

# RECENSÃO DO LIVRO “TEORIA GERAL DO DELITO”, DE FRANCISCO MUÑOZ CONDE (TRADUÇÃO: JUAREZ TAVARES, SERGIO ANTONIO FABRIS EDITOR) - 2ª PARTE<sup>1</sup>

Eugênio Rosa de Araújo  
Juiz Federal da 17ª Vara Federal

## RESUMO

Conceito de delito. O comportamento humano como base da teoria do delito e as formas de conduta penalmente relevantes. As teorias sobre o conceito de ação. Relação de causalidade. Tipicidade e antijuridicidade. Tipo subjetivo, dolo e culpa. Negligência. Causas de exclusão da antijuridicidade, generalidades e espécies. Culpabilidade, imputabilidade. O conhecimento da ilicitude. O Direito Penal latino-americano. A punibilidade. Delito tentado e consumado, autoria e participação, unidade e pluralidade de delitos.

## PALAVRAS-CHAVE

Teoria Geral do Delito. Conceito de ação. Tipicidade. Direito Penal. Imputabilidade.

## SUMÁRIO

12 A culpabilidade 13 A imputabilidade 14 O conhecimento da ilicitude  
15 A punibilidade 16 Consumação e tentativa do delito 17 Autoria e participação  
18 Unidade e pluralidade de delito (concurso de delitos)

## 12 A culpabilidade

Para impor uma pena, não é suficiente a prática de um fato típico e antijurídico. Há casos em que o autor de um fato típico e antijurídico fica isento da responsabilidade penal. Isso demonstra que, junto à tipicidade e à antijuridicidade, faz-se mister na teoria geral do delito uma terceira categoria, cuja presença é necessária para se impor uma pena: a culpabilidade. Sua função consiste em acolher os elementos que, sem pertencer ao tipo do injusto, determinam a imposição de uma pena.

<sup>1</sup> A 1ª parte desta recensão foi publicada na Revista da SJRJ nº 22, disponível em <[www.jfrj.jus.br/Rev\\_SJRJ](http://www.jfrj.jus.br/Rev_SJRJ)>.

Atua antijuridicamente quem, sem estar autorizado, realiza um tipo jurídico-penal e ataca com isso um bem jurídico penalmente protegido. Atua culpavelmente quem pratica um ato antijurídico, podendo atuar de modo diverso, ou seja, conforme o direito.

O conceito de culpabilidade põe o penalista ante a difícil situação de ter de se decidir entre extremos igualmente questionáveis: ou aceitar a capacidade humana para atuar livremente e aceitar, com isso, o conceito de culpabilidade; ou negar essa capacidade, negando, conseqüentemente, a culpabilidade como elemento ou categoria da teoria geral do delito.

Pode-se sair dessa difícil situação sem aceitar o conceito tradicional de culpabilidade, ao relativizar o entendimento da liberdade que lhe serve de base e dotando-a de um conteúdo distinto, capaz de legitimar, explicar e limitar de modo racional a imposição de uma pena.

### **12.1 As insuficiências do conceito tradicional de culpabilidade**

Afirma Rodriguez Devesa: “Atua culpavelmente quem em relação ao ordenamento jurídico podia proceder de maneira diferente daquela como agiu”.

Essa definição reflete o conceito tradicional de culpabilidade, uma concepção cientificamente insustentável, já que se baseia em argumentos racionalmente indemonstráveis: a capacidade de se poder atuar de modo diverso do que realmente se atuou - fato em que se pode acreditar, mas que não se pode demonstrar.

A culpabilidade supõe algo mais que a mera possibilidade de poder agir de um modo diverso do que atuou. Se a culpabilidade se baseasse efetivamente na possibilidade de atuar de modo diverso, não se poderia explicar porque o nº 7 do art. 8º do Código Penal declara isentos de responsabilidade criminal os que, impelidos por um estado de necessidade, lesionam um bem jurídico de uma pessoa para evitar a lesão a outro bem de igual ou maior valor.

### **12.2 Conceito dialético de culpabilidade: culpabilidade e prevenção geral**

Refutar o conceito tradicional de culpabilidade não significa ter de renunciar a ela como categoria jurídico-penal, mas sim a necessidade de buscar-lhe um fundamento distinto.

O conceito de culpabilidade tem um fundamento social, antes que psicológico: ela não é uma categoria abstrata ou ahistórica - à margem ou, como uns acreditam, contrárias às finalidades preventivas do Direito Penal -, mas a culminação de todo um

processo de elaboração conceitual destinado a explicar por que e para que, em um determinado momento histórico, se recorre a um meio defensivo da sociedade tão grave como a pena, e em que medida se deve fazer uso desse meio.

É evidente a correlação entre culpabilidade e prevenção geral, quer dizer, a defesa de determinados interesses, legítimos ou ilegítimos, por meio da pena.

Essas razões de prevenção geral podem exacerbar-se e, mal entendidas, levar a exigências punitivas desmesuradas, como a punição de doentes mentais, a redução da idade mínima para a exigência da responsabilidade penal, etc.

Em um Estado social e democrático de direito, o Estado deve estar em condições de demonstrar por que se faz uso da pena e a quais pessoas esta se aplica - isso sempre para proteger de modo eficaz e racional uma sociedade que, se não é plenamente justa, tem em seu seio e em sua configuração jurídica a possibilidade de vir a sê-lo. Se esses pressupostos não ocorrem, mal se pode falar de culpabilidade e exigir o cumprimento dos mandados normativos. Por isso, a culpabilidade tem também um fundamento material.

### **12.3 Conceito material de culpabilidade**

Fora do tipo do injusto, quer dizer, da tipicidade e da antijuridicidade, existe uma série de elementos que fazem parte da teoria geral do delito e que também condicionam a aplicação de uma pena. Se não se quer assimilar a cada um desses elementos uma posição autônoma e independente, cada uma constitutiva de uma nova categoria do delito, deve-se procurar reconduzi-los a uma mesma categoria, na medida em que respondam a um denominador comum a todos eles, quer dizer, a um mesmo fundamento material.

O fundamento material da culpabilidade deve ser buscado na função motivadora da norma penal. A norma penal se dirige a indivíduos capazes de se motivarem, em seu comportamento, pelos mandamentos normativos. O importante não é que o indivíduo possa escolher entre várias ações possíveis: o fundamental é a norma penal motivá-lo, com seus mandatos e proibições, a abster-se de realizar uma dessas várias ações possíveis, as quais a norma proíbe com a ameaça de uma pena. A partir do desenvolvimento mental, biológico e cultural, espera-se que o indivíduo possa se motivar por mandatos normativos. A evolução cultural e dos conhecimentos sociológicos, psicológicos e biológicos permitiu fixar na legislação critérios que determinem os casos nos quais, a partir de determinado grau de desenvolvimento biológico, psíquico e cultural, seja possível atribuir a um indivíduo o fato típico e antijurídico, e torná-lo responsável por esse ato. O fundamento material comum a esses critérios que englobamos no conceito de culpabilidade encontra-se, naquelas faculdades que permitem ao ser humano participar com seus semelhantes,

em condições de igualdade, de uma vida em comum, pacífica e justamente organizada. A “motivação”, a capacidade para reagir em face das exigências normativas, é, segundo o autor, a faculdade humana fundamental que, unida a outras (inteligência, afetividade, etc.), permite a atribuição de uma ação a um sujeito e, em consequência, a exigência de responsabilidade pela ação por ele praticada. Qualquer alteração importante dessa faculdade - qualquer que seja a sua origem - deverá determinar a exclusão ou, se não é tão importante, a atenuação da culpabilidade.

A fixação desse fundamento material não pode ser feita fora do contexto histórico, à margem das necessidades preventivas refletidas na legislação penal vigente.

## **12.4 Elementos da culpabilidade**

Para se poder afirmar da culpabilidade de uma pessoa que, no caso concreto, praticou uma fato típico e antijurídico, é necessário que estejam presentes nela uma série de requisitos sem os quais não se pode falar de culpabilidade, elementos específicos sem os quais não se poderá formular o juízo de atribuição, inerente à culpabilidade.

### **12.4.1 A imputabilidade ou capacidade de culpabilidade**

Sob esta denominação se incluem os requisitos referentes à maturidade psíquica e à capacidade do sujeito de se motivar (idade, doença mental, etc.).

### **12.4.2 O conhecimento da antijuridicidade do fato praticado**

A norma penal só pode motivar o indivíduo na medida em que este possa conhecer, em linhas gerais, o conteúdo de suas proibições.

### **12.4.3 A exigibilidade de um comportamento distinto**

O Direito exige comportamentos mais ou menos incômodos ou difíceis, mas não impossíveis. Quando a obediência da norma põe o sujeito fora dos limites da exigibilidade, faltará esse elemento e, com ele, a culpabilidade.

Esses três elementos são graduais, exceto no caso da menoridade penal. E, quando há alguma que os modifique ou os torne imprecisos, esta só pode ter efeito atenuante da culpabilidade quando não tem força para excluí-la totalmente.

As diferenças entre estas causas de exclusão ou anulação da culpabilidade e as causas de justificação são as seguintes:

- a) as primeiras deixam intacto o tipo de injusto, com tudo que este comporta em relação a aplicação de sanções não-penais, medidas de segurança, admissão da legítima defesa, possibilidade de participação de terceiros, etc.
- b) as segundas convertem o fato em algo lícito e aprovado pelo ordenamento jurídico, não admitem legítima defesa, tampouco responsabilidade penal por participação de terceiros, etc.

Deve-se levar em conta alguns elementos específicos que aparecem em certos tipos de delitos que não fundamentam o tipo de injusto, mas refletem uma maior ou menor culpabilidade do autor do delito.

Esses elementos, objetiva e subjetivamente configurados, constituem o chamado “tipo de culpabilidade”.

Suas diferenças em relação aos elementos subjetivos do tipo do injusto (ver item 6) não são tão nítidas como seria desejável, mas pode-se afirmar que os elementos do tipo de culpabilidade só incidem na maior ou menor gravidade do marco penal aplicável a uma figura concreta do delito, e que a ausência desses elementos não exclui a punibilidade de delito em questão; no máximo, convertem-se em outro delito.

## **13 A imputabilidade**

### **13.1 A imputabilidade ou capacidade de culpabilidade**

A culpabilidade baseia-se no fato de que o autor do delito, do fato típico e antijurídico possui as faculdades psíquicas físicas mínimas necessárias para motivar seus atos.

O conjunto dessas faculdades mínimas chama-se “imputabilidade” ou “capacidade de culpabilidade”. Quem não possui essa capacidade não pode ser declarado culpado e, conseqüentemente, não pode ser penalmente responsável por seus atos, mesmo que sejam típicos e antijurídicos.

Historicamente observou-se que as crianças e os doentes mentais não podiam ser tratados penalmente como os adultos mentalmente sadios. A doutrina clássica buscou uma base comum na liberdade de vontade, ao fundar a liberdade na capacidade de entender e querer o que se está fazendo. Assim, na falta dela, não se atua livremente, e não se pode ser considerado culpado pelo que é feito.

No entanto, essa tese é insustentável, pois se baseia em algo indemonstrável, a liberdade de vontade, e reduz todas as faculdades humanas aos planos intelectual e volitivo.

Atualmente, a capacidade de culpabilidade engloba as faculdades intelectivas e volitivas, e também um complexo processo de interação e comunicação chamado “motivação”. A capacidade de motivação em nível individual constitui a essência da imputabilidade.

Na medida que essa capacidade não se desenvolveu por falta de maturidade ou defeitos psíquicos, não se poderá falar de culpabilidade.

### **13.2 Causas de exclusão da capacidade de culpabilidade (causas de inimputabilidade)**

No Direito Penal espanhol, há três causas de responsabilidade penal, que podem ser reduzidas ao âmbito da imputabilidade: a alienação e o transtorno mental transitório; a menoridade penal; e a alteração na percepção, todas decorrentes da idéia antes exposta.

O CP brasileiro relaciona como causas de exclusão de imputabilidade a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a menoridade e a embriaguez acidental completa (arts. 26, 27 e 28, § 1º). Constitui atenuante ser o agente menor de 21 anos (art. 65, I).

#### **13.2.1 A menoridade**

A lei declarou isento de responsabilidade o menor de 16 anos por razões de segurança jurídica.

#### **13.2.2 Alteração na percepção**

Assemelha-se muito à alienação, sendo, de certa forma, supérflua. Exige-se que a essa alteração transtorne gravemente a consciência da realidade.

Não existe disposição similar no Direito brasileiro.

#### **13.2.3 A alienação e o transtorno mental transitório**

O Direito espanhol declara isentos de responsabilidade penal o alienado e quem estiver em situação de transtorno mental transitório, salvo se os tenha buscado com o escopo de delinquir (art. 26 do CP).

O Supremo Tribunal espanhol já se decidiu: o que interessa ao Direito não são tanto as qualificações clínicas, mas o seu reflexo no atuar. Ao jurista não interessa a nosologia psiquiátrica nem o diagnóstico, mas sim os efeitos sobre a conduta humana que tem uma determinada qualificação clínica.

O CP espanhol se estrutura sobre um modelo biológico puro: no momento de sua aplicação, a doutrina e jurisprudência completam a forma legal com referências psicológicas.

O CP alemão considera que atua sem culpabilidade o incapaz de compreender a ilicitude do delito (efeito psicológico) por causa de uma perturbação na consciência, de debilidade mental ou de qualquer outra grave degeneração mental (base biológica). Aqui, a eximente se constitui pela presença de uma base biológica e pela adição de um efeito psicológico determinado.

Os sistemas sobre as causas de inimputabilidade são o biológico ou etiológico; o psicológico; e o biopsicológico, ou misto, sendo este último adotado no Brasil (art. 25, CP).

A seguir se analisarão o efeito psicológico e suas causas: os conceitos de alienado e de transtorno mental transitório.

#### **a) O efeito psicológico**

Equivale à perturbação plena das faculdades psíquicas, impede o indivíduo de conhecer a ilicitude de seu comportamento ou de determinar suas ações conforme tal conhecimento. Se a perturbação é parcial, é considerada uma eximente incompleta, tratada como atenuante pelo Direito espanhol.

O efeito psicológico tem dupla limitação: deve ser uma perturbação das faculdades intelectuais ou volitivas; e tal perturbação deve se referir à compreensão da ilicitude do fato ou à capacidade de ter sua conduta de acordo com ela.

Para efeitos penais, somente interessam os transtornos da inteligência e da vontade: reduz-se a ampla gama psicopatológica, pois não são os únicos transtornos capazes de provocar efeitos sobre a conduta humana.

Relevante também é a motivação, que provoca com suas manifestações, condutas inteligentes e voluntárias.

A principal consequência dessa postura é que os transtornos da afetividade, característicos das psicopatias não podem servir de base para se apreciar a eximente de alienação ou transtorno mental transitório.

Por exemplo, o Supremo Tribunal espanhol lavrou um acórdão em 1978 no qual afirma que as psicopatias são doenças endógenas, anormalidades que acompanham o agente desde a origem, um defeito permanente que não afeta a inteligência profundamente.

Por outro lado, em acórdãos de anos anteriores, asseverava que as psicopatias seriam simples anomalias da personalidade humana, somente atenuariam a responsabilidade penal quando fossem graves, ao afetarem parcialmente a imputabilidade do agente, ou seja, sua inteligência e vontade. Essa tese se explicava ao se considerar o conceito de culpabilidade, acolhendo a alienação e o transtorno mental transitório como causas de exclusão de responsabilidade criminal.

Atualmente se refuta o critério tradicional, que considera que a culpabilidade radica na possibilidade que teve o autor de atuar de modo diverso, principalmente se lembrarmos que a maioria das condutas humanas são produto de motivações absolutamente determinantes e não decorrem de decisões “livremente” tomadas.

O diferencial para a culpabilidade não é que o indivíduo possa optar entre várias condutas possíveis, mas que tenha de fazê-lo para evitar uma delas, precisamente a que norma penal proíbe.

Do exposto sobre a determinação do efeito psicológico na alienação e no transtorno mental transitório, infere-se que não há por que limitar o efeito psicológico aos defeitos ou alterações da inteligência ou da vontade.

Pelo contrário, qualquer fator que incida nos processos de socialização deve e pode ser tido presentes ao se fazer o correspondente juízo sobre a imputabilidade ou capacidade de imputabilidade do indivíduo que delinqüiu, ou como causa de exclusão de sua capacidade de culpabilidade ou como circunstância modificadora desta.

## **b) Os conceitos de alienado e de transtorno mental transitório**

Ressalte-se que há uma absoluta falta de correspondência entre a terminologia penal e psiquiátrica, pois esse termo não é usado como conceito psiquiátrico definido na linguagem psiquiátrica técnica. Todavia, juridicamente não importa a qualificação clínica, mas sim seu reflexo na conduta humana.

Considera-se uma vantagem do Código Penal espanhol usar o termo ambíguo “alienado”, porque dá ao juiz absoluta liberdade para qualificar como “alienado” todas as manifestações psicopáticas relevantes para a determinação da imputabilidade de um indivíduo e também dispensa o psiquiatra da necessidade de adaptar sua terminologia científica à jurídica.

Entretanto, a jurisprudência tem negado a possibilidade de incluir as psicopatias no conceito de alienado por falta da incidência delas nas faculdades intelectivas e volitivas.

Quanto a outras entidades nosológicas, o Supremo Tribunal subsume no conceito de alienado as várias formas de psicoses, como oligofrenia e epilepsia.



Não obriga, porém, à análise da eximente de alienação, pois é necessário que se tenha causado efeito psicológico e que nesta situação tenha ocorrido a prática do crime.

Algo parecido ocorre ao *transtorno mental transitório*, pois o Direito espanhol considera este e a *alienação* como dois estados psicologicamente idênticos - distingue-se o primeiro por ser fugaz; e o segundo, por ser permanente.

Boa parte da doutrina e jurisprudência considera necessária uma base patológica ou de fundo patológico no indivíduo para poder apreciar a eximente de transtorno mental transitório.

A reação psicógena só terá efeito eximente se estiver condicionada por uma base mórbida constituída, por exemplo, por uma enfermidade somática ou por uma neurose.

Ressalva-se que não se pode exigir em todo caso essa base patológica, pois se denegaria eficácia eximente aos estados passionais/emocionais, que ocasionalmente podem produzir um efeito psicológico idêntico ao de um transtorno mental transitório, mesmo sem terem qualquer base patológica.

O Código Penal considera como simples circunstância atenuante atuar em um estado de paixão ou emoção, ocorrendo apenas um problema de gradação. E quando estas alcançarem o grau de um transtorno mental transitório, deve-se prever esta eximente. Assim, não é um problema de fundo patológico o que se discute, mas de intensidade de reação. O Supremo Tribunal exclui do transtorno mental transitório os estados passionais e a embriaguez.

No Brasil, emoção e paixão não excluem a imputabilidade (art. 28, I); a violenta emoção pode ser circunstância atenuante (art. 65, III, “c”) ou tornar o homicídio/lesão corporal privilegiados (arts. 121, § 1º, e 129, § 4º); e a paixão social pode ser uma circunstância agravante ou qualificadora (arts. 64, IV, e 121, § 2º, I).

A embriaguez acidental completa (art. 28, § 1º) e a patológica (art. 26) excluem a imputabilidade. Contudo, a embriaguez não acidental (voluntária ou culposa) não tem o mesmo efeito (art. 28, II). Se a embriaguez acidental for incompleta, pode ser atenuante (art. 28, § 2º); se for preordenada, constitui circunstância agravante (art. 61, II, “l”).

### **c) As conseqüências jurídicas e sua crítica do ponto de vista psiquiátrico**

Considera-se que o internamento contrário à vontade do doente mental é crime contra a humanidade, similar à escravidão.

Se a finalidade da medida é a cura do doente mental, sua imposição quando não seja necessária/útil para a cura converte o internamento obrigatório em uma espécie de prisão por tempo indeterminado, podendo até ser perpétua.

Na base dessa postura, está a idéia de que o doente mental é sempre um ser perigoso, que deve ser isolado da sociedade, principalmente se cometeu um crime.

Isso não significa que em alguns casos o internamento involuntário não seja indicado, mas se deve perguntar se a reclusão protege ou não a sociedade dos pacientes mentais perigosos. Atualmente, o Código Penal espanhol permite que o tribunal sentenciador substitua o internamento por outras medidas não privativas de liberdade.

No Brasil, a nova parte geral do CP (redação dada pela Lei nº 7.209/84) passou a adotar o sistema vicariante - que substituiu o sistema binário, permitindo a aplicação de pena ou medida de segurança aos portadores de imputabilidade diminuída (art. 26, parágrafo único), conforme o art. 98. Estabeleceu-se a medida de segurança detentiva (internação) ou restritiva (sujeição a tratamento ambulatorial) para os inimputáveis (arts. 96 e 97).

### 13.3 A *actio libera in causa*

A questão de o autor possuir ou não capacidade suficiente para ser considerado culpado refere-se ao momento da prática do ato, sendo a *actio libera in causa* uma exceção a esse princípio.

Nesse caso, considera-se imputável o indivíduo que no momento de praticar seus atos não era imputável, mas o era no momento em que pensou em cometê-los ou iniciou o processo causal que gerou a ação típica.

Exemplos são o do guarda-chaves que dorme, provocando o choque de trens, e do que se embriaga para cometer um crime. As lesões são praticadas em estado de inimputabilidade, mas o autor antes de realizar a ação típica iniciou o processo causal quando ainda era imputável.

O Código Penal alemão pune expressamente quem dolosa ou culposamente se põe em situação de inimputabilidade e assim comete um crime.

O Código Penal espanhol não tem diretamente essa figura, mas quando regula o transtorno mental transitório e a embriaguez atenuante dispõe que quando esses estados foram procurados para delinquir, não se poderá invocar a respectiva eximente ou atenuante, sendo o delito imputado como doloso.

Se o delito praticado for distinto ou mais grave do que o que o agente queria praticar, só poderá se imputado como culposos.

Quando a inimputabilidade foi provocada sem o propósito de delinquir, não há obstáculo legal para se apreciar a causa de inimputabilidade diminuída como atenuante, ainda que, de acordo com a teoria do atuar precedente, se possa fundamentar uma responsabilidade por culpa pelo fato cometido em estado de inimputabilidade. Isso é freqüente nos crimes de comissão por omissão, como no caso do guarda-chaves que adormece.

## 14 O conhecimento da ilicitude

Ao lado da capacidade de culpabilidade ou imputabilidade, constitui também elemento da culpabilidade o conhecimento da ilicitude. Quem realiza dolosamente um tipo penal atua, em geral, com conhecimento da ilicitude de sua ação.

Esse conhecimento da ilicitude não precisa referir-se ao conteúdo exato do preceito penal infringido ou à sanção concreta do fato. Para a doutrina dominante, é suficiente um conhecimento potencial da ilicitude de sua ação para que esta possa ser reprovada como culpável.

Desta forma, é necessário recorrer a concepção da função motivadora da norma penal como uma função de comunicação e participação que coroe o processo de socialização do indivíduo.

Se o agente desconhece a antijuricidade de sua ação, ocorre, então, um erro de proibição.

### 14.1 O erro de proibição

Há erro de proibição não só quando o autor crê que age ilicitamente, mas também quando nem ao menos considera a licitude ou ilicitude de seu ato.

O erro de proibição pode reportar-se à existência de: a) uma norma proibida como tal (erro de proibição direto); b) uma causa de justificação que autorize a ação, geralmente proibida em caso concreto (erro de proibição indireto ou erro sobre as causas de justificação).

No primeiro caso, o autor desconhece a existência de uma norma que proíba a sua conduta; no segundo, sabe que seu atuar está proibido, em geral, mas acredita que no caso concreto se dê uma causa de justificação que o permita. Na prática, este tipo de erro é o mais freqüente.

O tratamento do erro de proibição é muito discutido na doutrina.

Pela teoria do dolo, exige-se, como forma de culpabilidade, tanto o conhecimento dos elementos do tipo como o da antijuridicidade.

A teoria finalista da ação parte da relevância do erro referente ao tipo ou à proibição; mas, ao incluir o dolo como “dolo natural”, no tipo, e o conhecimento da ilicitude, na culpabilidade, atribui a ambas as espécies de erro distinta transcendência prática e sistemática. O dolo, entendido como consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo, não tem, com efeito, nada em comum com a consciência da ilicitude: pode alguém realizar dolosamente um tipo (matar um homem) e acreditar que o realiza amparado por uma causa de justificação (em legítima defesa).

O erro de tipo inevitável exclui o dolo, e o evitável fundamenta a punição por negligência; o erro de proibição inevitável exclui a culpabilidade, e o evitável pode atenuá-la (teoria da culpabilidade), mas não afeta em nada o tipo de injusto.

A doutrina espanhola majoritária defende a teoria do dolo, considerando-o, de acordo com a teoria causal da ação, como forma de culpabilidade. Assim, julga que o erro evitável, tanto de proibição como de tipo, exclui o dolo, mas não a negligência.

Todavia, um setor doutrinal minoritário aceita a teoria da culpabilidade, partindo do finalismo, e considera que o erro de proibição não tem relação com o tipo - quando evitável, apenas permite a atenuação da culpabilidade, mas não converte o tipo doloso em negligente.

#### **14.2 A não-exigibilidade de outra conduta**

O cumprimento dos preceitos normativos é um dever exigível, em tese, de todos os cidadãos.

Em princípio, o ordenamento jurídico fixa uns níveis de exigência mínimos, que podem ser cumpridos por qualquer pessoa. Fala-se, nesses casos, de uma exigibilidade objetiva, normal ou geral.

Ao lado dessa exigibilidade normal, o ordenamento jurídico não pode impor o cumprimento de suas determinações.

O Direito não pode exigir comportamentos heróicos, ou em todo caso, não pode impor uma pena quando, em situações extrema, alguém prefere realizar um fato proibido pela lei penal a ter de sacrificar a própria vida ou sua integridade física. Desse modo, a não-exigibilidade de um comportamento diverso nessas situações não exclui a antijuridicidade (o fato não é justificado pelo ordenamento), mas a culpabilidade (o fato continua sendo antijurídico, mas seu autor não é culpável).

Em relação à matéria, o Código Penal espanhol prevê três hipóteses de isenção de pena: a) o estado de necessidade entre bens de igual valor; b) o medo insuperável; c) o favorecimento entre parentes.

##### **14.2.1 O estado de necessidade exculpante**

O estado de necessidade é, uma causa de justificação que se encontra informada primariamente pelo princípio da ponderação de bens, isto é, pelo princípio de que é lícito sacrificar um bem jurídico para salvar outro de maior valor.

Existe, todavia, um estado de necessidade no qual os bens jurídicos em colisão são de igual valor. A idéia da não-exigibilidade de outra conduta aconselha isentar de sanção quem aja nestas circunstâncias por mais que o fato seja antijurídico e o autor atue com capacidade de culpabilidade e com conhecimento da antijuridicidade.

A redação do n° 7 do art. 8° do Código Penal espanhol autoriza também o auxílio necessário, quer dizer, a impunidade de que, não se encontrando em situação de necessidade, ocorra em auxílio de quem se encontra em tal situação.

Um determinado setor doutrinal e jurisprudencial aplica ao erro sobre os pressupostos da existência de um estado de necessidade exculpante as mesmas regras do erro sobre os pressupostos das causas de justificação: exclusão da culpabilidade, se inevitável; atenuação, se evitável.

#### **14.2.2 Medo insuperável**

Estabelece o art. 8° do Código Penal espanhol: “está isento de responsabilidade aquele que atue motivado por medo insuperável de um mal maior ou igual”.

O medo é um estado psíquico que pode levar inclusive à paralisação total de quem o sofre.

“Insuperável” significa superior à exigência média de suportar males e perigos. Além disso, como no estado de necessidade exculpante, o mal causado pelo medo deve ser sério, real e iminente, e igual ou maior que o praticado pelo agente amparado por essa exceção.

Nesta eximente podem ser incluídos alguns casos de excesso na legítima defesa, quando o que se defende ultrapassar os limites dela, por uma situação de medo (excesso intensivo), mas não quando inexistente agressão injusta ou esta já tenha cessado (excesso extensivo).

#### **14.2.3 O favorecimento entre parentes**

Dispõe o art. 18 do Código Penal espanhol: “Estão isentos das penas impostas aos favorecedores os que o seja de seu cônjuge ou de pessoa à qual se achem ligados por análoga relação de afetividade, de seus ascendentes, descendentes, irmãos legítimos, naturais ou adotivos, ou afins nos mesmos graus”. Ficam excluídos desta isenção de pena, segundo o mesmo preceito, os que auxiliarem os delinquentes a aproveitar-se dos efeitos do delito.

A natureza desse preceito é controversa. A favor de sua consideração como causa de exculpação, calcada na não-exigibilidade de outra conduta, está a idéia de que

normalmente as pessoas citadas no art. 18, por sua relação de parentesco como o autor do delito, não devem estar obrigadas a delatá-lo ou impedidas de ajudá-lo quando ele se ache perseguido ou em situação de adversidade. Por outro lado, favorável à sua consideração como simples causa especial de exclusão penal, está a idéia de que o artigo citado também é aplicável, mesmo que, de fato, os vínculos afetivos que se presumem existentes entre estas pessoas não existam ou não sejam tão fortes.

O art. 18 é uma ponte entre as causas de inculpação e as escusas absolutórias.

### **14.3 Direito Penal latino-americano**

#### **14.3.1 O conhecimento da antijuridicidade. O erro de proibição**

Impôs-se na América Latina o critério de que é um aspecto importante da culpabilidade a possibilidade de conhecimento da antijuridicidade e de que sua exclusão lesionaria o princípio da culpabilidade (Soler). De qualquer modo, há autores que mantêm sem restrições o postulado de que o erro de direito não escusa, sob a alegação de que a lei se presume conhecida por todos, e que, além do mais, dão valor ao erro sobre a lei extrapenal, pois este seria um erro de fato (Novoa, Basileu Garcia, Estrada). Também é mantida por muitos autores a antiga distinção entre erro de fato e de direito - de influência claramente civilística, mas não adaptada à estrutura do delito que construiu a doutrina.

Cresce, porém, o número de autores (Bacigalupo, Zaffaroni, Fragoso, Bustos) que, a partir de uma concepção, coerente com o princípio de culpabilidade, colocam como elemento desta a possibilidade de conhecimento da antijuridicidade. Destarte, também admitem a plena eficácia do erro, distinguindo, conforme a estrutura do delito, um erro de tipo e outro sobre a antijuridicidade (proibição ou ilicitude).

#### **14.3.2 A não-exigibilidade de outra conduta: o estado de necessidade e o medo insuperável**

O problema da exigibilidade e da não-exigibilidade de outra conduta foi largamente debatido na América Latina, e isso pode ser notado nas discussões do Código Penal Tipo, que terminaram por desfazer uma fórmula de não-exigibilidade: decidiu-se regulamentar causas precisas, estado de necessidade e coação.

O Código Penal Tipo acrescentou ao estado de necessidade, como causa de não-exigibilidade, a coação ou ameaça de perigo, absorvidas pelos novos códigos (Colômbia, 1980, art. 40; Panamá, 1982, art. 37).

## 15 A punibilidade

Com a constatação da tipicidade, da ilicitude e culpabilidade pode-se dizer que existe um delito completo em todos os seus elementos. Em alguns casos exige-se, contudo, para a punição de um fato como delituoso, a presença de alguns elementos adicionais, que não podem ser incluídos nem na tipicidade, nem na antijuridicidade, nem na culpabilidade, porque não correspondem à função dogmática e político-criminal destas categorias.

Na procura de um nome para essa categoria na qual podem ser incluídos tais elementos, preferiria utilizar o mais neutro de “punibilidade” ou “penalidade”. Esta é, portanto, uma categoria do delito que, ao contrário das anteriores (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), nem sempre tem de existir, mas que o legislador, por razões utilitárias, pode exigir para fundamentar ou excluir a imposição de uma pena.

Também na punibilidade há certas causas que a amparam (condições objetivas de punibilidade) e outras que a excluem (causas de exclusão ou anulação da punibilidade, ou escusas absolutórias).

### 15.1 Condições objetivas de punibilidade

As condições objetivas de punibilidade são circunstâncias que, sem pertencerem ao injusto ou à culpabilidade, condicionam em um delito concreto a imposição de uma pena.

Delas distinguem-se as condições objetivas de procedibilidade ou de persecução, que condicionam não a existência do delito, mas a sua persecução processual, isto é, a abertura de um procedimento penal. Trata-se de obstáculos processuais que, no fundo, têm a mesma função das condições objetivas de punibilidade.

### 15.2 Escusas absolutórias

A punibilidade também pode ser extinta em alguns casos em que o legislador julgou conveniente não impor uma pena, apesar de existir uma ação típica, antijurídica e culpável. Trata-se, normalmente, de causas vinculadas à pessoa do autor e que, portanto, só a ele afetam, e não aos demais partícipes do delito.

Também se deve considerar neste grupo a desistência voluntária na tentativa, que, quando evita a consumação do delito, exclui a pena e, finalmente, as imunidades do chefe de Estado e dos parlamentares.

### **15.3 Causas de extinção da responsabilidade criminal**

A extinção da responsabilidade criminal diferencia-se das causas de justificação e de inculpabilidade, pois não afetam em nada a existência do delito, mas sim a persecução no processo penal.

Exemplos: o cumprimento da condenação (exceção da coisa julgada), a prescrição do delito, a anistia e o indulto.

#### **15.3.1 A anistia e o indulto**

Ambos os institutos são manifestações do direito de graça, que, como reminiscência dos tempos da monarquia absoluta, ainda sobrevive nos atuais Estados de direito.

A anistia constitui quase sempre uma ruptura ou uma mudança profunda de orientação do regime político e jurídico sob o qual ocorreram as condenações anistiadas.

Também o indulto, sobretudo o indulto geral, pode ser utilizado com a mesma finalidade e ter de fato a mesma amplitude da anistia.

#### **15.3.2 A prescrição**

Esta é uma causa de extinção da responsabilidade penal que se funda na ação do tempo sobre os acontecimentos humanos. A sua fundamentação radica-se, pois, mais em razões de segurança jurídica do que em considerações de estrita justiça material. Trata-se de impedir o exercício do poder punitivo, uma vez transcorridos determinados prazos a partir da prática do delito ou da prolação da condenação, sem se ter cumprido a sanção.

Duas espécies de prescrição reconhece o Código Penal espanhol: a do delito e a da pena. A diferença entre uma e outra reside no ato de ter havido condenação ou não. Os prazos são diferentes em cada modalidade.

A natureza jurídico-material e o carácter de norma favorável ao réu, limitativa do poder punitivo do Estado, fazem com que os prazos de prescrição do delito (os da pena são mais duvidosos) não possam ser modificados retroativamente em prejuízo do réu, por mais que isso possa ser uma solução injusta do ponto de vista da justiça material.

#### **15.3.3 O perdão do ofendido**

Em alguns delitos, chamados de ação privada, a persecução penal depende de o ofendido ou seu representante manifestar-se ou comunicar o fato. Isso ocorre naqueles



casos que afetam mais a intimidade pessoal e familiar - injúria, calúnia, estupro, rapto, abandono familiar, atentado violento ao pudor, etc. Fora estes casos, a ação penal é pública e pode ser exercida à margem da vontade do ofendido, salvo quando este, com seu consentimento anterior ao ato, possa justificá-lo.

O perdão deve ser expresso e incondicionado, e pode ocorrer em qualquer momento do processo ou da execução da condenação.

## **16 Consumo e tentativa do delito**

### **16.1 As fases de realização do delito**

Normalmente quando os preceitos penais descrevem e tipificam um delito, fazem-no referindo-se à sua forma consumada.

Mas, até chegar esse momento, o fato punível doloso, percorre um caminho mais ou menos longo (o *iter criminis*), que vai desde o surgimento da decisão de praticá-lo até a consecução dos objetivos pretendidos com sua prática, passando por sua preparação, início da execução, conclusão da ação executiva e produção do resultado típico. A simples cogitação, a decisão de delinquir não é punível.

São graus puníveis de realização do delito a consumação, a frustração e a tentativa - sendo as duas últimas tratadas como uma só figura de tentativa.

### **16.2 Consumo formal e material**

Quando a lei previr genericamente a pena de uma infração, entender-se-á que aquela se impõe à infração consumada.

A consumação do delito pode ser formal e material.

A consumação formal ou consumação típica é a plena realização do tipo em todos os seus elementos.

Geralmente, nos delitos de resultados, a consumação ocorre no momento da produção do resultado lesivo.

Há também os delitos de consumação antecipada, nos quais o legislador não espera que se produza o resultado lesivo - que com a proibição penal se procura evitar -, mas declara o fato já consumado em um momento anterior.

A consumação material ou exaurimento do delito ocorre quando o autor não só realiza todos os elementos típicos, mas também consegue satisfazer a intenção que perseguia. Algumas vezes, o legislador faz coincidir a consumação formal e a material, ou leva em conta, como elemento subjetivo do injusto, o propósito ulterior à consumação formal.

Alguns delitos apresentam problemas na determinação do momento de consumação.  
Exemplos:

- a) delitos com condições objetivas de punibilidade: a consumação não se produz até o cumprimento da decisão;
- b) delito continuado: alguns entendem que só com a realização total do resultado se consome o delito;
- c) delitos permanentes: não se dá nenhuma particularidade no que toca à consumação típica, mas esta pode prolongar-se durante certo tempo.

### **16.3 Tentativa e frustração**

Em nosso ordenamento jurídico não existe a dicotomia tentativa/frustração, mas tão somente a figura da tentativa (art. 14, II, do CP brasileiro) em abono à posição unitarista.

A distinção entre tentativa e frustração, tradicional no Código Penal espanhol, evoca rapidamente uma diferenciação de grau puramente objetiva na fase de execução do delito, que repercute depois na determinação da pena aplicável.

### **16.4 Fundamento da punição da tentativa e da frustração**

A colocação em perigo dos bens jurídicos protegidos nos tipos da parte especial (critério objetivo) e a vontade de conseguir sua lesão típica, vontade criminal manifesta (critério subjetivo) constituem os dois elementos que igualmente fundamentam a punição de todas as formas imperfeitas de execução puníveis.

### **16.5 O dolo na tentativa e na frustração**

Tanto a tentativa como a frustração são tipos dependentes, pois todos os seus elementos se referem a um delito consumado.

O elemento subjetivo da tentativa é o dolo do delito consumado.

Não há tentativa ou frustração por negligência, pois nesses casos não se manifesta a vontade de praticar o delito.

### **16.6 Delimitação entre atos preparatórios e atos executivos**

Sobre a distinção entre ato executivo (punível) e ato preparatório (em geral, impune, salvo quando elevado à categoria de delito autônomo), é preciso recorrer, em princípio, a uma teoria formal.

Diante das insuficiências de uma teoria puramente formal, surgiram variantes desta ou outras de natureza objetiva (exposição a perigo) e subjetiva (plano do autor). Atualmente, predomina uma teoria intermediária ou mista, que, ao partir da descrição legal da ação típica, atende, em primeiro lugar, à imagem que tem o autor do curso dos acontecimentos (plano do autor); e, logo em seguida, de acordo com essa imagem, o comportamento realizado está tão estritamente ligado à ação típica que praticamente não há escalões intermediários essenciais para pôr em atividade imediata a sua realização (teoria objetiva-individual).

Segundo o autor: “só uma teoria que observe o sentido literal possível dos termos empregados pela lei na descrição da ação típica respeita o princípio da legalidade”.

### **16.7 A distinção entre tentativa e frustração**

No Direito Penal espanhol, é tradicional a diferenciação entre a tentativa e frustração, tanto que se reflete na fixação da pena. Essa orientação baseia-se em uma diferenciação valorativa objetiva entre uma e outra figura, por sua proximidade com a consumação do delito.

Na determinação objetiva, deve-se levar em conta também o plano do autor para saber se a fase executiva terminou ou não. Assim, por exemplo, se a explosão depende de que um terceiro, que nada sabe, ligue o interruptor da luz ao qual a bomba está conectada, haverá tentativa, na medida em que a atividade do terceiro não ocorra. Ao contrário, se a produção do resultado só depende do acaso, uma vez concluída a atividade executiva sem que ocorra o resultado pretendido, haverá frustração.

Exceto no âmbito objetivo, não há diferença entre tentativa e frustração: o dolo e os demais elementos objetivos, como na consumação, são iguais em uma e outra.

### **16.8 Tentativa inidônea e delito impossível**

Para ser punível, a tentativa inidônea deve ter as mesmas características da idônea: estar presente o dolo; estar iniciada a fase executiva; e esta provocar uma exposição a perigo do bem jurídico protegido.

Nos casos de tentativa irreal ou absolutamente inidônea, o mesmo observador imparcial - isto é, um homem médio - em nenhum caso poderia admitir a periculosidade da ação. É aqui, portanto, que se deve buscar o limite da punibilidade da tentativa inidônea.

A tentativa inidônea sofreu uma ampliação, que, segundo alguns, veio a criar um novo título de imputação na fase de execução do delito: o delito impossível.

O nosso Código Penal prevê no art. 17 o crime impossível: “por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime”.

Já o delito putativo ocorre quando o autor acredita estar cometendo um delito, quando, na realidade, seu comportamento é irrelevante do ponto de vista jurídico-penal. Nesses casos, o princípio da legalidade impede qualquer exigência de responsabilidade penal.

### **16.9 A desistência voluntária de consumir o delito**

Quando o agente desiste voluntariamente da consumação do delito produz, por razões político-criminais e preventistas, a evidentes sua impunidade. Essa impunidade se configura como causa pessoal de exclusão de pena sempre que for voluntária e impedir a consumação do delito.

A eficácia excludente da desistência voluntária de consumir o delito alcança só quem dele desiste, por ser uma causa pessoal de exclusão da pena.

### **16.10 Casos especiais de tentativa e frustração**

Em certos delitos, fica afastada a possibilidade de se considerar a frustração, pois a realização de todos os atos executivos leva à consumação simultânea.

A tentativa cabe em todos os delitos dolosos, inclusive a tentativa da tentativa. Nos delitos de consumação antecipada e nos delitos de mera atividade ou simples omissão, admite-se a tentativa, embora esta, na prática não seja punida.

Nos delitos qualificados pelo resultado, não cabe a tentativa em relação ao resultado qualificado, já que, em princípio, este não pode ser dolosamente alcançado.

## **17 Autoria e participação**

O Código Penal espanhol declara responsáveis criminalmente pelos delitos e contravenções os autores, cúmplices e favorecedores.

Para o Código Penal espanhol, autores são: quem toma parte direta na execução do fato; quem força ou instiga diretamente outros a executá-lo; e quem coopera na execução do fato com um ato sem o qual ele não teria realizado.

Nosso Código Penal adotou a teoria unitária ou monista: não faz distinção entre autor, co-autor e partícipe, pois os que concorrem para o crime são autores dele. A diferenciação ocorrerá na ocasião da aplicação da pena, conforme a culpabilidade de cada um.

## 17.1 Diferenças entre autoria e participação

A participação é acessória; a autoria, principal - independe da pena que mereça o partícipe ou o autor no caso concreto.

Autor é quem domina finalmente a realização do fato, quem decide, em linhas gerais o “se” e o “como” da realização do delito.

## 17.2 Espécies de autoria

*Autoria direta ou imediata:* autor direto é quem realiza pessoalmente o delito, de modo direito e pessoal.

*Autoria mediata:* o autor não realiza direta e pessoalmente o delito, mas, para tal, serve-se de outra pessoa, geralmente não responsável. O autor mediato domina a realização do delito.

*Co-autoria:* é a realização conjunta de um delito por várias pessoas que colaboram de forma consciente e voluntária. Na co-autoria, o domínio do fato pertence a várias pessoas: em virtude do princípio da divisão funcional de trabalho, assumem por igual a responsabilidade de sua realização. Como na co-autoria todos são autores do fato, cada um pode responder por um título delitivo diferente. Diversa da co-autoria é a autoria acessória, na qual várias pessoas, independentemente umas das outras, produzem o resultado típico, geralmente um delito culposo.

## 17.3 Participação

É a cooperação dolosa em um delito doloso alheio. Se não existe um fato pelo menos típico e antijurídico praticado por alguém como autor, não se pode falar de participação, já que não há por que punir alguém que se limita a participar de um fato penalmente irrelevante ou lícito.

A participação só é punível em sua forma dolosa, ou seja, o partícipe deve conhecer e querer sua participação na realização do fato típico e antijurídico de outra pessoa, o autor.

## 17.4 Formas de participação

*Instigação:* ocorre quando o instigador faz surgir em outra pessoa (instigado) a idéia de praticar um delito, mas quem decide e domina a realização deste é o instigado, pois, do contrário, o instigador seria autor mediato.

*Cumplicidade*: é a contribuição para a realização do delito com atos anteriores ou simultâneos a ele que não podem, em nenhum caso, serem considerados como autoria.

### 17.5 Problemas especiais de participação: a participação nos delitos especiais

No delito especial, sendo o autor *intraneus* - e em virtude do princípio de unidade de imputação do título -, todos os demais partícipes responderão por esse delito, ainda que não tenham as qualidades exigidas por ele. Ao contrário, se o autor é *extraneus*, o delito praticado será comum, e os partícipes responderão pelo delito comum, qualquer que seja sua identificação pessoal.

### 17.6 Formas de participação tentada

A doutrina espanhola mais moderna entende que a conspiração, a determinação e a provocação são formas de participação tentada no delito ou são formas preparatórias puníveis de participação.

A conspiração ocorre quando duas ou mais pessoas se acordam para a execução de um delito e resolvem executá-lo.

A determinação existe quando quem resolveu praticar o delito convida outra pessoa ou outras para executá-lo.

A provocação ocorre quando se incita oralmente, por escrito, pelos meios de comunicação de massa ou por outro meio possível de eficácia, a perpetração de qualquer delito. Se a provocação leva à perpetração do delito, ela será punida como instigação.

O Direito brasileiro não faz essa distinção.

### 17.7 A autoria nos delitos praticados por procedimentos que facilitem a publicidade

O artigo 15 do Código Penal espanhol conceitua autores dos delitos e contravenções praticados por meio da imprensa: “aos que realmente tenham-no sido do texto, escrito ou estampa publicados, ou difundidos” - o que praticamente exclui do campo da autoria todos os que não sejam autores diretos do texto, especialmente os instigadores e cooperadores necessários.

Em seguida, o mesmo artigo estabelece responsabilidade “em cascata”, tanto dos diretores como dos impressores, na medida em que a conduta de ambos preencha plenamente os requisitos gerais de exigência de responsabilidade.

## 17.8 O favorecimento

O Código Penal espanhol inclui, na categoria de responsáveis por crimes e contravenções, também os favorecedores. Para efeito de pena, o Código espanhol trata o favorecimento como uma forma de participação subsequente à execução (consumada ou não) do delito.

O legislador brasileiro considera o favorecimento um delito autônomo contra a administração da justiça, nas modalidades de favorecimento pessoal (hospedar, ocultar ou proporcionar de fuga ao culpado) e favorecimento real (ocultar ou destruir o corpo, os efeitos ou os instrumentos do delito ou da contravenção, para impedir a sua descoberta).

## 18 Unidade e pluralidade de delito (concurso de delitos)

Às vezes, uma ou várias pessoas praticam, com uma ou várias ações, dois ou mais delitos, valorados conjuntamente em um mesmo processo.

O concurso de delitos classifica-se em *ideal* (unidade de ação e pluralidade de delitos) e *real* (pluralidade de ações e de delitos).

Ao lado desses casos, existem os de pluralidade de ações e unidade de delito (delito continuado e delito coletivo) e os de pluralidade de ações e de delitos, mas tratados como se fossem concurso ideal (concurso ideal impróprio).

O ponto de partida de todos estes casos é o conceito de unidade de ação e de delito.

### 18.1 Unidade de ação e de delito

Há dois fatores que contribuem para fixar o conceito de unidade de ação. O primeiro deles é o fator final, isto é, a vontade que rege e dá sentido a uma pluralidade de atos físicos isolados. O segundo fator é o normativo, isto é, a estrutura do tipo delitivo, em cada caso particular.

### 18.2 Unidade de ação e pluralidade de delitos (concurso ideal)

Quando uma única ação infringe várias disposições legais, ou várias vezes a mesma disposição, isto é, quando com uma única ação se realizam vários tipos delitivos homogêneos ou heterogêneos, ocorre o chamado concurso ideal ou formal.

Diferença entre concurso ideal e concurso de leis:

*Concurso ideal*: quando aparentemente são aplicáveis diversos preceitos penais, mas uma correta interpretação indica que só um deles é realmente aplicável;

*Concurso de leis*: quando são aplicáveis todos os preceitos infringidos pela ação, ainda que com certas limitações em relação à pena total.

### 18.2.1 Tratamento penal

O concurso ideal está regulado no Código Penal: “[...] um fato constitua dois ou mais delitos”.

O problema básico para a aplicação desse preceito é estabelecer o que se entende por “um fato”.

Haverá unidade de fato quando a atuação corresponde a uma mesma manifestação de vontade e seja valorada unitariamente em um tipo penal. Entretanto, essa unidade de fato, para interpretar o pressuposto do concurso ideal, tem de propiciar a realização de vários delitos (“dois ou mais delitos”), motivo pelo qual o fato voluntário único deve abarcar uma pluralidade de fins (matar várias pessoas com uma só bomba). Assim, não deve haver tantos meios quanto os fins, mas o meio deve continuar sendo único, ainda que os fins sejam diversos.

Quando a conexão entre os diversos delitos é tão íntima que, na falta de um deles, não se praticaria o outro, deve-se considerar todo o complexo delitivo como uma unidade, e não como dois delitos.

### 18.2.2 Efeitos jurídicos

O problema do concurso é, na prática, fundamentalmente um problema de fixação da pena.

Diante do problema, o legislador tem várias opções:

*Princípio da acumulação:* pelo qual a pena de cada delito é fixada separadamente e depois somada;

*Princípio da absorção:* se impõe a pena correspondente ao delito mais grave;

*Princípio da exasperação:* se inflige a pena mais grave em seu grau máximo;

*Princípio da combinação:* se reúnem em uma só pena as penas distintas aplicáveis;

*Princípio da pena unitária:* se impõe uma única pena, sem se considerar o número de infrações delitivas.

Deve-se levar em conta que o legislador pretende tratar mais benignamente o concurso ideal do que o real, e que as regras deste devem ser sempre um limite infranqueável na fixação da pena concreta a ser imposta.



### 18.3 Pluralidade de ações e delitos (concurso real)

O concurso real se verifica quando concorrem várias ações ou fatos, cada um constitutivo de um delito autônomo: cada ação em separado constitui um delito - em tese, o tratamento penal deve ser o do princípio da acumulação. Esse princípio, entendido de um modo aritmético, conduz, se não é limitado de alguma forma, a penas draconianas, incompatíveis com a valoração global de todos os delitos e com a sensibilidade jurídica. Assim, é necessário se arbitrarem determinados critérios pelos quais, combinando os diversos princípios citados, se chegue a penas proporcionais à valoração global que merecem as diversas ações e delitos praticados.

### 18.4 Pluralidade de ações e unidades de delitos

A dificuldade de se estabelecer o conceito de unidade de ação faz com que muitas vezes se chegue a admitir um concurso de delito - em que, realmente, com uma valoração global do acontecido, só há um delito, ainda que cometido em diversos momentos e por meio de ações perfeitamente separáveis umas das outras. Surge, assim, o problema da existência de pluralidade de ações constitutivas de um só delito. À vista deste conceito, tratamos aqui do delito continuado e do delito coletivo.

#### 18.4.1 O delito continuado

Consiste em duas ou mais ações homogêneas, realizadas em tempo diverso, que infringem a mesma norma jurídica. O delito continuado caracteriza-se pelo fato de cada uma das ações que o constituem representar por si só um delito consumado ou tentado: todas elas são valoradas juntas, como um só delito. A doutrina e a jurisprudência elaboraram o conceito desse tipo de delito, no qual destacam os elementos seguintes:

*Objetivos:* homogeneidade do bem jurídico lesado e modos de prática do delito - determinada conexão espacial e temporal;

*Subjetivos:* presença de um dolo conjunto ou desígnio criminal comum às diversas ações realizadas.

A finalidade do delito continuado é beneficiar o réu, ao excluir suas ações delitivas da regra do concurso real.

#### **18.4.2 O delito coletivo**

O delito coletivo ocorre quando existe nas defraudações uma pluralidade de sujeitos indiferenciados, pessoas anônimas, público em geral, das quais o sujeito ativo extrai diversas quantias de dinheiro, com o propósito único de enriquecimento. Deve-se considerar a existência de um só delito pelo montante global do defraudado.