

Fato típico

Introdução

De acordo com o princípio da exteriorização ou materialização do fato ao Direito Penal só interessam condutas humanas, pouco importando os acontecimentos da natureza dos quais não participa o homem.

Mas nem todas as condutas humanas, apenas aquelas indesejadas pelo meio social, não reprovadas de forma eficaz pelos demais ramos do Direito e que provoquem relevante e intolerável lesão ao bem jurídico tutelado.

Quando uma conduta humana se adequa perfeitamente a um tipo penal, a norma incide e o fato passa a ser um fato tipicamente penal (fato típico).

Sem conduta, que é um dos elementos do fato típico, não há crime (*nullum crimen sine conducta*).

E o que é conduta?

Teoria Causalista

A **teoria causalista** (ou positivista-naturalista, teoria causal naturalista, teoria clássica, teoria naturalística ou teoria mecânica), idealizada por Franz von **Liszt**, Ernst von **Beling** e Gustav **Radbruch**, surge no início do século XIX e faz parte de um panorama científico marcado pelos ideais positivistas que, no âmbito científico, representavam a valorização do método empregado pelas ciências naturais, reinando as leis da causalidade (relação de causa-efeito).

Nesse contexto, também o direito deve atender à exatidão das ciências naturais, resultando na concepção clássica de conduta, tida como mero processo causal destituído de finalidade (querer interno).

Trata-se de um movimento corporal voluntário que produz uma modificação no mundo exterior perceptível pelos sentidos.

A **vontade**, na perspectiva causalista, é composta de um aspecto externo, o movimento corporal do agente, e de um aspecto interno, vontade de fazer ou não fazer (conteúdo final da ação). A ação seria, portanto, composta de vontade, movimento corporal e resultado, porém a vontade não está relacionada à finalidade do agente, elemento analisado somente na culpabilidade.

Ação (causalismo)	Ação típica (fato típico)	Processo interno da vontade (sem finalidade); Movimento corporal que exterioriza a vontade; Resultado dessa atuação
	Dolo ou culpa (espécies de Culpabilidade – vínculo psicológico entre autor e resultado)	Conteúdo da vontade (“querer” - dolo ou “prever” - culpa)

Aníbal Bruno, partidário da teoria causalista, deixa clara as premissas sobre as quais se funda esta corrente:

“A ação pode definir-se como um comportamento humano voluntário que produz uma modificação no mundo exterior. (...) Mas a vontade que constitui elemento do conceito é apenas aquela necessária para fazer do comportamento um ato próprio do agente, isto é, um acontecer que tem por impulso causal um processo interno volitivo e não simples ato reflexo. Não importa qual seja o conteúdo ou o alcance dessa vontade, sob o ponto de vista normativo. Se ela é eficaz para fazer o agente responsável, se é ilícita, se o agente tem consciência dessa ilicitude, esses já são problemas da culpabilidade. A sua vontade, insuficiente para fundamentar a culpabilidade, basta para constituir o elemento subjetivo da ação”.

Para a teoria causalista, o conceito analítico de crime é composto por **3 partes**: fato típico, antijuridicidade e culpabilidade. É, portanto, tripartite.

Com efeito, é somente no terceiro substrato do crime que se deve analisar, segundo o causalismo, o dolo e a culpa.

A culpabilidade, conceituada como vínculo psicológico entre o autor e o resultado, seria composta pela imputabilidade (pressuposto da culpabilidade) e a pelas espécies de culpabilidade (dolosa – “querer o fato” ou culposa – (prever o fato).

A culpabilidade tinha o caráter puramente descritivo, pois apenas descrevia uma situação psicológica. Ao juiz, só cabia constatá-la, não aprová-la ou reprová-la.

Fato típico	Antijuridicidade	Culpabilidade
- Conduta (sem finalidade) - Resultado - Nexo causal - Tipicidade	- Formal: presença ou não de causa excludente	- Imputabilidade - Dolo ou culpa (espécies de vínculo psicológico)

Relação entre tipicidade e antijuridicidade: a tipicidade é indiciária da antijuridicidade, sendo que esta pode não ocorrer diante da ocorrência uma causa de justificação (teoria da *ratio cognoscendi*).

Críticas ao causalismo:

a) Não explica de maneira adequada os crimes omissivos, bem como os delitos sem resultado (formais e de mera conduta);

b) Não há como negar a presença de elementos normativos e/ou subjetivos no tipo penal.

c) Ao fazer a análise do dolo e culpa no momento da culpabilidade, não há como distinguir, apenas pelos sentidos, a lesão corporal da tentativa de homicídio, já que a finalidade do agente não é analisada quando da pesquisa da conduta.

d) É inadmissível imaginar a ação humana como um ato de vontade sem finalidade. Toda ação é dirigida a um fim.

	Causalismo
Crime	É ato voluntário contrário ao direito, culpável e sancionado com uma pena
Estrutura do crime	Fato típico + Antijuridicidade + Culpabilidade
Fato típico	A ação integra o fato típico e é definida como movimento corporal voluntário que causa modificação no mundo exterior. É elemento objetivo, não admitindo qualquer valoração
Antijuridicidade	Elemento objetivo. É a conduta típica sobre a qual não incide nenhuma causa de justificação (valoração objetiva de um fato natural)
Culpabilidade	Elemento subjetivo (vínculo psicológico). Constituída por dolo e culpa.
Críticas	Desconsidera que toda ação humana é dirigida a uma finalidade; não explica de maneira adequada os crimes omissivos, formais e de mera conduta; desconsidera os elementos normativos e os elementos subjetivos do tipo

Teoria Neokantista

A teoria neokantista tem base causalista (por isso é também denominada de teoria causal-valorativa) e foi desenvolvida nas primeiras décadas do século XX (1930 em diante).

Seu maior expoente é Edmund **Mezger**, fundamenta-se numa visão neoclássica marcada pela superação do positivismo (o que não significa sua negação) através da introdução da **racionalização no método**.

Houve nessa época uma reação contra o positivismo, tendo como lema a volta à metafísica e aos valores.

A referência ao pensamento de Kant, contida na denominação da matriz filosófica que deu origem ao sistema clássico, justifica-se.

Foi o filósofo alemão, em sua obra *Crítica da Razão Pura*, cujo tema é justamente a teoria do conhecimento, que desenvolveu a ideia de que o conhecimento puro é independente da experiência sensorial, de que há, ao lado do conhecimento empírico (*a posteriori*), um conhecimento puro, que é um *a priori*.

A partir dessa proposição, assume-se, no âmbito da ciência do conhecimento, uma dualidade metodológica fundamental: o método empírico serve às ciências da natureza (mundo do ser); o método compreensivo, segundo um sentido valorativo, serve às ciências culturais (mundo do dever ser). E a essa última categoria pertence a ciência do direito.

No âmbito da ciência jurídica, o impacto do paradigma neokantista é que, reagindo contra o modelo mecanicista, de matriz empírico-naturalista, o pensamento desloca o foco para o aspecto essencialmente cultural e valorativo do direito.

Ensina Juarez Cirino dos Santos que:

“O modelo neoclássico de fato punível, fundado no método neokantiano de observação/descrição e de compreensão/valoração, é o produto da desintegração do modelo clássico de fato punível e, simultaneamente, de sua reorganização teleológica, conforme os fins e valores do direito penal”.

Em outras palavras, toda a dimensão normativa e axiológica, que havia sido afastada da dogmática penal (sendo relegada pelo positivismo de cunho sociológico ao âmbito da política criminal), foi incorporada às estruturas do crime.

O paradigma metodológico das ciências naturais (observar e descrever) é complementado pela metodologia própria das ciências do espírito, caracterizada pelo compreender e valorar.

O delito passou a incorporar a teoria dos valores e a preocupação central do neokantismo foi a de dotar cada um dos requisitos do delito de conteúdo **material** (valorativo).

O Direito Penal existe para a realização valores, isto é, não é uma ciência neutra, meramente classificatória (como a botânica, por exemplo). O mundo dos valores foi introduzido no Direito Penal.

Os valores estão presentes nos conceitos, sobretudo nos conceitos penais.

O conceito analítico de crime de delito não se alterou (fato típico, antijurídico e culpável), mas cada uma dessas categorias passou a estampar conteúdo diferente (é típico o fato valorado negativamente pelo legislador, a antijuridicidade não é só formal, visto que é também material¹ e a culpabilidade não é só psicológica, uma vez que é também normativa).

A conduta permanece sendo elemento do fato típico, porém mais abrangente, aparecendo não somente como ação, mas como comportamento, englobando a omissão.

Também se deve a esta teoria existência de elementos normativos (demandam juízo de valor do magistrado) e subjetivos especiais (especial fim de agir) na tipicidade, de modo que elementos não apenas descritivos não são mais vistos como “anormais”.

No âmbito da antijuridicidade, antes visto como elemento meramente formal, há transformações: onde não houver lesão de interesse algum, não haverá antijuridicidade. Em outras palavras, a antijuridicidade passa a ter um aspecto também material.

¹ O fato seria formalmente antijurídico enquanto contrário a uma proibição legal, e materialmente antijurídico por implicar na lesão ou perigo a um bem jurídico, ou seja, formalmente, a antijuridicidade se caracteriza como desrespeito a uma norma, a uma proibição da ordem jurídica; materialmente, como ataque a interesses vitais de particulares e da coletividade protegidos pelas normas estatuídas pelo legislador.

A culpabilidade foi enriquecida. Reinhart Frank fez inserir a **teoria psicológico-normativa**, segundo a qual dolo e culpa não são espécies de culpabilidade, mas sim elementos autônomos deste substrato, ao lado da imputabilidade e da exigibilidade de conduta diversa. Por sua vez, o dolo teria como elemento a consciência atual da ilicitude (dolo normativo). Com essa estruturação, a culpabilidade é compreendida não apenas como um vínculo entre o agente e o resultado, mas também como um **juízo de reprovação ou censurabilidade**.

Fato típico	Antijuridicidade	Culpabilidade (juízo de reprovação, não mais vínculo psicológico)
<ul style="list-style-type: none"> - Conduta (sem finalidade); - Resultado; - Nexo causal; - Tipicidade (com elementos descritivos, normativos e especial fim de agir). 	<ul style="list-style-type: none"> - Formal: presença ou não de causa excludente - Aspecto material: danosidade social 	<ul style="list-style-type: none"> - Imputabilidade; - Exigibilidade de conduta diversa; - Dolo (normativo elemento: consciência atual da ilicitude – intenção de pratica conduta ilícita) - Culpa

Relação entre tipicidade e antijuridicidade: a antijuridicidade passa a ser a **essência** da tipicidade, de modo que um fato só pode ser considerado típico se for antijurídico (teoria da *ratio essendi*). A ilicitude é o fundamento real e de validade da tipicidade.

O crime é a própria antijuridicidade tipificada (no Direito Civil a ilicitude não depende de qualquer tipificação).

Observação: essa é a teoria dos elementos negativos do tipo (tipo total de injusto): a presença de causas de justificação não excluiria a antijuridicidade, mas o próprio tipo, por serem consideradas como elementos negativos deste.

Críticas ao neokantismo:

a) Ser contraditória ao reconhecer elementos subjetivos do tipo (pois o dolo está na culpabilidade);

b) Permanecer considerando o dolo e culpa como elementos da culpabilidade.

	Neokantismo
Crime	Adota conceito de delito do naturalismo, agregando ao tipo dados valorativos.
Estrutura do crime	Fato típico + Antijuridicidade + Culpabilidade
Fato típico	Ao invés de ação, prefere-se comportamento (abrangendo omissão), não mais neutra, expressando uma valoração negativa da lei.
Antijuridicidade	Deixa de ser puramente formal, exigindo danosidade social (antijuridicidade material)
Culpabilidade	Deixa de ser psicológica e passar a ser psicológico-normativa (dela faz parte a exigibilidade de conduta diversa). Passa a ser também juízo de censura.
Críticas	Partindo de conceitos naturalistas, ficou contraditória quando reconheceu elementos normativos e subjetivos do tipo.

Teoria Finalista

A teoria finalista ou final representa verdadeira evolução na análise da conduta e dos elementos do crime.

Criada por Hans Welzel em meados do século XX (1930-1960), a teoria finalista concebe a **conduta como comportamento humano voluntário psiquicamente dirigido a um fim.**

A **finalidade**, portanto, é a nota distintiva entre esta teoria e as que lhe antecedem.

É ela que transformará a ação num ato de vontade com conteúdo, ao partir da premissa de que toda conduta é orientada por um querer.

Supera-se, com esta noção, a “cegueira” do causalismo.

Explica **Jorge de Figueiredo Dias**:

“A verdadeira ‘essência’ da ação humana foi encontrada por Welzel na verificação de que o homem dirige finalisticamente os processos causais naturais em direção a fins mentalmente antecipados, escolhendo para efeito os meios correspondentes: toda ação humana é assim supradeterminação final de um processo causal. Eis a natureza ontológica da ação, a partir da qual todo o sistema do facto punível haveria de ser construído”.

Os finalistas entendem o crime como fato típico, antijurídico e culpável². A grande mudança estrutural se opera realmente na culpabilidade, já que dolo e culpa migram para o fato típico.

Ensina **Heleno Cláudio Fragoso** que:

“A evolução se processa no sentido de excluir a ideia de culpa elementos psicológicos, reduzindo-a a conceito normativo. Isso se faz com a transferência para o tipo e a antijuridicidade de certos elementos subjetivos (...) e, sobretudo, com a observação de que na culpa cumpre distinguir a valoração do objeto e o objeto da valoração (*Graf zu Dohna*). O dolo (destacado da consciência da ilicitude, que é momento normativo) integra a conduta típica, ilícita, ou seja, integra o objeto valorado e não pertence à culpabilidade”.

Ao migrar para o fato típico, o dolo passa a ter dois elementos: consciência e vontade.

O tipo, por sua vez, passa a ter duas dimensões: a **dimensão objetiva** (conduta, resultado, nexa e adequação típica) e a **dimensão subjetiva**, representada pelo dolo ou culpa.

² No Brasil surge o finalismo bipartite (dissidente), ensinando que o crime é composto de apenas dois substratos: fato típico e antijuridicidade. Para os dissidentes, a culpabilidade não compõe o crime, apresentando-se como mero pressuposto de aplicação da pena, um juízo de censura.

Ao se destacar da consciência da ilicitude, alocada como elemento próprio na culpabilidade, o dolo perde seu elemento normativo.

Por este motivo é que, no finalismo, o dolo é **natural** (despido de valoração), é o *dolus bonus*. Contrapõe-se, portanto, à perspectiva causalista do dolo normativo, do *dolus malus*.

Estruturas lógico-objetivas.

Ensinam **Antonio Molina** e **Luiz Flávio Gomes** que:

“A teoria do delito desenvolvida pela doutrina finalista é ontológica porque parte de um determinado conceito de ação (previamente estabelecido), que teria a eficácia de vincular o legislador. Existem ‘estruturas lógico-objetivas’ (*Sachlogische Strukturen*) que vinculam o legislador. São elas: **a) conceito finalista de ação** e autodeterminação da pessoa (que conduz ao conceito de culpabilidade normativa). Os valores não estão nos conceitos (tal como afirmava o neokantismo), sim, na realidade. A função do Direito penal é a de proteger os valores elementares da comunidade”.

	Teoria causalista	Teoria finalista
Espécie de dolo	Dolo normativo (<i>dolus malus</i>)	Dolo natural (<i>dolus bonus</i>)
Elementos do dolo	- Consciência atual da ilicitude; - vontade praticar a conduta	- Consciência da conduta; - Vontade de praticar a conduta dirigida a uma finalidade.
Localização no conceito analítico de crime	- Culpabilidade	- Fato típico

As mudanças sofridas revelam a adoção, pelos finalistas, da **teoria normativa pura** da culpabilidade. A culpabilidade passa a representar meramente um juízo de reprovação, uma valoração que se faz sobre a conduta típica e ilícita do agente, cujos elementos serão a imputabilidade, a consciência (potencial) da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

O finalismo é adotado pela maioria da doutrina brasileira, que entende ser a teoria adotada pelo Código Penal.

As críticas ao finalismo são:

a) O finalismo concentrou sua teoria no desvalor da conduta, ignorando o desvalor do resultado;

b) A teoria não explica a contento o crime culposos, pois não se concebe ação dirigida a um fim quando o resultado naturalístico é involuntário. Em contraponto, argumenta-se que também a conduta culposa é orientada por uma finalidade, embora lícita, decorrendo o resultado ilícito culposos dos meios eleitos pelo agente para alcançar aquela finalidade. Por isso, a reprovação não recai sobre a finalidade da conduta, mas sobre os meios de que o agente lançou mão (violação a dever objetivo de cuidado) e que indiquem a imprudência, a negligência ou a imperícia³.

	Finalismo
Crime	É o comportamento humano voluntário dirigido a uma finalidade, antijurídico e reprovável.
Estrutura do crime	Fato típico + Antijuridicidade + Culpabilidade.
Fato típico	A ação deixa de ser concebida como mero processo causal (mero movimento corporal, cego) para ser enfocada com exercício de uma atividade finalista (exercício “vidente”). O dolo e a culpa migram para o fato típico.
Antijuridicidade	Contrariedade do fato a todo o ordenamento jurídico (desvalor da conduta – análise subjetiva).
Culpabilidade	Passa a ser normativa pura, acrescida da potencial consciência da ilicitude.
Críticas	A finalidade não explica os crimes culposos (sendo frágil

³³ Buscando compatibilizar a teoria finalista aos crimes culposos, Welzel criou a **teoria cibernética**, levando em conta o **controle da vontade**, presente tanto nos crimes dolosos como nos culposos. Em sua concepção, seria o termo mais adequado para designar a ação como fato dirigido e orientado pela vontade. Todavia, por ter se consolidado a expressão *teoria finalista*, foi ela que permaneceu.

	também nos crimes omissivos); a teoria se centralizou no desvalor da conduta, ignorando o desvalor do resultado.
--	--

Teoria social da ação

A teoria social da ação foi desenvolvida por **Johannes Wessels** e tem como principal adepto **Hans-Heinrich Jescheck**. A pretensão desta teoria não é substituir as teorias clássica e finalista, mas sim acrescentar-lhes uma nova dimensão, a **relevância ou transcendência social**.

Deste modo, a conduta, para a teoria social, é o comportamento humano voluntário psiquicamente dirigido a um fim **socialmente reprovável**. A **reprovabilidade social** passa a integrar o conceito de conduta, na condição de elemento implícito do tipo penal (comportamentos aceitos socialmente não seriam típicos).

Dolo e culpa, para esta teoria, integram o fato típico, mas seriam novamente analisados quando do juízo de culpabilidade.

Os adeptos desta teoria sustentam seu valor na capacidade que tem de adequar a realidade jurídica à realidade social, pois um fato não pode ser considerado tipicamente penal ao mesmo tempo em que a sociedade lhe é indiferente e o resultado de eventual conduta, conseqüentemente não tem relevância social.

A principal crítica que se faz à teoria social da ação é a vagueza do conceito de transcendência ou relevância social.

	Teoria Social da Ação
Crime	É o comportamento humano voluntário dirigido a uma finalidade socialmente reprovável , antijurídico e reprovável.
Estrutura do crime	Fato típico + Antijuridicidade + Culpabilidade.
Fato típico	Adota-se a estrutura do finalismo, mas acrescenta-se a noção da relevância social da ação .
Antijuridicidade	Contrariedade do fato a todo o ordenamento jurídico (desvalor

	da conduta – análise subjetiva)
Culpabilidade	Se identifica com a estrutura do finalismo, mas inclui nova análise do dolo e culpa
Críticas	Vagueza do conceito de “relevância social”.

Teorias funcionalistas

As teorias funcionalistas penais ganham força na década de 70, discutidas com ênfase na Alemanha buscando, em síntese, adequar a dogmática penal aos fins do Direito Penal.

Nascem da percepção de que o Direito Penal tem necessariamente uma missão e que os seus institutos devem ser compreendidos de acordo com ela.

São teorias funcionalistas, na medida em que constroem o Direito Penal a partir da função que lhe é conferida.

A conduta, portanto, deve ser compreendida de acordo com a **missão conferida ao Direito Penal**.

As duas principais correntes funcionalistas são: funcionalismo teleológico, de **Claus Roxin** e o funcionalismo sistêmico, de **Günter Jakobs**.

Funcionalismo teleológico, dualista ou da política criminal

O funcionalismo teleológico tem como expoente **Claus Roxin**. Trata-se de um novo marco na evolução do Direito Penal que tem por base a sua reconstrução a partir da premissa de que a função do direito penal é a **proteção de bens jurídicos**.

Desenvolvido a partir de 1970, com a obra “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal” (**Claus Roxin**), o funcionalismo rompe com o finalismo na medida em que visa superar as concepções meramente ontológicas daquela corrente.

Com isso, Roxin redimensiona a incidência do Direito Penal, reduzindo o alargado alcance que a tipicidade formal lhe conferia até então.

Se a missão do Direito Penal é proteger os valores essenciais à convivência social harmônica, a intervenção mínima deve nortear a sua aplicação, consagrando como típicos apenas os atos materialmente relevantes.

Além disso, a teoria do delito deve ser reconstruída com lastro em **critérios político criminais.**

Luis Greco ensina que:

“O finalismo pensa que a realidade é unívoca (primeiro engano), e que basta conhecê-la para resolver os problemas jurídicos (segundo engano – falácia naturalista); o funcionalismo admite serem várias as interpretações possíveis da realidade, de modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas, isto é, que digam respeito à eficácia e a legitimidade da atuação do Direito Penal”.

Ensinam **Antonio Molina** e **Luiz Flávio Gomes** que:

“Os sistemas penais construídos até a década de sessenta na Europa (e durante o século XX no Brasil) eram sistemas ‘fechados’ (dedutivo-axiomáticos), elaborados aprioristicamente a partir de uma ideia reitora (lesão a um direito subjetivo, conceito naturalístico de ação, filosofia neokantista de valores, conceito ontológico finalista de ação etc), da qual se extraía toda a estruturação do delito. Eram sistemas classificatórios (de uma ideia geral vão extraíndo categorias do delito). A dogmática penal desse período foi marcadamente formalista. Essa forma de fazer ciência penal está morta. Precisa ser sepultada.

O jurista penalista dessa época, de um modo geral, tinha uma única preocupação: construir um sistema penal hermético e fechado a partir do direito positivado. Foi um penalista pouco preocupado com a justiça de suas orientações. Mais importante é a lógica do sistema, não a justiça, não a justiça de cada caso concreto. Mais relevante é o ‘castelo do Direito Penal’, não suas consequências práticas. Esse tipo de jurista que conta com sentido crítico, fundado nos pilares da Constituição e dos tratados de direitos humanos, certamente não poder ser qualificado como jurista do terceiro milênio, ao contrário, é um positivista-legalista (do século XX), que omite o dever de se posicionar como guardião difuso da Constituição e dos tratados de direitos humanos”.

O funcionalismo teleológico ou moderado propõe que se entenda a conduta como comportamento humano voluntário causador de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

A ação deve ser enfocada como “manifestação da personalidade do agente” (ou seja, manifestação dominada ou dominável pela vontade)

Estruturalmente, ensina **Roxin** que o crime é composto também de três substratos, sendo eles: fato típico, antijuridicidade e **responsabilidade**.

A culpabilidade deixa de integrar (diretamente) o crime e passa a figurar sob a ótica do autor como limite funcional da pena (culpabilidade funcional).

Elemento novo proposto por **Roxin**, a responsabilidade é integrada por **a)** imputabilidade; **b)** potencial consciência da ilicitude; **c)** exigibilidade de conduta diversa e, atente-se, **d) necessidade da pena**. Sendo o agente responsável, incide a culpabilidade como limite da sanção penal.

Ensinam **Antonio Molina** e **Luiz Flávio Gomes** que:

“Mas cada uma das categorias (tipicidade, antijuridicidade e responsabilidade) foi totalmente reestruturada a partir da sua concepção política-criminal. Os princípios político-criminais devem estar presentes em cada momento do delito. Dentre eles, desde logo, o da intervenção mínima”.

A maior crítica que se apresentou contra a teoria formulada por **Claus Roxin** foi a substituição do elemento culpabilidade pela noção de responsabilidade ou reprovabilidade, com a inserção da noção de culpabilidade funcional, limite da pena.

Funcionalismo radical, sistêmico ou monista

O funcionalismo sistêmico tem como maior doutrinador **Günter Jakobs**.

A construção desta teoria tem direta (ainda que limitada) vinculação de **sistemas sociais**, de Niklas Luhman, a partir da qual formula a concepção de que o direito penal é um “sistema autopoietico”.

Com efeito, para **Jakobs**, o Direito Penal está determinado pela função que cumpre no sistema social, e inclusive o próprio Direito Penal é um sistema autônomo, autorreferente, e autopoietico, dentro do sistema mais amplo da sociedade. Tem suas regras próprias e a elas se submete.

O funcionalismo sistêmico repousa sua preocupação na higidez das normas estabelecidas para a regulação das relações sociais. Assim, havendo a frustração da norma pela conduta do agente, impõe-se a sanção penal, uma vez que a **missão do direito penal é assegurar a vigência do sistema**.

Sob esta ótica, conduta será considerada como comportamento humano voluntário causador de um resultado evitável, violador do sistema, frustrando as expectativas normativas.

Jakobs recoloca a culpabilidade o terceiro substrato do conceito analítico de crime. Assim, crime, no seu pensar, é fato típico, antijurídico e culpável. A culpabilidade tem como elementos a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Dolo e culpa permanecem no fato típico.

As premissas sobre as quais se funda o funcionalismo sistêmico deram ensejo à exumação da teoria do Direito Penal do Inimigo, representando a construção de um sistema próprio para o tratamento do indivíduo considerado “infiel ao sistema”.

Considera que aquele de que se dedica a determinados crimes não se deve garantir o *status* de cidadão, merecendo, ao revés, punição específica e severa (além da supressão das garantias do devido processo legal), uma vez que o seu comportamento põe em risco, de forma ímpar, a integridade do sistema.

Esse pensamento perpassou a história do pensamento filosófico (Protágoras, S. Tomás de Aquino, Immanuel Kant, John Locke, Hobbes etc.).

A construção dogmática de um Direito Penal do Inimigo não é dos nossos dias nem é uma novidade, exceto o tom proclamático da designação Direito Penal do **inimigo** ou, como arrasadoramente escreve Muñoz Conde, Direito Penal **bélico**.

Rogério Sanches ensina que:

“Lendo a obra de **Manuel Monteiro**, percebe-se que na teoria de Protágoras, a sanção não tem sentido retributivo, mas dissuasor e pedagógico e, assim só deviam ser extirpados os delinquentes que, depois de serem orientados para a moral e para a justiça meio do castigo, continuassem a ser incapazes de comungar dos mesmos valores. Todo o cidadão que tenha sido condenado e volte a pôr em causa a vivência comunitária, volte a reincidir, já não deve sofrer o castigo dissuasor ou pedagógico, mas um castigo de neutralização ou inocuização.

Percebe-se ainda que São Tomás de Aquino abordando a questão da infração como um pecado e que o pecador deve ser morto pelo Estado como um animal (*velut bestia*). Esta teorização da ideia defendida por São Tomás de que a dignidade humana não se encontra em todos os homens, só nos homens virtuosos.

Hobbes concebe um Direito Penal do Inimigo como a moderna dogmática penal do inimigo. É com Hobbes que se adquire a ideia do que deve ser inimigo para o Direito Penal. São inimigos os indivíduos que estão no estado de natureza, produtor de constante perigo e ameaça à existência humana, e que projetam falta de segurança. Hobbes defende um Direito Penal para cidadão mau e outro Direito Penal para os inimigos”.

São essas as inspirações de **Jakobs**, em pleno século XXI, para quem o inimigo na contemporaneidade é o terrorista, o traficante de drogas, de armas e de seres humanos, os membros de organizações criminosas transnacionais.

As principais **características** do Direito Penal, para esses inimigos, são:

- a) Antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios;
- b) Condutas descritas em tipos de mera conduta e de perigo abstrato (flexibilizando o princípio da ofensividade);
- c) Descrição vaga dos crimes e das penas (flexibilizando o princípio da legalidade);

- d) Preponderância do direito penal do autor em contraposição ao direito penal do fato (flexibilizando o princípio da exteriorização do fato);
- e) O surgimento das chamadas “leis de luta ou de combate”;
- f) Endurecimento da execução penal;
- g) Restrição de garantias penais e processuais, característica do Direito Penal de Terceira Velocidade.

Em resumo, a conduta, primeiro elemento do fato típico, pode ser definida como:

Teori Causalista	Conduta é um movimento corporal (ação) voluntário que produz uma modificação no mundo exterior perceptível pelos sentidos.
Teoria Neokantista	Conduta é um comportamento (ação ou omissão) voluntário que produz uma modificação no mundo exterior perceptível pelos sentidos.
Teoria Finalista	Conduta é comportamento humano voluntário psicologicamente dirigido a um fim.
Teoria Social da Ação	Conduta é comportamento humano voluntário, psicologicamente dirigido a um fim reprovável.
Funcionalismo Moderado (Roxin)	Conduta aparece como comportamento humano voluntário causador de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal.
Funcionalismo Radical (Jakobs)	Conduta aparece como comportamento humano voluntário causador de um resultado evitável, violador do sistema, frustrando as expectativas normativas.

Funcionalismo reducionista ou contencionista de Zaffaroni

Ensinam **Antonio Molina** e **Luiz Flávio Gomes** que:

“Para Zaffaroni, Alagia e Slokar o Estado de Direito não significa outra coisa que contenção do Estado de polícia. A dialética entre eles é contínua. O ideal seria existir apenas o primeiro.

Mas não existe nenhum país do mundo em que não convivem os dois. Quando maior é a contenção do segundo, mais o primeiro se aproxima do ideal. A função do Direito penal, como instrumento do Estado de Direito, consiste em reduzir a violência do Estado de polícia, assim como sua seletividade inerente. Quando mais criminalização se admite (seja primária ou secundária), mas arbitrário é o sistema penal, sobretudo em razão da seletividade”. Também é tarefa do Direito penal alcançar a plena realização de um poder punitivo estatal menos irracional. Sua função consiste em reduzir e conter o poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis. Seu escopo político não pode ser outro senão o de fortalecer todos os instrumentos de contenção das iniciativas absolutistas”.

A tipicidade é enfocada conglobantemente (teoria da **tipicidade conglobante**) e será estudada.

Teoria Constitucionalista do Delito (Luíz Flávio Gomes)

Material separado.

Qual teoria (da conduta) foi seguida pelo nosso Código Penal?

Para a doutrina tradicional, nosso Código adotou a teoria **finalista**.

O Código Penal Militar, a seu turno, é declaradamente **causalista**, tratando dolo e culpa como elementos da culpabilidade (art. 33 do CPM⁴).

A doutrina moderna trabalha com premissas funcionalistas de Roxin, negando, porém, algumas das ideias, como, por exemplo, a **responsabilidade considerada substrato do delito**.

Teoria da Ação Significativa

⁴ Art. 33. Diz-se o crime:

Culpabilidade

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

II - culposo, quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo.

Elaborada por **Vives Antón**, a teoria da ação significativa tem suas bases estabelecidas na filosofia da linguagem de **Wittgenstein** e na teoria da ação comunicativa de **Habermas**.

Nesta perspectiva, entende-se a ação como o significado do que as pessoas fazem e não simplesmente como o que as pessoas fazem.

Há, na ação penalmente relevante, um sentido a ser interpretado segundo as normas, razão por que é necessário, mais do que descrevê-la, compreendê-la.

Não há, portanto, modelo prévio e generalizado de ação humana na medida em que esta deve ser analisada à luz de seu significado, concretamente, portanto.

Também por isso, havida uma conduta, tem-se inicialmente apenas uma aparência de ação, primeiro passo para que se possa buscar seu significado.

Ainda, a ação só existe em razão de uma norma, que dá o significado da ação. A causação de um resultado morte apenas é considerada “homicídio” em razão da prévia existência do tipo penal do art. 121 do CP⁵.

Características e elementos da conduta

Toda conduta (não importa a teoria) tem um denominador comum: **comportamento humano voluntário** (dominável pela vontade).

⁵ **Cezar Roberto Bitencourt** ensina que “a ação deve ser entendida de forma diferente, **não como ‘o que as pessoas fazem’, mas como o significado do que fazem, isto é, como um sentido**. Todas as ações não são meros acontecimentos, mas têm um sentido (significado), e, por isso, não basta descrevê-las, é necessário entendê-las, ou seja, interpretá-las. Diante dos fatos, que podem explicar-se segundo as leis físicas, químicas, biológicas ou matemáticas, as ações humanas não de ser interpretadas segundo as regras e normas”. E continua: “dessa forma, o primeiro aspecto a considerar é a identificação com algum tipo de ação, que determina por sua vez ‘a aparência de ação’. Esse é o ponto de partida para definir se podemos dizer que existe uma ação; e, em segundo lugar, decidir se estamos diante de uma ação daquelas definidas na norma correspondente (subtrair, lesionar, ofender etc.), o que somente poderá ser levado a cabo **em função do contexto em que elas se desenvolvem**, isto é, **com base em uma valoração global, integrada pelos aspectos causais, finais, e pelo contexto intersubjetivo em que aquela se desenvolve**, outorgando-lhe um específico sentido social e jurídico”.

Somente o homem executa conduta, podendo valer-se de a animais como instrumento.

A conduta humana deve ser **voluntária**⁶.

Se o comportamento praticado, ainda que previsto em um tipo penal, **não for precedido da vontade do agente, não haverá conduta**, e, conseqüentemente, não configurado o fato típico (substrato do crime), faltando seu primeiro elemento.

Outra característica da conduta é a sua **repercussão no mundo exterior**. A simples cogitação (o pensamento não exteriorizado) é estranha ao direito penal.

Elementos da conduta:

a) Comportamento voluntário (dirigido a um fim): nos crimes dolosos, o fim é a lesão ao bem jurídico ou sua exposição a perigo, ao passo que, nos crimes culposos, a finalidade é a prática de um ato cujo resultado previsível seja capaz de causar lesão ao bem jurídico⁷.

b) Exteriorização da vontade: é o aspecto mecânico ou neuromuscular, consistente na prática de uma ação ou omissão capaz de externar o elemento psíquico.

Causas de exclusão da conduta:

a) Caso fortuito ou de força maior

⁶ Embora se exija a voluntariedade do ato, não que isto significar que a vontade deva ser livre. Ato voluntário é aquele que o agente delibera realizar, isto é, que não provém de mero resultado mecânico. A decisão, no entanto, pode não ter sido tomada livremente, o que será objeto de análise no campo da culpabilidade.

⁷ **Importante:** como já observado, a vontade integra tanto a conduta dolosa quanto a culposa, residindo a diferença no fato de que, na primeira, alcança também o resultado lesivo, ao passo que, na segunda, atinge somente a causa desse resultado (e a finalidade lícita ou, mesmo que ilícita, a não abarcada pelo tipo penal).

Evento absolutamente imprevisível ou de consequências impossíveis de evitar, não domináveis pela vontade do homem.

b) Involuntariedade

É a ausência de capacidade, por parte do agente, de dirigir sua conduta de acordo com uma finalidade predeterminada.

São casos de involuntariedade:

b.1) Estado de inconsciência completa⁸, como o sonambulismo e a hipnose;

b.2) Movimentos reflexos

O movimento é apenas um sintoma de reação automática do organismo a um estímulo externo, desprovido, portanto, de elemento anímico por parte do agente.

Flávio Monteiro de Barros diferencia movimentos reflexos e “ações em curto circuito”:

“Com efeito, nos movimentos reflexos há um impulso completamente fisiológico provocado pela excitação de um só órgão. Nas ações em curto-circuito (atos impulsivos), ao revés, há um movimento relâmpago, provocado pela excitação de diversos órgãos, acompanhado de um elemento psíquico, isto é, de uma vontade obcecada, de modo que o agente não chega a perder a consciência, podendo, inclusive, evitar o seu agir pelo exercício do autocontrole”.

Movimentos reflexos	Ações em curto circuito
Impulso completamente fisiológico, desprovido de vontade	Movimento relâmpago, provocado pela excitação de diversos órgãos, acompanhado de vontade
Exemplo: por conta de um <u>susto</u> causado	Exemplo: durante uma partida de futebol,

⁸ A embriaguez completa não acidental é espécie de estado de inconsciência, porém punível em decorrência da teoria da *actio libera in causa*, como se estudará em momento oportuno.

pelo bater inesperado de uma porta, o agente, <u>por mero impulso, movimentou os braços atingindo o rosto de pessoa que estava ao seu lado</u>	<u>tomados pela excitação do jogo e da torcida</u> , uma multidão invade o campo para protestar com violência <u>contra a injusta marcação de pênalti</u> .
--	---

c) Coação física irresistível (*vis absoluta*)

Ocorre nas hipóteses em que o agente, em razão de força física externa, é impossibilitado de determinar seus movimentos de acordo com sua vontade.

A coação física não se confunde com coação moral irresistível (*vis compulsiva*), havendo, neste caso, o emprego de grave ameaça (aquela exclui a conduta – o fato típico –, enquanto esta exclui a culpabilidade).

Na coação moral é conferida ao coagido a possibilidade de escolha, entre cumprir o ato determinado pelo coautor ou sofrer as consequências danosas por ele prometidas. Diferentemente da física, na moral temos conduta, porém não livre, questão a ser analisada no campo da culpabilidade.

Coação física	Coação moral
Força física externa impossibilitando o coagido de praticar movimentos de acordo com sua vontade. É conduzido sem vontade.	Grave ameaça, retirando do coagido a liberdade de escolha. Pratica conduta, com vontade viciada.
Se irresistível, exclui a conduta.	Se irresistível, há conduta, mas não livre, excluindo a culpabilidade

Resultado

A conduta do agente sempre dará ensejo a um resultado chamado **normativo** e pode ou não ocasionar um resultado chamado **naturalístico** (não presente em todas as infrações).

Resultado **naturalístico**: modificação do mundo exterior (perceptível pelos sentidos) provocada pelo comportamento do agente⁹.

Não são todos os crimes que possuem resultado naturalístico. Há crimes que não causam essa modificação ou, ainda que causem, ela é dispensada pela própria redação do tipo penal

Resultado **normativo** (ou jurídico): lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

Importante: todo crime possui esse resultado (lesão ou perigo de lesão), ainda que não provoque alteração material exterior (o resultado normativo ou jurídico é o próprio pressuposto da tipificação penal – princípios da fragmentariedade, da ofensividade).

Classificação das infrações segundo a exigência ou não de o resultado **naturalístico**:

a) Crimes materiais: aqueles em que o tipo penal descreve a conduta e resultado naturalístico, sendo indispensável a sua ocorrência para haver consumação;

Conduta e resultado são momentos distintos e cronologicamente separados

⁹ Há certas consequências do crime, que por não estarem previstas no tipo penal, não são consideradas “resultado” do crime. Podem, todavia, servir de circunstâncias judiciais (“consequências do crime”, art. 59 do CP) no momento da fixação da pena, desde que não inerentes ao delito (desdobramento normal da conduta).

Exemplo: homicídio. Conduta: dar tiros; resultado: morte decorrente de hemorragia.

b) Crimes formais (ou de consumação antecipada): apesar de o tipo penal também descrever conduta e resultado naturalístico, este é dispensável para sua consumação.

Com a prática da conduta (e a criação de um risco relevante ao bem jurídico), o crime se aperfeiçoa e a norma incide. A modificação do mundo exterior situa-se no exaurimento do crime e pode interferir na quantidade de pena (desde que não seja um mero desdobramento natural da ação – resultado inerente ao tipo);

Exemplo: ameaça (art. 147 do CP¹⁰) e extorsão (art. 158 do CP¹¹¹²).

c) Crimes de mera conduta: são aqueles em que o tipo penal descreve apenas a conduta delituosa, sem sequer mencionar o resultado naturalístico. Pune-se em razão da simples atividade (lembrando, que de alguma forma crie um risco relevante ao bem jurídico).

¹⁰ **Ameaça**

Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:

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

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

¹¹ **Extorsão**

Art. 158 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

§ 1º - Se o crime é cometido por duas ou mais pessoas, ou com emprego de arma, aumenta-se a pena de um terço até metade.

§ 2º - Aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no § 3º do artigo anterior. Vide Lei nº 8.072, de 25.7.90

§ 3º Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente. (Incluído pela Lei nº 11.923, de 2009)

¹² Súmula 96 do STJ: “O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida”.

Exemplo: violação de domicílio (art. 150 do CP¹³).

Crime	Descrição do tipo penal	Importância do resultado naturalístico para a consumação	Exemplo
Crime material	O tipo penal descreve conduta mais resultado naturalístico	O resultado é indispensável à consumação	Homicídio
Crime formal ou de consumação antecipada	O tipo penal também descreve conduta mais resultado naturalístico	O resultado é dispensável Obs: se o resultado ocorrer, ele se dá na fase de exaurimento e pode interferir na fixação da pena	Extorsão (o crime se consuma com o constrangimento para obtenção, para si, de vantagem econômica)
Crime de mera conduta ou atividade	O tipo penal descreve apenas conduta	Não há resultado naturalístico (o tipo não descreve)	Omissão de socorro

¹³ **Violação de domicílio**

Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

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

§ 1º - Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência.

§ 2º - Aumenta-se a pena de um terço, se o fato é cometido por funcionário público, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei, ou com abuso do poder.

§ 3º - Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:

I - durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência;

II - a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser.

§ 4º - A expressão "casa" compreende:

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

§ 5º - Não se compreendem na expressão "casa":

I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior;

II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.

Classificação das infrações segundo a natureza do resultado **normativo** (ou jurídico, sempre necessário para a configuração do tipo objetivo):

a) Crime de **dano**: a consumação exige a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. Exemplo: homicídio;

b) Crime de **perigo**: para a consumação, é suficiente a exposição do bem jurídico a risco relevante.

Os crimes de perigo podem ser:

b.1) crimes de perigo **concreto**: legislador exige prova do risco específico a bem jurídico de alguém (delito de perigo concreto **determinado** – exemplo: art. 134 do CP¹⁴) ou da coletividade (delito de perigo concreto **indeterminado** – exemplo: art. 250 do CP)¹⁵.

¹⁴ **Exposição ou abandono de recém-nascido**

Art. 134 - Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

§ 1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - detenção, de um a três anos.

§ 2º - Se resulta a morte:

Pena - detenção, de dois a seis anos.

¹⁵ **Incêndio**

Art. 250 - Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:

Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa.

Aumento de pena

§ 1º - As penas aumentam-se de um terço:

I - se o crime é cometido com intuito de obter vantagem pecuniária em proveito próprio ou alheio;

II - se o incêndio é:

a) em casa habitada ou destinada a habitação;

b) em edifício público ou destinado a uso público ou a obra de assistência social ou de cultura;

c) em embarcação, aeronave, comboio ou veículo de transporte coletivo;

d) em estação ferroviária ou aeródromo;

e) em estaleiro, fábrica ou oficina;

f) em depósito de explosivo, combustível ou inflamável;

g) em poço petrolífero ou galeria de mineração;

h) em lavoura, pastagem, mata ou floresta.

b.2) crimes de perigo **abstrato**: crime cujo perigo é considerado ínsito na conduta segundo a experiência do que normalmente acontece (alguns doutrinadores afirmam que são aqueles em que o perigo é presumido pelo legislador).

Costuma-se considerar que basta a demonstração da conduta, dispensando a demonstração concreta de perigo.

Crítica de **Paulo Queiroz** quanto aos crimes de perigo abstrato:

“Uma objeção a fazer aos crimes de perigo abstrato é que, ao se presumir, prévia e abstratamente, o perigo, resulta que, em última análise, perigo não existe, de modo se acaba por criminalizar a simples atividade, afrontando-se o princípio da lesividade, bem assim o caráter de *extrema ratio*, (subsidiário) do direito penal. Por isso há quem considere, inclusive, não sem razão, inconstitucional toda sorte de presunção de perigo”.

Miguel Reale Júnior, todavia, admitindo a figura dos crimes de perigo abstrato, no esforço de compatibilizá-los com os princípios constitucionais penais, adverte:

“Concordo com ANGELO ILHA DA SILVA no sentido de que o perigo deve estar ínsito na conduta, segundo o revelado pela experiência, e não ser considerado presumido pelo legislador, mas adotando sinonímia abstrato ou presumido, pois entendo que o **perigo é presumido no sentido de que pode haver prova em contrário**¹⁶, pois só dessa forma se

Incêndio culposo

§ 2º - Se culposo o incêndio, é pena de detenção, de seis meses a dois anos.

¹⁶ Pode haver prova em contrário (e o juiz deve admitir que a defesa demonstre isso), ou seja, que, no caso concreto, a conduta não tinha potencialidade lesiva, embora normalmente condutas semelhantes, segundo a experiência, tenham. Exemplo: disparos de arma de fogo em direção ao chão, com intuito intimidativo, tendo os projéteis penetrado no solo e não ricocheteado, sem lesão concreta a qualquer pessoa: não configuração do art. 15 do Estatuto do desarmamento (“Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. ~~O crime previsto neste artigo é inafiançável.~~ (Vide Adin 3.112-1)”.

Detalhe: o crime meio, inclusive, pode ter sua potencialidade lesiva restrita à realização do crime fim.

adequa a figura do perigo abstrato à exigência da lesividade, dentro de um direito penal garantista, quando se expande a criação de figuras de perigo abstrato na proteção de bens jurídicos universais, como o meio ambiente”

Importante: Tribunais Superiores entendem que a criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional do legislador penal.

Principais decisões acerca da aplicação do princípio da ofensividade em relação aos crimes de porte ilegal de arma de fogo desmuniada (Lei 10.826/2003 – Estatuto do Desarmamento) e embriaguez ao volante (art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com a redação dada pela Lei 11.705/2008), que são crime de perigo abstrato:

1) Arma de fogo desmuniada (irrelevância): STF, HC 107957, 1ª Turma, Dje 15.08.2013: “tutela a segurança pública e a paz social, e não a incolumidade física”, “a lei tipifica até o porte de munição, isoladamente”; HC 104410, 2ª Turma, Dje 27.03.2012: “a arma de fogo tem inerente, inerente à sua natureza, a característica da sua lesividade”; STJ HC 175446, 5ª Turma, Dje 15.06.2012: “crime de perigo abstrato, que se consuma com o simples porte ilegal”; STJ HC 216779, 6ª Turma, Dje 12.09.2013: “é irrelevante estar a arma desmuniada”.

Maior parte das decisões exige ao menos a comprovação de **aptidão para disparos**, atestada por laudo pericial.

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. RITO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. DIREITO PENAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. DESCAMINHO. USO DE DOCUMENTO FALSO. CRIME-FIM. ABSORÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. Recurso especial processado sob o rito do art. 543-C, § 2º, do CPC e da Resolução n. 8/2008 do STJ.
2. O delito de uso de documento falso, cuja pena em abstrato é mais grave, pode ser absorvido pelo crime-fim de descaminho, com menor pena comparativamente cominada, desde que etapa preparatória ou executória deste, onde se exaure sua potencialidade lesiva.

Precedentes.

3. Delimitada a tese jurídica para os fins do art. 543-C do CPC, nos seguintes termos: Quando o falso se exaure no descaminho, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido, como crime-fim, condição que não se altera por ser menor a pena a este cominada.

4. Recurso especial improvido.

(REsp 1378053/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/08/2016, Dje 15/08/2016)

2) Embriaguez ao volante (com a redação dada pela Lei 11.705/2008): STF, HC 110258, 1ª Turma, DJe 24.05.2012: “não prospera a alegação de que o dispositivo, por se referir a crime de perigo abstrato, não é aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro” e HC 109269, 2ª Turma, DJe 11.10.2011: “mostra-se irrelevante, nesse contexto, indagar se o comportamento do agente atingiu, ou não, concretamente, o bem jurídico tutelado pela norma, porque a hipótese é crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado. No tipo penal sob análise, basta que se comprove que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, apresentando concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro para que esteja caracterizado o perigo ao bem jurídico tutelado, e portanto, configurado o crime”; STJ HC 161393, 5ª Turma, DJe 03.05.2012 e HC 183463, 6ª Turma, DJe 26.08.2013.

Qual resultado integra o crime (naturalístico ou normativo) integra o crime?

Estabelece o art. 13 do Código Penal: “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”.

O artigo afirma que a existência do crime depende de um resultado.

Qual a natureza desse resultado?

1ª Corrente: resultado naturalístico. O art. 13, ao falar em resultado, apenas o exigiu para os crimes materiais, já que os crimes formais e os de mera conduta não o exigem.

1ª Corrente: resultado normativo (ou jurídico). O resultado normativo (lesão ou risco de lesão a bem jurídico) é exigido como pressuposto para a configuração de todo e qualquer delito (material, formal, de mera conduta), sendo o único que se harmoniza com a redação do art. 13 do CP.

Importante: a teoria da imputação objetiva, que trabalha com as categorias de causalidade (naturalística), imputação (nexo valorativo) e desaprovação, apenas é possível quando se admite, no ordenamento jurídico, que o resultado jurídico seja pré-requisito indispensável à configuração de todo e qualquer delito.

Luis Flávio Gomes e Antonio Molina resumem a controvérsia:

“Há crime sem resultado? Para a teoria naturalística sim (os crimes formais e os de mera conduta não exigem resultado naturalístico). Para a teoria jurídica ou normativa não (inexiste crime sem ofensa a bem jurídico protegido – *nullum crimen sine injuria*). Somos partidários da segunda teoria, ou seja, partimos da premissa que jamais existe delito sem ofensa ao bem jurídico (ou seja: sem resultado jurídico desvalioso). Logo, para nós, não há crime sem resultado naturalístico. Essa postura dogmática, diga-se de passagem, é o que mais coaduna com o disposto no art. 13 do CP, que diz: ‘o resultado, de que depende a existência do crime, só é imputável a quem lhe deu causa’. Pela própria literalidade do citado diploma legal nota-se que não há crime sem resultado (jurídico)”.

	1ª Corrente		2ª Corrente	
Entende que o resultado que integra o fato é o	Naturalístico		Normativo	
Consequências	É necessário separar os elementos do fato típico para os crimes materiais e não materiais		Influenciada pelo funcionalismo, essa corrente, mais moderna, entende que:	
	A) Crimes materiais: o fato típico tem 4 elementos:	A) Crimes não-materiais: o fato típico tem só 2 elementos:	A) para a tipicidade formal interessa o resultado naturalístico	B) No momento de se analisar a tipicidade material , observa-se o resultado normativo
	- Conduta; - Resultado; - Nexo; - Tipicidade.	- Conduta; - Tipicidade. (os crimes formais e de mera conduta dispensam o resultado naturalístico)	O fato típico será sempre composto de: conduta, nexo, tipicidade e resultado (todo crime sempre tem resultado normativo).	

Nexo causal

Conceito

Nexo causal é o **vínculo** entre conduta e resultado.

Bento de Faria: “relação de produção entre a causa eficiente e o efeito ocasionado, pouco importando seja *mediato* ou *imediate*”.

Importante: o estudo da causalidade busca aferir se o resultado pode ser atribuído, objetivamente, ao sujeito ativo como obra de seu comportamento típico.

Estabelecer a causalidade física é o primeiro passo.

Estabelece o art. 13 do Código Penal: “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”.

Afirma-se comumente que o Código Penal adotou solução compatível com a teoria da **equivalência dos antecedentes causais**, também chamada teoria da equivalência das condições, teoria da condição simples ou teoria da condição generalizadora ou da *conditio sine qua non*) de Maximilian von Buri e Stuart Mill (1873¹⁷).

Diante do fato de que, antecedendo a um resultado, existem diversos fatos, é necessária a utilização do método da **eliminação hipotética dos antecedentes causais** (idealizado pelo sueco Thyrén, em 1894).

Assim, uma ação somente é considerada **causa** do resultado se, suprimida mentalmente do contexto fático, esse mesmo resultado teria deixado de ocorrer (nas circunstâncias em que ocorreu).

¹⁷ Juarez Tavares imputa sua criação a Julius Glaser, processualista austríaco, que a teria formulado em 1858.

Exemplos: comprar bolo, comprar veneno, misturar veneno no bolo, servir o bolo são todas **causas** do resultado (sem alguma delas o resultado não teria ocorrido).

A conjugação das duas teorias (equivalência dos antecedentes causais e eliminação hipotética de Thyrén) chega-se à chamada **causalidade objetiva** ou **efetiva** do resultado.

Problema: a **causalidade objetiva** (mera relação de causa e efeito), pode levar ao **regresso ao infinito** pois, por exemplo, a fabricação do veneno e do fermento utilizados no *iter criminis* são comportamentos contidos na linha de desdobramento causal e, portanto, devem ser interpretados como caso.

Deveriam ser responsabilizados os fabricantes?

Não.

A causalidade objetiva não é suficiente para a imputação, que demanda também uma **causalidade psíquica** (dolo ou culpa).

Importante: a conduta dos fabricantes não deixou de ser causa objetiva, embora a imputação seja afastada pela ausência de **causalidade psíquica** (ação dominada pela vontade com, ao menos, previsibilidade do resultado).

Todavia, a teoria da imputação objetiva pode afastar a causalidade objetiva, pois acrescenta à análise do nexo físico (relação material de causa e efeito) o nexo normativo (chamado “nexo de imputação”), que é composto de:

- a) criação ou incremento de risco proibido;
- b) realização direta do risco criado o resultado;
- c) resultado dentro do alcance do tipo.

Concausas

Significa mais de um evento contribuindo para a produção do resultado.

Exemplo: A e B, não em concurso de agentes, atiram em C. O laudo demonstra que apenas os disparos de A foram a causa da morte. B responde por tentativa.

As **concausas** podem ser de duas hipóteses: **absolutamente** ou **relativamente** independentes.

E ambas podem ser preexistentes, concomitantes ou supervenientes (critério cronológico).

a) Concausas **absolutamente** independentes:

a.1) preexistente: a causa efetiva (elemento propulsor do resultado) antecede o comportamento concorrente do agente;

Exemplo: A morre em razão de ter sido vítima de disparos de arma de fogo, mesmo posteriormente ingerido veneno ministrado por outra pessoa.

a.2) concomitante: a causa efetiva (elemento propulsor do resultado) é simultânea ao comportamento concorrente do agente;

Exemplo: duas pessoas, uma sem saber da existência da outra, atiram em um indivíduo, que vem a morrer apenas em razão de um dos disparos.

a.3) superveniente: a causa efetiva (elemento propulsor do resultado) é posterior ao comportamento concorrente do agente;

Exemplo: indivíduo que, após ser vítima de golpes de arma branca (facada), sai correndo e acaba sendo atropelada por um veículo que avança a calçada.

Conclusão: o comportamento paralelo do agente será punido sempre na forma tentada (desde que aja potencialidade lesiva).

b) Concausas **relativamente** independentes:

b.1) preexistente: a causa efetiva (elemento propulsor que se conjuga para produzir resultado) é anterior à causa concorrente derivada do comportamento do agente;

Exemplo: o agente disfire golpes de arma branca na vítima que, sozinhos, não causariam a morte. Acabam ocasionando em razão da hemofilia da vítima, que dificultam o estancamento do sangue.

Importante: para que o resultado (homicídio consumado) seja imputado ao agente, é necessário que ele saiba da condição de saúde da vítima (dolo acerca da concausa anterior). Caso contrário (ausência de ciência, de dolo), responderá por tentativa (evitar responsabilidade objetiva¹⁸).

b.2) concomitante: a causa efetiva (elemento propulsor que se conjuga para produzir resultado) ocorre simultaneamente à causa concorrente derivada do comportamento do agente;

Exemplo: agente que, para conseguir subtrair o patrimônio da vítima, empurra-a para o meio de rua movimentada, momento em que um dos veículos a atropela, vindo a sofrer lesões graves.

b.3) superveniente: a causa efetiva (elemento propulsor que se conjuga para produzir resultado) acontece após a causa concorrente derivada do comportamento do agente.

¹⁸ Prestar atenção nesse princípio geral do Direito Penal:

Agravação pelo resultado (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 19 - Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente.

Está prevista no art. 13, § 1º do Código Penal: “*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*”.

Exemplo: sujeito é vítima de facadas e é conduzido ao hospital por uma ambulância. O caminho, a ambulância é vítima de uma batida decorrente de um veículo que não respeitou a sinalização de parada e o paciente vem a óbito.

Se não houvesse as facadas, nada disso teria ocorrido.

Responde o agente por homicídio?

A resposta passa pelo significado da expressão *por si só*.

Tal expressão significa que somente aqueles resultados que se encontrarem como um **desdobramento natural da ação**, ou seja, estiverem na chamada **linha de desdobramento físico** é que poderão ser imputados ao agente.

Segundo **Rogério Greco**, a resposta à pergunta acima seria negativa (o risco criado pela facada não é o mesmo risco – físico – verificado no resultado).

A expressão *por si só* tem a finalidade de excluir a linha de desdobramento físico, fazendo com que o agente somente responda pelos atos já praticados.

Se o resultado estiver na mesma linha de desdobramento natural conduta inicial do agente, este deverá responder por ele; se o resultado fugir ao desdobramento natural da ação, ou seja, se a causa superveniente relativamente independente vier, por si só, a produzi-lo, não poderá o resultado ser atribuído ao agente, que responderá tão somente pelo seu dolo (há um rompimento na cadeia causal)¹⁹.

¹⁹ Problema: erro médico e infecção hospitalar, para muitos, encontram-se na mesma linha de desdobramento causal da conduta do agente (não para o concurso da DPE).

Importante: linha de desdobramento físico e significância da lesão – para que o resultado seja atribuído ao agente, é necessário que ele esteja na linha de desdobramento físico da ação.

Assim, se alguém é ferido com um instrumento cortante e, devido ao tratamento inadequado que recebe, contrai tétano e vem a falecer, tem-se, inicialmente, que o tétano é um desdobramento natural da lesão.

Mas será que toda e qualquer lesão ou resultado mais gravoso deve ser atribuído ao agente?

Para evitar situações discrepantes que levariam a conclusões absurdas, **Alberto Silva Fraco** e **Rogério Greco** afirmam que o resultado tido como consequência da linha de desdobramento físico da conduta do agente somente deve ser aquele produto de uma lesão que tenha significância, que seja de relevo.

Alberto Silva Franco afirma que:

“Ao critério do desdobramento da ação física deve ser adicionado outro ingrediente, qual seja, o conceito de significância, para evitar que, na vida real, surjam situações embaraçosas ou excessivamente rigorosas que poderiam atentar contra o sentimento de justiça de um homem de bem. Nestes termos, a causa superveniente não rompe o nexo de causalidade quando constituir um prolongamento ou desdobramento da ação cometida pelo agente, formando uma cadeia unilinear, desde que a causa anterior tenha um peso ponderável, seja consistente e mantenha uma certa correspondência lógica com o resultado mais lesivo a final verificado. O requisito da significância é imprescindível para evitar possíveis despautérios. Se, em face do vultoso resultado, que o agente não quis e nem podia impedir ou evitar, a causa anterior é de somenos importância, a cadeia unilinear deve ser considerada como rompida, de forma que o sujeito ativo só responderá pelo fato menos grave decorrente exclusivamente de sua conduta”.

Conclusão (atribuição ao agente de resultado decorrente de concausa superveniente relativamente independente): resultado = mesma linha de desdobramento físico da ação inicial + significância da lesão.

Observação: alguns autores afirmam que o § 1º do art. 13 do CP anuncia a **causalidade adequada** (ou teoria da condição qualificada ou individualizadora) preconizada por Von Kries.

Na determinação da **causalidade adequada**, o que importa é se há um nexo normal prendendo o atuar do agente como causa do resultado como efeito (se, conforme a experiência da vida, o fato conduz normalmente a um resultado dessa índole; se o resultado é consequência normal, provável, previsível daquela manifestação de vontade do agente. O fundamento desse juízo é um dado estatístico, é um critério de probabilidade).

Importante: retomando o exemplo das facadas e do acidente com ambulância, **Luis Flávio Gomes** e **Antonio Molina** trabalham com a noção de “nexo de causalidade” e “nexo de imputação” (imputação objetiva):

“Estamos aqui diante de uma regra de imputação objetiva do resultado, que diz: o agente só responde penalmente quando cria risco proibido e nos limites desse risco. Quem criou o risco configurador de uma tentativa, só pode responder por tentativa. Este § 1º do art. 13, com já se afirmou, retrata uma importante regra de imputação objetivado resultado. Aliás, é a única específica no Código Penal. Constitui um exemplo em que está presente a causação (nexo de causalidade entre a conduta e o resultado), mas o resultado morte não pode ser imputado ao agente. Há nexo de causalidade, mas não há imputação objetiva (ou seja, nexo de imputação). Causação não se confunde com imputação. Há nexo de causalidade porque se o agente não tivesse disparado contra a vítima, ela não estaria dentro da ambulância. De qualquer modo, o resultado morte não pode ser imputado ao agente do disparo porque seu risco criado (tiro no braço) não chegava ao extremo de causar a morte da vítima, e o agente deve responder penalmente pelo risco criado e nos limites desse risco. Em outras palavras, deve responder por tentativa de homicídio. E pela morte da vítima quem responde? Naturalmente o motorista da ambulância, considerando-se que ele criou nova situação de risco para a vítima. Cada qual responde pelo seu risco criado.

Essa mesma solução é válida para incontáveis outras situações, como: a) a vítima que fugia de um roubo foi atropelada e morta (o agente só responde por tentativa de roubo); b) a vítima morre durante tratamento hospitalar equivocado (o agente só responde por tentativa de homicídio); c) a vítima morre em virtude de infecção hospitalar (o agente só responde por tentativa de homicídio); d) a vítima morre em razão de um incêndio no hospital. Em todas essas situações há uma concausa superveniente que, por si só, causa o resultado morte. O agente não responde por ele. Só pelo que fez (anteriormente)”.

Teoria da imputação objetiva

Desenvolvida por **Karl Larenz** (1927) e **Richard Honig** (1930) – e atualmente rerepresentada por **Claus Roxin** e **Günther Jakobs** –, a teoria da imputação objetiva descobrir se a conduta do agente gerou (ou não) um risco proibido (se criou ou se incrementou um risco proibido) assim como se o resultado jurídico tem vínculo direto com esse risco e, ao mesmo tempo, se está no âmbito de proteção da norma.

Pressupõe a causalidade física (*conditio sine qua non*), mas é uma correção a ela (limita-a), acrescentando um **nexo normativo (de imputação)** através dos critérios acima.

A) Criação ou incremento de um risco proibido²⁰

Para ser imputado (atribuído) ao agente, o resultado deve ser efeito de um risco proibido criado ou incrementado pelo agente.

Exemplo: “caso de pelos de cabra” – industrial fere o dever de cuidado ao entregar a seus subordinados matéria-prima não desinfetada para seu manejo, provocando a morte de quatro deles. Mais tarde fica provado que, mesmo a correta desinfecção não teria evitado as mortes. **Conclusão:** a não-desinfecção do material (violação do dever de cuidado) não agrava o risco para além do permitido (proibido);

Exemplo 2: uso de documento falso com a finalidade de praticar “falsa identidade” (art. 307 do CP²¹);

²⁰ A identificação de um risco proibido se dá através da **prognose póstuma objetiva**: “prognose, porque é um juízo formulado de uma perspectiva *ex ante*, levando em conta apenas dados conhecidos no momento da prática da ação. Objetiva, porque a prognose parte dos dados conhecidos por um observador objetivo, por um homem prudente, cuidadoso – e não apenas por um homem médio – pertencente ao círculo social em que se encontra o autor. Póstuma, porque, apesar de tomar em consideração apenas os fatos conhecidos pelo homem prudente no momento da prática da ação, a prognose não deixa de ser realizada pelo juiz, ou seja, depois da prática do fato” (**Luís Greco**).

²¹ **Falsa identidade**

Exemplo 3: ré deficiente que “comprou” CNH falsa com data de validade vencida e a utilizou em blitz;

Exemplo 4: cuidadora que se ausenta da casa (acreditando que a outra cuidadora chegaria no horário correto e que a assistida permaneceria dormindo, como de costume). A outra cuidadora não aparece, a assistida se levanta sozinha e cai, vindo a falecer.

Observação: laudo pericial que não detectou “impetigo” (infecção causada por bactéria) nem qualquer outra causa para lesões corporais leves sofridas pela vítima em denúncia de tortura mediante queimadura por cigarro.

B) Realização do risco no resultado

Já visto.

Não será causa o comportamento do agente se o evento causado fisicamente pela sua conduta não estiver na linha de desdobramento causal normal de sua ação ou omissão.

Exemplo: disparo de arma de fogo e erro médico.

Se o resultado morte é **produto exclusivo** do risco posterior (erro médico), então é atribuído ao autor desse risco (falha médica).

Depois da cirurgia de emergência (que é um sucesso), durante a recuperação no hospital, recebe, por negligência médica, remédio em dose excessiva, levando-o a óbito.

Art. 307 - Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

A morte é produto exclusivo do erro médico, fazendo com que o atirador responda por homicídio tentado e o médico por homicídio culposo.

Se o resultado é **produto combinado** de ambos os riscos (lesões em razão do disparo e falha médica), então pode ser atribuído aos respectivos autores, embora o atirador responda por dolo e o médico por culpa.

Exemplos (**Luís Flávio Gomes**):

a) sujeito furta veículo da vítima, que morre ao saber do fato;

b) A sequestrou B; a mãe deste, ao saber, morre de enfarto;

c) motorista que revela desejo sexual por caronista; esta pula do veículo e sofre lesões corporais graves (TJRJ reconheceu lesões, incorretamente);

d) a mãe por descuido deixa seu filho cair na piscina e um terceiro tenta salvá-la e morre. A mãe não responde pelo resultado morte do terceiro, porque com sua conduta (omissiva) criou risco para seu próprio filho (a morte do terceiro está fora do âmbito do risco criado);

e) o chamado “falso sequestro” ou “trote do sequestro” ou “golpe do sequestro” é, no momento, uma onda criminosa bastante difundida no Brasil. Não é incomum o seguinte: a pessoa que é contactada pelo criminoso (ou seja: a vítima da extorsão), ao tomar ciência do “sequestro” de alguém de sua família, acaba morrendo (Folha de S. Paulo de 02.03.2007, p. C6).

C) Resultado se encontra dentro do alcance do tipo

Para haver imputação, requer-se ainda que o perigo gerado pelo comportamento do agente esteja no âmbito de proteção (alcance) do tipo, modelo de conduta que não se destina a impedir todas as contingências do cotidiano.

Exemplo: ciclistas com faróis desligados.