode confundir o tipo misto cumulativo com o tipo acumulado, que é aquele que possui em seu núcleo mais de um delito autônomo e, a prática das diversas condutas ali previstas irá fazer com que o agente responda por mais de um

crime em concurso material. Por exemplo: artigo 208 do CP, que prevê o ultraje a culto religioso.

Obs. 2: no tipo misto cumulativo o agente pratica um só crime, que possui mais de um verbo. No tipo acumulado ele pratica mais de um crime com mais de um verbo.

Obs. 3: o tipo acumulado é aquele que possui várias condutas separadas por ponto e vírgula. O tipo misto alternativo é aquele que possui as condutas separadas pela conjunção alternativa “ou”. No tipo misto cumulativo, as condutas são separadas por meio de vírgula.

5. Tipo Congruente e Tipo Incongruente:

Tipo congruente é aquele em que há coincidência entre a vontade, o fato concreto e o tipo legal. É o que ocorre com os crimes materiais consumados. Tipo incongruente é aquele em que não há coincidência entre a vontade, o fato concreto e a descrição legal da conduta criminosa. Isso ocorre nos seguintes casos:

- tentativa: trata-se da figura em que a vontade fica além do evento praticado; a vontade é de consumir o delito, mas por uma circunstância alheia à sua vontade, ele não consegue.

- crime *praeter doloso*: é aquele em que a vontade fica aquém do evento produzido.

- delitos aberrantes: como o artigo 73, que cuida da *aberactio ictus* ou erro na execução e a *aberactio criminis* ou resultado diverso do pretendido.

Conflito Aparente de Normas

Essa figura jurídica irá ocorrer quando um único fato se enquadra em mais de um tipo legal. O conflito aparente de normas é aparente, não é real, porque na verdade, após a aplicação de determinados critérios, o fato irá se enquadrar em um único tipo.

Os requisitos do conflito aparente de normas são os seguintes:

- unidade de fato;
- pluralidade de tipos em que o fato se enquadra;
- vigência simultânea desses tipos legais.

O conflito aparente de normas não se confunde com o conflito de leis no tempo, em que um fato é praticado na vigência de uma lei, e surge uma nova lei revogando a anterior. Nesse caso, estaremos diante de um único fato que se enquadra em mais de um tipo, mas existe aí uma sucessão de leis. No conflito aparente de

normas, a diferença é que ambas as leis estão em vigor simultaneamente. Isso no tempo da prática do fato.

O conflito aparente de normas é regulado por meio de alguns princípios:

1. Princípio da Especialidade:

Trata-se do princípio em que um fato descrito em uma norma genérica também se encontra previsto em outra norma específica, **norma essa que lhe agrega novos elementos, isto é, mais alguns detalhes**. Por exemplo: o artigo 121 prevê o fato “matar alguém”, fato esse que também encontra previsão no artigo 123, que agrega outros elementos, tais como: o próprio filho; durante ou após o parto; estado puerperal. Se a mãe realiza a morte do filho preenchendo esses requisitos, apesar de a situação se enquadrar no artigo 121, será aplicada a norma do artigo 123, infanticídio, que é especial.

Obs. 1: no princípio da especialidade pouco importa a pena, tanto faz se a norma especial é mais grave ou mais branda.

Obs. 2: para saber se um crime é especial frente ao outro, basta observar a quantidade de elementos, a riqueza de detalhes.

2. Princípio da Subsidiariedade:

Trata-se do princípio e que duas ou mais normas incriminam um comportamento que ofende o mesmo bem jurídico, **prevalecendo nesse caso a norma mais grave**. Na subsidiariedade a norma primária, principal, mais grave irá prevalecer sobre a norma secundária, subsidiária, mais leve.

O princípio da subsidiariedade pode ser tácita ou expressa.

a) Subsidiariedade Expressa: é aquela em que a norma **declara textualmente** que ele só será aplicada, **se não houver outro fato mais grave**. A própria norma declara que provavelmente ela será subsidiária de outro tipo.

Ex: o artigo 314 prevê o extravio ou sonegação de livro ou documento público e a própria norma declara que esse tipo deixará de ser aplicado se sobrevier um fato mais grave. No caso de o funcionário ganhar vantagem sua conduta irá incidir no artigo 317 e, ao infringir dever funcional, sonegando o livro, sua conduta irá se enquadrar no parágrafo primeiro do artigo 317, corrupção passiva circunstanciada em que a pena máxima será o quádruplo da pena máxima do artigo 314.

b) Subsidiariedade Tácita ou Implícita: é aquela em que uma norma funciona como elemento qualificador, causa de aumento de pena de outra norma mais grave. Isso ocorre nos delitos complexos. Por exemplo: A atropela B; A ingressa fuga e omite socorro; B morre no local. A não vai responder pelo evento em concurso com a omissão de socorro, pois a omissão de socorro, apesar de delito autônomo presente no artigo 135 do CP, ela funciona como causa de aumento de pena prevista no artigo 302, parágrafo único, inciso III do CTB.

Obs.: quando uma norma integra a outra será observada apenas uma delas, por força do princípio da subsidiariedade tácita, salvo, quando a norma ressaltar **expressamente**, a cumulativa aplicação de outra norma que lhe integra. Por exemplo: o artigo 329 prevê o crime de resistência. A forma de praticar resistência é por meio de violência ou grave ameaça. No artigo 329, parágrafo segundo está previsto que o agente vai responder pela resistência e também pela lesão corporal causada, de maneira cumulativa, uma espécie de “*bin in idem*” consagrada pelo legislador. Com relação à grave ameaça, a lei nada fala e ela será absorvida.

Obs.2: para saber se o princípio aplicado é o da especialidade ou o da subsidiariedade basta observar:

- se a norma repete os aspectos principais da outra norma, em especial o seu verbo ou núcleo, é porque entre elas existe relação de gênero e espécie, aplicando-se o princípio da especialidade que irá prevalecer seja a norma mais grave ou mais severa, por ela ser específica.

- de outro lado, se a norma não repete a outra, é porque não há relação de gênero e espécie, aplicando-se o princípio da subsidiariedade, no qual prevalece a norma mais grave.

3. Princípio da Consunção ou da Absorção:

Trata-se do princípio em que uma norma irá absorver a outra norma, a qual figura como fato preparatório ou ato executório, meio necessário, ou ainda, conduta anterior ou posterior de outro fato incriminado por norma mais grave.

O princípio da consunção possui 4 aspectos:

a) crime progressivo: trata-se do evento em que o agente para praticar um delito mais grave, **necessariamente**, ele irá praticar um crime menos grave, crime esse que será absorvido.

Esse crime absorvido recebe o nome de **delito de passagem** ou **delito de ação de passagem**. Ex: para matar a vítima por meio de pauladas, necessariamente o agente passa pelo crime de lesão corporal;

Obs. 1: no crime progressivo, o dolo do agente é único do começo ao fim.

Obs. 2: enquanto que nos princípios da especialidade e da subsidiariedade uma norma integra a outra, no crime progressivo uma norma não integra a outra, mas **ela será um fato necessário para se alcançar outro delito**.

b) progressão criminosa: trata-se da situação em que o agente pratica um fato que lesa um bem jurídico genérico e, no mesmo contexto, ele pratica outro fato contra esse mesmo bem jurídico. Ex: o namorado que invade a casa da ex, depois destrói objetos e por fim subtrai um objeto. O namorado irá responder por um crime de furto apenas. Isso porque, ele se dirigiu contra um mesmo bem genérico e ele responde pelo fato mais grave.

Obs.: no crime progressivo o dolo é único do começo ao fim. Na progressão criminosa o dolo é múltiplo, isto é, o dolo sofre mutações para se alcançar o crime mais grave.

Obs.2: é claro que os outros delitos terão avaliação como circunstância judicial, artigo 59 do CP, primeira fase da dosimetria, mas o agente não vai responder por eles de maneira autônoma.

Obs. 3: Para FREDERICO MARQUES a progressão criminosa recebe o nome de progressão criminosa em sentido estrito e a progressão criminosa em sentido amplo serve para designar o ante-fato e o pós-fato impuníveis. Essa classificação não é muito utilizada.

c) ante-fato impunível: trata-se do ato preparatório ou executório de outro crime mais grave. Por exemplo: o disparo de arma de fogo é ato executório para o delito de homicídio e por ele será absorvido.

Obs.: enquanto que no crime progressivo, o único meio de se praticar o crime mais grave é realizando o delito menos grave, no ante-fato impunível há outros meios de se praticar o crime mais grave sem que seja preciso realizar o menos grave. Por exemplo: é possível furtar residência sem violar o domicílio.

d) pós-fato impunível: é o evento que o agente realiza, mas que ele não representa uma ofensa maior ao bem jurídico que ele lesionou anteriormente; ou ainda,

representa um desdobramento normal à norma no curso da intenção do agente. Por exemplo: no dia seguinte ao furto de residência, o agente destrói alguns objetos subtraídos. Esse dano não representa lesão maior ao patrimônio da vítima que já havia perdido parte do patrimônio.

Obs.: a diferença entre o princípio da consunção e a conexão de crimes é que na consunção o agente responde por um só crime, havendo um desdobramento normal do outro delito; já na conexão, embora os crimes estejam interligados, um não representa desdobramento normal do outro. Ex: o agente mata e depois esconde o cadáver. Houve aí conexão de crimes.

e) Princípio da Alternatividade: para parte da doutrina, o princípio da alternatividade não é matéria do conflito aparente de normas, mas um mero critério para aplicação da lei. Apesar disso, o princípio da alternatividade tem dois aspectos:

(i) o princípio da alternatividade significa que a aplicação de uma norma a um fato exclui a aplicação de outra norma ao mesmo fato. Ex: o motorista leva seu carro ao funileiro para arrumar o teto do carro; no local, o funileiro tira o motor, vende para 3º e coloca outro no lugar. Houve aí furto mediante fraude, estelionato ou apropriação indébita? Houve aí apropriação indébita, pois o funileiro tinha a posse desviada do bem, houve tradição. No furto mediante fraude e no estelionato, a fraude é empregada para conseguir a posse, mas o funileiro já tinha essa posse.

(ii) o princípio da alternatividade ocorre quando a norma penal prevê mais de uma conduta como forma da prática do mesmo crime, sendo que a reiteração sucessiva dessas condutas irá ensejar um único crime. Ex: o artigo 122 prevê a participação em suicídio, por meio de três condutas (instigar, induzir ou auxiliar). Ora, isso não tem nada a ver com conflito aparente de normas, mas apenas uma norma com vários verbos.

Dolo

Dolo é a vontade consciente de praticar a conduta típica, o agente tem o objetivo de alcançar aquilo que ele deseja e quer. Três teorias buscaram explicar o dolo:

a) Teoria da Vontade – é aquela em que o agente quer o resultado; ela está ligada ao dolo direto.

b) Teoria do Assentimento ou do Consentimento – é aquela em que o agente não quer o resultado, mas o aceita. Está ligada ao dolo eventual.

c) Teoria da Representação – para essa teoria basta a previsão do resultado. Essa teoria não foi adotada no Direito Penal na parte relativa ao dolo. Isso porque ela consagra responsabilidade penal objetiva.

De outro lado, essa teoria foi adotada no estudo da culpa, mesmo porque ela representa um dos requisitos do crime culposo, que é a **previsibilidade objetiva**.

Elementos do Dolo

O estudo dos elementos do dolo irá variar conforme a teoria adotada pelo agente. Significa dizer que a quantidade de elementos e o seu alcance não configuram algo pacífico. Os elementos são os seguintes:

1. Elemento Intelectual: representa a previsão ou o conhecimento do fato, significa dizer que o agente deve saber que o fato praticado é aquilo que ele desejou realizar.

2. Elemento Volitivo: significa a vontade de produzir o fato, isto é, a expressão “vontade” abrange o querer e o arriscar-se.

Para a **teoria do dolo natural** basta a existência desses dois elementos para que haja dolo.

De outro lado, para a outra teoria, que trata do **dolo normativo**, será necessário mais um elemento para que haja dolo.

3. Conhecimento da Ilicitude: significa dizer que além dos dois elementos originais, para essa teoria é necessário que o agente saiba acerca da proibição do fato praticado, ou seja, é preciso que ele tenha consciência com relação à ilicitude de sua conduta.

Obs.: apesar da divergência doutrinária, prevalece que nosso legislador **adotou a teoria do dolo natural**, por conta de dois argumentos:

a) o artigo 18, inciso I do Código Penal que define crime doloso, não faz menção alguma ao conhecimento da ilicitude.

b) o artigo 20, *caput* do Código Penal que trata do erro de tipo, que é aquele em que o agente desconhece o fato, o legislador afirma que haverá exclusão do dolo. Já no artigo 21, que cuida do erro de proibição, isto é, o erro sobre a ilicitude do fato, o legislador afirma que esse erro isenta o agente de pena, exclui a culpabilidade.

Ora, se o legislador quisesse que esse erro sobre a ilicitude excluísse o dolo bastava assim escrever. Constata-se, desse modo, que a consciência ou conhecimento da ilicitude não é um dos elementos do dolo.

Classificação do Dolo:

1. Dolo Direto, Determinado ou Incondicionado: é aquele em que o agente quer o resultado, ele quer produzir o fato objetivado. Por exemplo: ele quer matar e atira na vítima para matar. Esse dolo também recebe o nome de **dolo direto de primeiro grau**, que representa o querer.

Existe também o **dolo direto de segundo grau**, chamado de dolo de consequências ou dolo de consequências necessárias. Nesse dolo, o agente não quer o resultado, mas ele sabe que em função dos meios empregados **o resultado necessariamente irá ocorrer**. Ex: o namorado que coloca uma bomba sob a cadeira da ex-namorada, operadora de telemarketing. Ele não quer a morte das colegas da namorada, mas ele sabe que em virtude do meio eleito, o resultado necessariamente irá ocorrer.

Quando o agente não quer o resultado, mas age na certeza de produzi-lo, cuida-se de dolo direto de segundo grau; quando o agente não quer o resultado, mas age na dúvida, trata-se de **dolo eventual**. No exemplo dado, o namorado tem dolo eventual com relação ao gerente da empresa.

2. Dolo Indireto e Indeterminado:

Trata-se da hipótese em que a vontade do agente não se fixa em um só sentido ou direção. Essa modalidade se subdivide em:

a) dolo alternativo: quando o agente quer, com igual intensidade, um ou outro resultado. Para o agente, tanto faz a ocorrência de um ou de outro resultado. Ex. Namorado manda flores com uma bomba para ex-namorada, querendo feri-la ou mata-la, para ele tanto faz. No caso de a bomba explodir e a jovem não morrer, ele vai responder pelo que? Apesar da divergência, prevalece o dolo mais grave, e, portanto, ele responde por tentativa de homicídio.

b) dolo eventual: quando o agente não quer um resultado, mas assume o risco de produzi-lo. No dolo eventual o agente atua na dúvida, se ele irá, ou não, produzir o resultado. Ele não tem essa certeza, mas se o resultado ocorrer, para o agente, pouco importa. “Dane-se”. O dolo eventual confunde-se às vezes com a culpa consciente, em

que o agente não quer o resultado, mas o prevê. A diferença é que na culpa consciente ele descarta a possibilidade, a hipótese, de produzir esse resultado. Melhor dizendo, apesar de existir a possibilidade do resultado, ele atua na certeza de que não irá produzi-lo.

c) dolo geral ou erro sucessivo: essa modalidade ocorre quando o agente realiza um ato ou conduta visando um certo resultado, e, acreditando tê-lo produzido pratica uma outra conduta como uma nova finalidade, mas é com essa última conduta que ele alcança o resultado inicialmente desejado. Ex. A estrangula B; pensando que B está morta; A joga B pela janela do 6º andar. Ex. Caso Mércia: tiro no queixo, achou que estava morta, não estava, e jogou na água, morte por afogamento. No caso houve tentativa de homicídio MAIS um homicídio culposo, porém, quando a conduta do começo ao fim era de matar a vítima, o agente responde por homicídio doloso com base na teoria do dolo geral ou erro sucessivo.

d) dolo presumido ou “in re ipsa”: é aquele dolo que não precisa ser demonstrado no caso concreto, ele é presumido. Nossa CF manda presumir a inocência, não a culpabilidade. Por causa disso, o dolo presumido é inconstitucional, é necessário demonstrar o dolo no caso concreto. Sendo assim, tanto o dolo, quanto a culpa, presumidos, eles violam o espírito do legislador constituinte.

Crime culposo

Art. 18, II, CP

Diferentemente do crime doloso, nosso legislador não definiu crime culposo, e esse papel coube à doutrina. O crime culposo é uma conduta voluntária (ação ou omissão), que produz um resultado antijurídico, não querido, mas previsível e excepcionalmente previsto, que podia com a devida atenção do agente ser evitado. Por conta disso, o crime culposo possui os seguintes elementos:

a) comportamento voluntário ou conduta voluntária: nesse elemento, a conduta do agente poderá ser praticada das seguintes formas:

(i) imprudência: é a falta de cautela, o agente realiza o ato ultrapassando os limites legais ou regulamentares;

(ii) negligência: é a falta de observância dos deveres, o agente fica abaixo, aquém daquilo que dele se espera;

(iii) imperícia: é a falta de aptidão técnica para realizar a conduta, ela também é chamada de culpa profissional, que gera responsabilidade.

Não se pode confundir a imperícia ou culpa profissional com o erro profissional, que é aquele que decorre das falhas das regras da ciência naquela época, o erro profissional não gera responsabilidade criminal.

Obs. O crime culposo é um tipo penal aberto e, para se saber qual conduta o agente realizou, será necessária a apreciação do aplicador do direito para dizer se houve imprudência, negligência e imperícia.

b) falta de dever objetivo de cuidado: esse elemento compreende a falta de atenção inescusável, aquela prudência ordinária do homem comum que seria capaz de impedir o resultado lesivo.

c) resultado danoso involuntário: no crime culposo o agente prevê, ou não, a possibilidade do resultado ocorrer, mas ele acredita sinceramente que o resultado jamais irá acontecer.

d) nexo causal: é o liame, a ligação, entre a conduta voluntária e o resultado ou evento involuntário

e) previsibilidade objetiva: é a imprevisão do previsível, isto é, no crime culposo a previsão do evento deve ser feita pelo homem comum, médio, na medida em que sua análise é objetiva, em que todo homem na sua prudência normal de convívio social possa prever que determinada conduta irá culminar com lesão a algum bem jurídico.

f) tipicidade: o crime culposo, além de ser um tipo aberto, ele vai depender de expressa previsão do aplicador do direito, significa dizer que o tipo penal deverá constar expressamente a modalidade culposa do delito.

Graus de culpa:

A culpa pode ser grave, leve ou levíssima.

A culpa grave (ou lata) é aquela em que o resultado é previsível a qualquer pessoa, ainda que abaixo da média

A culpa leve é aquela em que o resultado é previsível ao homem médio, para que haja crime culposo, basta que a culpa seja leve.

A culpa levíssima é aquela em que o resultado só é previsível para o homem excepcionalmente cauteloso, isto é, acima da média.

Para o STJ a culpa levíssima equipara-se ao caso fortuito, gerando absolvição.

Por ex: em São Paulo há um terremoto e todos os prédios caem, exceto 3 construídos

por um engenheiro japonês que usou tecnologia de seu país, preparada para este vento. Os demais engenheiros agiram com culpa levíssima, e, portanto, serão absolvidos.

Compensação de culpas: trata-se da hipótese em que a culpa da vítima anula a culpa do réu, a culpa da vítima irá gerar a absolvição do acusado, ainda que esse acusado tivesse tido culpa. No Brasil não vigora esse sistema, pois a apuração da culpa é uma questão de ordem pública. Se o acusado teve culpa, ele será responsabilizado, ainda que a vítima também tenha tido culpa. Não existe em direito penal compensação de culpas, isso é matéria de direito civil. A culpa da vítima será levada em consideração na dosimetria da pena, ela é um dos elementos do art. 59 do Código Penal, uma circunstância judicial.

Concorrência de culpas: são culpas independentes, mas que contribuem para o mesmo resultado, sendo que, um agente desconhece a culpa do outro. É o caso de co-autoria lateral ou autoria colateral ou parêntica. O engenheiro é negligente nos cálculos, e o mestre de obras, sem saber, usa material descartado para fazer o edifício, que logo cai. Ambos serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade, porque ambos concorreram para o resultado.

Diferentemente será a solução se um sabia da culpa do outro, que aí seria o caso de co-autoria em crime culposos.

Se os dois sabiam da conduta um do outro e assumem o risco do desabamento houve aí dolo eventual.

Causas de exclusão da culpa:

a) caso fortuito ou força maior.

b) erro profissional

c) princípio da confiança – Trânsito – um condutor confia no outro. Obedecer e respeitar as regras que lhe foram colocadas.

Crime preterdoloso ou preterintencional

A previsão do crime preterdoloso está inserida no artigo 19 do CP, sobre a rubrica à agravação pelo resultado.

Há uma conduta dolosa do agente visando a um resultado, mas por culpa será produzido um evento mais grave.

Dolo no antecedente e culpa no consequente

Possui os seguintes elementos:

1. Conduta dolosa direcionada a um resultado menos grave;

2. Resultado culposo mais grave;
3. Nexo causal entre a conduta dolosa e o resultado culposo.

Pelo fato de o resultado mais grave ser culposo, o crime preterdoloso não admite a tentativa. O delito preterdoloso não se confunde com a culpa imprópria, em que há culpa no antecedente e dolo no consequente, são as discriminantes putativas, que, por possuírem um resultado danoso doloso elas admitem a tentativa (MP-SP).

Um exemplo de crime preterdoloso, ocorre quando o agente agride, querendo lesionar, e o agredido escorrega, bate a cabeça, e morre, isto é, houve lesão corporal seguida de morte.

A figura do crime preterdoloso, da agravação pelo resultado, se afastou do antigo sistema “*versari in re ilícita*”, que vigorou em nosso CP até 1984, e que consagrava responsabilidade penal objetiva. Por ex: se o agente agredisse uma mulher que está grávida, sem saber da gravidez, e por conta da agressão ela perdesse a criança, havendo o aborto, ele respondia por lesão corporal gravíssima, com resultado aborto, nos moldes do art. 129, p. 2º, V, CP.

Com o ingresso no ordenamento da nova redação do art. 19, CP, o agente, no mesmo contexto, iria responder por lesão corporal leve, isso porque, o resultado mais grave, aborto, não foi causado a título de dolo ou de culpa, pois ele desconhecia a gravidez da vítima.

Erro de tipo

Art. 20.

O erro de tipo é chamado de erro de cenário, “daqui pra fora”, isso porque o agente interpreta mal a realidade. Até 1984 o erro de tipo se chamava erro de fato, justamente porque ele se concentrava sobre as circunstâncias fáticas do tipo.

A mudança para o nome erro de tipo acabou ampliando o alcance desta figura para encampar não só as circunstâncias fáticas mas também elementos que integram a figura típica. Erro de tipo é aquele que versa sobre os elementos das figuras típicas, não é só fato, corresponde a todo erro do agente que incide sobre os elementos constitutivos e essenciais da figura criminosa. O erro deve-se ao fato de que o equívoco do agente vai incidir sobre um dado da realidade que se encontra descrito em um tipo penal. Conforme a categoria do erro de tipo, haverá uma solução jurídica para o caso.

O erro de tipo pode ser:

- a) invencível, inevitável ou escusável.

Solução: haverá exclusão do dolo e da culpa, o fato será atípico.

b) vencível, evitável ou inescusável

solução: haverá exclusão do dolo, mas o agente vai responder por crime culposos se houver previsão. Haverá exclusão dos elementos subjetivos no erro de tipo porque com o finalismo, esses elementos passaram a integrar a conduta. A conduta, qualquer que seja a modalidade de delito, é um elemento do fato típico. Se o dolo ou a culpa integram a conduta e a exclusão dessas figuras, o fato se tornará atípico.

Obs. O equívoco do agente é pensar que a norma permite quando na verdade ela proíbe (erro de proibição). Como no erro no erro de proibição o equívoco está relacionado a potencial consciência da ilicitude, e esse elemento é um dos 3 que integram a culpabilidade, o erro sobre a potencial consciência da licitude, isto é, acerca da proibição do fato, irá isentar o agente de pena excluindo sua culpabilidade.

No § 1º do art. 20 do CP estão previstas as discriminantes putativas. Elas também são chamadas de culpa imprópria ou de erro permissivo. Isso porque nas discriminantes putativas haverá exclusão da reprovabilidade da ação. Nas discriminantes, o agente sabe o que faz, mas ele supõe equivocadamente que estaria permitido o seu comportamento. Ele imagina estar vivendo uma situação que ensejaria uma excludente de antijuridicidade, mas a situação não existe.

Como o erro do agente está relacionado com a reprovabilidade de sua ação, está ligado à consciência sobre aquilo que ele realiza, haverá, como regra geral, isenção de pena com a exclusão da culpabilidade.

A doutrina é dividida com relação ao fato de as discriminantes putativas estarem inseridas no erro de tipo. Todos sabemos que a teoria adotada com relação à conduta foi a finalista, por conta disso o finalismo esvaziou a culpabilidade com a saída dos elementos subjetivos que foram transferidos para a conduta.

A culpabilidade passou a ser estudada por meio de 2 teorias de inspiração finalista, são elas:

- Teoria normativa pura, ou extremada, e a sua subespécie, teoria limitada da culpabilidade. Ambas as teorias tratam dos elementos da culpabilidade de igual maneira, imputabilidade, potencial consciência da ilicitude, e exigibilidade de conduta diversa.

A diferença dessas teorias está presente no estudo das discriminantes putativas. Para ambas as teorias, no caso de a discriminante putativa ser por erro inescusável, o agente será condenado por crime culposos se houver previsão.

Para ambas se a discriminante putativa for por erro escusável, para as duas o agente será absolvido, mas o que muda é o fundamento da absolvição. Para a teoria normativa pura ou extremada, ele será absolvido por erro de proibição, mas para a teoria limitada da culpabilidade ele será absolvido por erro de tipo.

Nosso legislador adotou de maneira expressa no item 17 da exposição de motivos da nova parte geral, a teoria limitada da culpabilidade. Por isso, a inclusão dessa matéria no erro de tipo.

As discriminantes putativas possuem 3 aspectos e são eles que também colaboram para essa dificuldade de entendimento. Podem surgir em virtude de:

a) erro sobre as circunstâncias fáticas (erro de tipo) de uma causa de justificação. Ex. Clássico exemplo da carta de Nelson Hungria.

b) erro sobre a existência de uma causa de justificação (erro de proibição). Ex. Legítima defesa da honra! Exemplo da namorada.

c) erro sobre os limites (erro de proibição) de uma causa de justificação. OBS. O fato de o legislador ter adotado a teoria limitada, apesar da conclusão acima exposta, fez com que o estudo das discriminantes putativas fosse inserido no erro de tipo, gerando muita discussão.

No p. 2º está previsto o erro determinado por terceiro: nesse caso é o terceiro que irá responder pelo evento, é claro, desde que, o erro seja inescusável.

No p. 3º, está previsto o erro sobre a pessoa: nesse caso o agente atinge pessoa diversa daquela objetivada. A solução será transportar as características daquela pessoa que era visada para a outra que foi atingida, seja para beneficiar, seja para agravar a situação do réu.

O art. 20, p. 3º, não se confunde com o art. 73, do CP, que é o erro na execução, ou *aberratio ictus*, em que o agente também atinge pessoa diversa, mas o erro está ligado aos meios de execução, apesar de a solução ser a mesma.

