

RECENSÃO DO LIVRO “TEORIA GERAL DO DELITO”, DE FRANCISCO MUÑOZ CONDE (TRADUÇÃO: JUAREZ TAVARES, SERGIO ANTONIO FABRIS EDITOR) - 1ª PARTE*

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

1 O conceito de delito 2 Conceito de ação 3 A relação de causalidade 4 A omissão
5 A tipicidade 6 O tipo subjetivo 7 A negligência 8 A antijuridicidade 9 A exclusão da anti-
juridicidade 10 As causas de justificação em espécie 11 Outras causas de justificação

1 O conceito de Delito

A teoria geral do delito ocupa-se das características comuns a qualquer fato para que este possa ser considerado criminoso.

Há características comuns a todos os delitos e outras pelas quais se diferenciam entre si os tipos delitivos. Ressalta-se que cada um destes delitos apresenta peculiaridades distintas e tem cominadas, em princípio, penas de distinta gravidade. No entanto, há características comuns a todos os delitos e constituem a essência do conceito geral do delito, quer dizer, à parte geral do Direito Penal. O estudo das figuras delitivas em espécie pertence à parte especial.

* A 2ª parte desta recensão será publicada na Revista da SJRJ nº 23.

Toda tentativa de definir o delito à margem do Direito Penal vigente situa-se fora do âmbito do direito, para fazer filosofia, religião ou moral.

Do ponto de vista jurídico, delito é toda conduta que o legislador sanciona com uma pena. Isso é consequência do princípio *nullum crimen sine lege*, que rege o moderno Direito Penal.

O conceito de delito como conduta unida legalmente com uma pena é, todavia, um conceito puramente formal que nada diz acerca dos elementos que deve ter essa conduta para ser assim punida.

1.1 Elementos e estrutura do conceito de delito

A ciência do Direito Penal chegou à conclusão de que o conceito de delito, suas características comuns correspondem a uma dupla perspectiva que, simplificando, se apresenta como um juízo de desvalor que recai sobre um fato ou ato humano e como um juízo de desvalor que se faz sobre o autor desse fato. O primeiro juízo de desvalor se chama “injusto” ou “antijuridicidade”, ao segundo culpabilidade. Injusto ou antijuridicidade é, pois, a desaprovação do ato; culpabilidade, a atribuição de tal ato a seu autor.

Nestas duas grandes categorias, *antijuridicidade* e *culpabilidade*, distribuíram-se os diversos componentes do delito.

Na primeira, incluem-se a ação ou omissão, os meios e formas em que se realiza, seus objetos e sujeitos, a relação causal e psicológica entre elas e o resultado.

Na culpabilidade, as faculdades psíquicas do autor (a chamada imputabilidade ou capacidade de culpabilidade), o conhecimento por parte do autor do caráter antijurídico do ato e a exigibilidade ao autor de um comportamento diverso.

Ambas as categorias têm também uma vertente negativa. Exemplos: a existência de uma força irresistível exclui a ação; a absoluta imprevisibilidade anula a relação psicológica com o resultado; as causas de justificação (por exemplo, a legítima defesa) autorizam a comissão do fato proibido; a ausência de faculdades psíquicas do autor (no caso de doença mental) exclui a imputabilidade, etc.

Normalmente, são a *tipicidade*, a *antijuridicidade* e a *culpabilidade* as características comuns a todos os delitos. O ponto de partida é sempre a tipicidade, porque só o fato típico, quer dizer, o descrito no tipo penal, pode servir de base a posteriores valorações. Depois, segue a indagação acerca da antijuridicidade, ou seja, a comprovação de que o fato típico cometido é ou não conforme ao direito. Um fato típico - “A” mata “B” - pode não ser antijurídico se exigir causa de justificação que o permita (“A” mata “B” em legítima defesa). Uma vez comprovado que o fato é típico e antijurídico, deve-se ver se o autor desse fato é ou não culpável, se possui as condições

mínimas indispensáveis para atribuir-se-lhe esse fato, p. ex., se está mentalmente são ou conhece a antijuridicidade do fato.

Em alguns casos exige-se, para poder classificar um fato como delito a presença de alguns elementos adicionais que não pertençam nem à tipicidade, nem à antijuridicidade, nem à culpabilidade. Como exemplos, exige-se para punir a falência a prévia declaração de insolvência, conforme o Código Comercial, ou a apresentação da queixa, nos crimes de calúnia ou injúria, etc. Fala-se nesses casos de *punibilidade* e se considera que esta categoria é também um elemento pertencente à teoria geral do delito.

Assim, define-se o delito como a ação ou omissão típica, antijurídica, culpável e punível.

Observação: a doutrina brasileira segue orientação diversa, considerando que a punibilidade não faz parte da definição de delito. Este só seria, pois, definido como ação típica, antijurídica e culpável (Aníbal Bruno, Heleno Fragoso e Juarez Tavares).

1.2 Classificação dos delitos

O Código Penal fala em delitos e contravenções (classificação bipartida). Ambos os termos correspondem em seu conteúdo à mesma estrutura já estudada anteriormente. A distinção é feita em função de sua gravidade.

Para saber quando estamos diante do delito ou de contravenção, deve-se ver, portanto, a pena que, no preceito penal correspondente, é cominada ao fato em questão (consideração abstrata), não a que corresponderia ao caso concreto (consideração concreta). Esta distinção entre delito e contravenção é, por conseguinte, puramente quantitativa. É, portanto, uma questão de política legislativa considerar um fato como delito ou como contravenção.

2 Conceito de ação

2.1 O comportamento humano como base da Teoria do Delito

De todo o comportamento humano que ocorre na realidade, a norma seleciona uma parte, valorando-se negativamente e cominando uma pena. Tal conduta origina uma reação jurídico-penal, agregando predicados (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), convertendo-a em delito.

O Direito Penal brasileiro releva o ato, e não o autor. O ato cometido é o que pode ser controlado e limitado democraticamente.

2.2 Formas de comportamento humano penalmente relevante

A conduta humana, manifestada em atos positivos ou omissões é a base de toda reação jurídico-penal. Esses atos cumprem a função de elementos básicos da teoria do delito.

2.3 A ação em sentido estrito

Ação é todo comportamento dependente da vontade humana dirigido a um fim. É o exercício da atividade final, realizada em duas fases: externa e interna.

- a) Fase interna: quando se propõe antecipadamente a realização de um fim;
- b) Fase externa: proposto o fim e ponderados os efeitos concomitantes, o autor realiza esse fim no mundo externo, seguindo para o segundo momento, chamado “processo causal”.

Alcançar a meta proposta não significa menosprezar a importância dos meios escolhidos para o determinado fim ou os efeitos concomitantes à sua realização.

2.4 A polêmica sobre o conceito de ação

A teoria final da ação (acima exposta e hoje usada pelo CP brasileiro) veio contra a teoria causal da ação, dominante na Alemanha no começo do século XX.

Para a segunda, ação também é uma conduta humana voluntária, mas prescinde do conteúdo da vontade, ou seja do fim. Só lhe interessa a culpabilidade, deixando tipicidade e antijuridicidade sem importância.

Mas o que prevalece é a primeira teoria, pois o legislador, quando descreve ou tipifica as ações proibidas, o faz pensando na ação não como um simples processo causal, mas como um processo causal regido pela vontade. Sem recorrer à finalidade, ao conteúdo da vontade, não se poderia distinguir, com efeito, a ação humana de matar da morte produzida por um raio, por exemplo.

Há ainda uma terceira teoria que tenta superar as outras duas: a teoria social da ação, sem eco no Brasil.

2.5 Sujeito da ação. Atuação em nome de outrem

Só o indivíduo pode ser sujeito de uma ação penalmente relevante. Mesmo considerando a Pessoa Jurídica um ente fictício, isso não quer dizer que o Direito Penal

deva permanecer impassível diante dos abusos que - especialmente, no âmbito econômico - se produzem através da pessoa jurídica, sobretudo as sociedades anônimas.

A partir da Lei nº 7.492/86, o legislador buscou sancionar expressamente os dirigentes das pessoas jurídicas nos tipos delitivos, em que a comissão se faça através das respectivas entidades, penalizando através de dissoluções, multas, proibições de exercer determinadas atividades, etc.

2.6 Ausência de ação

A ação não é penalmente relevante quando falta a vontade. Ocorrerá tal ausência em tais casos:

- a) Força irresistível: coação física absoluta. Ou seja, um ato de força proveniente do exterior que atua materialmente sobre o agente de tal forma absoluta que não deixa qualquer opção a quem sofre. O medo insuperável não se utiliza como desculpa de tal delito;
- b) Movimentos reflexos: convulsões epiléticas, movimentos instintivos de defesa;
- c) Estados de inconsciência: sono, sonambulismo, embriaguez letárgica, etc. Os atos que se realizam não dependem da vontade, com exceção do estado de inconsciência, aqueles casos cujo autor se tenha colocado voluntariamente em tal estado para delinquir.

3 A relação de causalidade

3.1 Ação e resultado

A ação penalmente relevante é a realizada no mundo exterior, modificando alguma coisa, que produza um resultado que não é parte integrante da ação.

Não é a mesma coisa “o produzir” e “o produzido”. A distinção entre ação, como simples manifestação de vontade, e o resultado, como consequência externa derivada da manifestação de vontade tem grande importância para o Direito Penal.

Nos delitos de perigo concreto, a ação perigosa é punida quando tenha colocado em perigo concreto o bem jurídico protegido. No delito negligente, a ação negligente só é punida se produzir um resultado lesivo, etc.

3.2 Relação de causalidade: a imputação objetiva

Deve sempre haver uma relação de causalidade entre ação e resultado, ou seja, deve haver a imputação objetiva do resultado ao autor à ação que a tenha causado. Essa relação é o pressuposto mínimo de responsabilidade nos delitos de resultado. Entretanto, nem todas as relações são tão simples de solucionar. Para resolver situações complicadas, foram elaboradas diversas teorias.

- a) Teoria da equivalência das condições: causa é toda condição de um resultado concreto que, mentalmente suprimida, daria lugar a que esse resultado não se produzisse. Qualquer variante fica sem importância, pois o que importa é a causa e o resultado do agente;
- b) Teoria da adequação: nem toda condição do resultado concreto é causa em sentido jurídico, somente aquela que geralmente é adequada a produzir um resultado, mas objetivamente possível, pode ser quase tudo. Por isso, a teoria da causalidade adequada recorre a outro critério limitador: o da *diligência devida*.

Portanto, *previsibilidade objetiva* e *diligência devida* são os dois critérios que servem para precisar quando uma ação é adequada a produzir um resultado. Do ponto de vista jurídico, a causalidade natural (aquela em que condição é causa de um resultado no sentido lógico ou natural) deve ser limitada com a ajuda de critérios normativos, de tal forma que o problema causal se converta em um problema jurídico, a ser incluído na categoria do injusto ou antijuridicidade típica (teoria da causa juridicamente relevante ou da imputação objetiva). Do contrário se poderia prender os pais de um assassino, simplesmente por terem gerado o agente.

O ideal é que a teoria da adequação seja completada com a da relevância jurídica (Mezger).

Foram propostos recentemente na doutrina outros critérios, que servem de base para a imputação objetiva:

- a) Incremento do risco: ficam resolvidos alguns casos nos quais o resultado se teria produzido ainda quando o autor tivesse atuado com negligência devida;
- b) Fim de proteção da norma: serve para solucionar casos nos quais, ainda que o autor tenha criado ou incrementado um risco que se transforma em resultado lesivo, não é procedente que lhe seja imputado esse resultado caso não venha a se produzir no âmbito de proteção da norma. Exemplo: deixa-se uma pistola ao alcance de um depressivo.

Mesmo com a limitação trazida pelo parágrafo 1º do art. 13 do CP, a questão de relação causal nos crimes culposos deve ser suplementada por outros critérios, como os sugeridos acima.

A doutrina e a jurisprudência brasileira têm seguido invariavelmente a teoria da equivalência das condições, na qual não se corrige a extensão da causalidade, senão para as causas supervenientes, deixando intactas as preexistentes ou concomitantes, as quais muitas vezes situam-se em linha causal absolutamente anormal ou atípica.

4 A omissão

4.1 Estrutura ontológica da omissão

O legislador pune nos crimes de omissão; é a não-realização da ação mandada.

Omissão não é um simples não fazer, mas o não-fazer uma ação a qual o sujeito está em condições de poder fazê-lo. Todas as qualidades que constituem a ação em sentido ativo (finalidade e causalidade) devem estar à disposição do sujeito para se poder falar da omissão. As causas que excluem a ação são também, ao mesmo tempo, causas de exclusão da omissão.

4.2 A ação esperada

A omissão penalmente relevante, em relação ao tipo de injusto do delito, é a omissão da ação esperada.

O delito de omissão é, assim, estruturalmente sempre um delito que consiste na infração de um dever - não de um dever social ou moral, mas de dever imposto pela lei, em função da proteção de um bem jurídico.

A omissão penalmente relevante não pode ser compreendida em um plano exclusivamente ontológico, é também necessário situá-la em referência às categorias da tipicidade e antijuridicidade para apreender a sua essência.

4.3 Espécies de omissão penalmente relevantes

No Direito Penal, o delito omissivo aparece sob tríplice forma:

a) Delito de omissão pura ou própria: pune-se a simples infração de um dever de agir, sem mais nada. Equivale aos delitos de mera atividade.

b) Delitos de omissão e resultado: a omissão se vincula a um determinado resultado, como o que se associa normalmente.

c) Delitos impróprios de omissão, ou de comissão por omissão: do mesmo modo que nas hipóteses anteriores da omissão, esta se associa a um determinado resultado proibido, mas no tipo penal concreto não se menciona expressamente a forma da comissão omissiva.

4.3.1 Os delitos omissivos próprios

Nesses delitos, o conteúdo típico está constituído da simples infração a um dever de agir. Um paradigma desse delito é a omissão do dever de socorro.

4.3.2 Os delitos impróprios de omissão ou de comissão por omissão

Nesses delitos, o comportamento omissivo não é mencionado expressamente no tipo, que só descreve e proíbe determinado comportamento ativo. Contudo, a mais elementar sensibilidade jurídica obriga a considerar-lhes equivalentes do ponto de vista valorativo e a incluir, portanto, também na descrição típica do comportamento proibido, determinados comportamentos omissivos que igualmente contribuem para a produção do resultado proibido.

Para identificar esse delito, é necessário o exame prévio de duas questões:

a) a relação causal entre a omissão e o resultado produzido; b) o dever de evitar o resultado que incumbe ao sujeito da omissão.

4.3.2.1 Omissão e resultado nos delitos de comissão por omissão: a causalidade da omissão

O delito de comissão por omissão é um crime de resultado, no qual o resultado produzido deve ser imputado ao sujeito da omissão. O que importa na comissão por omissão é a constatação de uma causalidade hipotética, isto é, a possibilidade fática que teve o sujeito de evitar o resultado. Se der como certa - ou, pelo menos, como provável - que se o sujeito tivesse realizado a ação mandada, o resultado não se teria produzido, poder-se-á, então, imputar o resultado ao sujeito da omissão. Para isso, devem ser utilizados hipoteticamente os critérios antes consignados da teoria da adequação, do incremento do risco e do fim de proteção da norma.

O desconhecimento devido a erro evitável ou negligente pode dar lugar à imputação por negligência.

4.3.2.2 O dever de evitar o resultado (a posição de garantidor): fontes deste dever

Diferentemente do que ocorre no delito de ação, no crime de comissão por omissão não basta a simples constatação da causalidade hipotética da omissão com respeito ao resultado produzido para imputar-se um resultado ao sujeito da omissão. É preciso, além disso, que este sujeito tenha a obrigação de impedir a produção do resultado, em virtude de determinados deveres cujo cumprimento assumiu ou lhe incumbe em razão de seu cargo ou profissão. Esta obrigação especial converte o sujeito em garantidor de que o resultado produzido não se realize, daí o nome “posição de garantidor”.

São várias as fontes que podem fundamentar a posição de garantidor. Todas podem ser reduzidas a dois grandes grupos:

1) Função protetora de um bem jurídico:

a) uma vinculação natural, que se dá sobretudo no âmbito familiar, entre cônjuges, entre pais e filhos etc. e que se funda nos preceitos do direito de família, o que impõe obrigações alimentares, de cuidado, entre outras.

b) uma comunidade de perigos, que se verifica sobretudo na prática de esportes coletivos, como o alpinismo, que impõe a obrigação de realizar determinadas ações para ajudar os demais participantes.

c) uma aceitação voluntária de específicas funções protetivas, que se dá sobretudo no âmbito da medicina, dos guarda-vidas contratados nas piscinas públicas, etc., além de pessoas que, de forma expressa ou tácita, assumam a obrigação de impedir determinados resultados, uma obrigação esta que constitui precisamente o objeto de sua aceitação.

2) Dever de vigilância de uma fonte de perigo: posse de animais domésticos, substâncias explosivas ou inflamáveis, etc. Nesse grupo destaca-se, sobretudo, a idéia do agir precedente ou da ingerência. Quem, com seu fazer ativo, ainda que sem culpa, traz o perigo iminente de um resultado típico tem a obrigação de impedir a produção desse resultado.

5 A tipicidade

Toda ação ou omissão será considerada um delito se infringir o ordenamento jurídico (antijuridicidade) na forma prevista pelos tipos penais (tipicidade) e puder ser atribuída a seu autor (culpabilidade).

5.1 Tipicidade e tipo

Tipicidade: é a adequação de um fato cometido à descrição que dele se faz na lei penal. No Direito Penal brasileiro, deve ser observado o princípio da legalidade em sua vertente *nullum crimen sine lege*. O legislador seleciona os comportamentos antijurídicos mais intoleráveis e lesivos aos bens de maior importância (princípio da intervenção mínima) e os ameaça com uma pena. Descreve tais comportamentos na norma penal, cumprindo as exigências do princípio da legalidade.

Tipo: é a descrição da conduta proibida que o legislador leva a cabo na hipótese de fato de uma norma penal.

5.2 Tipo e antijuridicidade: tipo de injusto

Antijuridicidade: é um juízo negativo de valor que recai sobre um comportamento humano. O Direito Penal apenas se preocupa com o comportamento antijurídico que seja ao mesmo tempo típico, em atenção aos princípios da legalidade e intervenção mínima. A tipicidade de uma conduta não implica que ela seja antijurídica. O que se dá nas hipóteses da ocorrência de alguma causa de justificação: legítima defesa, estado de necessidade e estrito cumprimento de dever legal ou o exercício regular de direito (art. 23, CP). A tipicidade da conduta deve ser entendida apenas como um indício da sua antijuridicidade.

Teoria dos elementos negativos do tipo: as causas de justificação excludentes da antijuridicidade (legítima defesa, estado de necessidade e estrito cumprimento de dever legal ou o exercício regular de direito - art. 23, CP) devem ser consideradas como elementos negativos do tipo, de tal forma que quem mata em legítima defesa sequer realiza o delito de homicídio, apenas um nada jurídico-penal - é conduta irrelevante para o Direito Penal.

5.3 Tipo e adequação social

Certas ações típicas carecem de relevância por serem correntes no meio social. Ex.: a entrega de presentes de pouca monta a funcionário público pode constituir um tipo de corrupção. Contudo, considera-se que por ser comportamento socialmente adequado, não deve ser tido como típico e muito menos antijurídico.

O que é socialmente adequado não deve ser típico. Por vezes, as normas penais proíbem o que socialmente se considera adequado, e aí não se pode admitir que a adequação social seja uma causa de exclusão da tipicidade. Deve ser rechaçado o critério da adequação social como causa de exclusão do tipo.

5.4 Estrutura e composição do tipo

O tipo tem de estar redigido de tal modo que de seu texto se possa deduzir com clareza a conduta proibida. Evita-se o casuísmo na descrição das condutas. É preferível usar cláusulas gerais, definições e descrições genéricas que reúnam os caracteres comuns essenciais a cada grupo de delitos (ex.: definições do roubo e do furto - arts. 155 e 157; e do estelionato - art. 171).

Devem ser evitados os conceitos indeterminados (“moral”, “bons costumes”, “pessoa viciosa ou de má vida” - art. 247), pelo perigo que representam para a segurança jurídica dos cidadãos, ao não precisar claramente a conduta proibida.

Muitas vezes se torna impossível compreender num só tipo as diversas formas de aparecimento do delito. O legislador, assim, criou outros tipos derivados do tipo básico. Exemplos: art. 155 (tipo básico); art. 155, § 4º (tipo qualificado - agravação específica do básico); art. 155, § 2º (tipo privilegiado - circunstâncias atenuantes).

Tipo autônomo: diverso é o seu caso, pois o tipo derivado vem associado de características e peculiaridades que o distinguem de tal forma do tipo básico que o convertem em um tipo autônomo distinto. Ex.: homicídio (art. 121 - tipo básico); homicídio qualificado (art. 121, § 2º); e homicídio privilegiado (art. 121, § 1º) - os dois últimos são tipos derivados. O infanticídio (art. 123) é tipo autônomo, embora derivado do homicídio.

Sujeito ativo: o delito como obra humana sempre tem um autor, aquele que precisamente realiza a ação proibida.

Quanto ao sujeito ativo:

Delitos plurissubjetivos: o tipo exige a concorrência de várias pessoas, ou participando uniformemente da consecução do mesmo objeto (delitos de convergência: bando, quadrilha), ou autonomamente como partes de uma mesma relação delitiva (delitos de encontro, como a corrupção, em que participam o funcionário e o particular que o suborna).

Participação necessária: entre os vários sujeitos que participam da realização da ação, um deles permanece impune por ser o titular do bem juridicamente protegido (ex.: o menor no abuso de incapazes, a mulher na sedução).

Por vezes, a lei exige determinada qualidade para ser sujeito ativo do delito, são as hipótese de *delitos especiais*: exemplos seriam o “funcionário público” no crime de peculato ou o “devedor” na falência.

Distintos são os *delitos de mão própria*: o tipo exige a realização de uma ação determinada, e só quem se encontre em posição de executar imediata e corporalmente a ação pode ser seu sujeito ativo (ex.: “conjunção carnal” no estupro).

Ação: em todo delito há uma ação, entendida como comportamento humano (ação/omissão) que constitui o núcleo do tipo.

Temos sob esse enfoque:

a) Delitos de mera atividade: o tipo só exige uma ação positiva ou uma omissão (injúria, falso testemunho);

b) Delitos de resultado: junto com a realização da ação, deve ocorrer a produção do resultado material (lesões, homicídio, dano).

Se o tipo compreende uma ou várias ações, fala-se de delitos simples ou compostos. Os últimos dividem-se em complexos - duas ou mais ações, cada uma constitutiva de um delito autônomo, mas de cuja união nasce um complexo delitivo autônomo distinto, ex. latrocínio, art. 157, p. 3º, segunda parte - e mistos - o tipo contém, sob a mesma cominação penal, diversas modalidades de conduta, bastando que se realize uma delas para que se constitua (violação de domicílio, art. 150; corrupção passiva, art. 317).

Bem jurídico: a norma penal tem uma função protetora de bens jurídicos. Este nada mais é do que o valor o qual a lei quer proteger de ações que possam lesar tal bem.

6 O tipo subjetivo

6.1 O tipo de injusto do delito doloso

O tipo de injusto tem uma vertente objetiva (elementos de natureza objetiva que caracterizam a ação típica - o autor, a ação, as formas e meios da ação, o resultado) e uma subjetiva (o conteúdo da vontade rege a ação - fim, efeitos concomitantes e seleção dos meios).

O dolo e a culpa, enquanto conteúdos da vontade, devem ser levados em conta na hora de se estabelecer o tipo de injusto.

6.2 O dolo

O âmbito subjetivo do tipo de injusto dos delitos dolosos é constituído pelo dolo: consciência e vontade de realizar o tipo de um delito.

6.3 Elementos do dolo

a) intelectual: para agir dolosamente, o sujeito ativo deve saber o que faz e conhecer os elementos que caracterizam a sua ação como típica.

b) volitivo: para agir dolosamente, não basta o mero conhecimento dos elementos objetivos do tipo. É necessário querer realizá-los.

6.4 Espécies de dolo

a) direto: o autor quer realizar precisamente o resultado proibido no tipo penal (nos delitos de resultado) ou a ação típica (nos delitos de mera atividade) - ex.: quer matar José, e o mata. Incluem-se as hipóteses em que o autor, apesar de não querer diretamente uma das conseqüências que se irão produzir, admite como necessariamente unida ao resultado principal que persegue. Ex.: quer matar José, que está atrás da cristaleira. Para matá-lo, admite ter de quebrar a cristaleira. Não é o que quer, mas o faz mesmo assim.

b) eventual: o sujeito representa o resultado como de produção provável e, embora não queira produzi-lo, continua agindo e admitindo a sua eventual produção. Assume o risco de produzir o resultado. Ex. quer matar José, que se encontra ao lado de Maria. Confiando em sua boa pontaria, termina por alvejar José e Maria. A morte de Maria não era desejada, mas o seu risco foi assumido pelo agente.

6.5 Erro de tipo

Qualquer erro acerca dos elementos objetivos do tipo exclui o dolo. O erro, como o dolo, deve referir-se a qualquer dos elementos integrantes do tipo, seja de natureza descritiva ou normativa. O erro quanto a qualquer outro elemento pertencente a outras categorias diversas do tipo carece de relevância para efeito da tipicidade.

O erro de tipo exclui o dolo e tudo o mais. Quando se é evitável, deixa subsistente uma possível responsabilidade a título de negligência. Ex.: quem dispara contra uma pessoa, confundindo-a com um animal, não responde por homicídio doloso, mas sim a título de homicídio culposo, se o erro derivar de uma negligência.

O erro evitável, o qual o autor não poderia superar nem se tivesse empregado grande diligência, exclui a responsabilidade tanto a título de dolo quanto de negligência.

O erro pode recair sobre diversos elementos típicos:

a) objeto da ação: art. 20, § 3º, CP - “O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.”

b) relação de causalidade: em princípio, os desvios não essenciais ou que não afetem a produção do resultado pretendido pelo autor são irrelevantes (“A” dispara contra “B” com ânimo de matar, ferindo-o levemente; “B” morre em poucos dias por causa de uma infecção da ferida).

c) execução (*aberratio ictus*): ocorre sobretudo nos delitos contra a vida e a integridade física. Ex.: autor quer matar “B” e com péssima pontaria atinge e mata “C”. De acordo com o art. 73 do CP, haverá um só crime consumado doloso se for atingida tão-só pessoa diversa daquela que o agente pretendia ofender. Se o agente atingir tanto a pessoa visada quanto uma estranha, responderá por dois crimes, em concurso formal, que poderão ser ambos dolosos, ou doloso quanto à pessoa visada e culposo quanto à pessoa estranha, dependendo das circunstâncias concretas que irão indicar a existência de dolo ou de negligência quanto ao último resultado verificado. O mesmo raciocínio serve para a interpretação do caso referido no art. 74 (*aberratio delicti*).

7 A negligência

7.1 Tipo de injusto do delito negligente

Tradicionalmente, dolo e culpa eram concebidos como formas de culpabilidade. Depois, verificou-se que o delito culposo oferecia particularidades já no tipo de injusto - o dever *objetivo de cuidado* (negligência devida), segundo o qual não basta a causação do resultado, é importante considerar a forma em que se realiza a ação.

Pune-se o delito negligente desde que se trate de: a) comportamentos que afetam bens jurídicos fundamentais; b) produzam resultado lesivo. Daí porque exige expressa previsão legal (CP, art. 18, II e parágrafo único).

Componentes fundamentais: ação típica negligente e resultado.

7.2 Ação típica e lesão do dever objetivo de cuidado

Não vem determinada na lei com precisão, deve ser complementada por via judicial ou doutrinária, até porque é impossível prever todas as formas negligentes de comportamento. Por isso, não fere o princípio da legalidade - *tipo penal aberto*.

Deve ser aferida no caso concreto, adotando-se como parâmetro o *dever objetivo de cuidado*. O núcleo do tipo de injusto negligente é a divergência entre a ação esperada (em relação ao dever objetivo de cuidado) e a que foi realizada. A finalidade da conduta é irrelevante, a desaprovação recai sobre a forma de realização da ação.

O conceito de *cuidado objetivo* é objetivo normativo.

Objetivo porque não se afere no caso concreto, considera-se cuidado requerido na vida social para a realização da conduta. Normativo porque decorre da comparação da atuação do autor com a de um homem prudente e racional na mesma situação. Abrange dois elementos: *intelectivo* - consideração das conseqüências que, conforme um juízo racional, eram de produção previsível (previsibilidade objetiva); e *valorativo* - será contrária a ação que ultrapassar a medida socialmente adequada (desatenção às regras de cuidado). As regras de cuidado podem ser critérios abstratos (ex. bom motorista), normas administrativas (exemplo: Código de Trânsito) e regras de experiência. Sua não-observância constitui indício de negligência.

Há *lesão do cuidado objetivo* quando a ação fica aquém do que o cuidado exigia. Portanto, será típica.

7.3 Resultado

Exige-se para a sanção penal, além do desvalor da ação negligente, o desvalor do resultado, ou seja, a lesão ou colocação em perigo (mais difícil) do bem jurídico.

Exige-se também a relação de causalidade. Uma conexão que permite, já no plano objetivo, imputar o resultado a qual a ação é adequada a provocar o resultado quando este era obviamente previsível e o autor atuou sem diligência devida.

A doutrina e a jurisprudência mais relevantes negam a causalidade, sempre que seja certo que o atuar correto não evitaria o resultado.

7.4 Regulamentação da negligência

Princípio da excepcionalidade: só é punida quando expressamente previsto em lei. A pena deve ser menor que a imposta para o crime doloso.

7.5 Responsabilidade pelo resultado

Em consequência da função motivadora do Direito Penal (que só pode motivar os cidadãos e se abster de realizar ações aptas a produzir resultados previsíveis e evitáveis), a produção de resultado só deve ser imputada a comportamento doloso ou negligente; se não, considera-se fortuito, excluído do âmbito do penalmente relevante.

Proíbe-se o princípio *versari in re illicita*, segundo o qual desde que se inicie uma conduta ilícita, o resultado produzido será imputado, ainda que alheio à previsibilidade do sujeito.

Pressupostos da responsabilidade por negligência: a) previsibilidade objetiva; b) lesão da diligência devida.

No Brasil, o art. 19 do CP afasta a responsabilidade penal objetiva “pelo resultado que agrava a pena responde o agente que houver causado apenas culposamente.”

8 A antijuridicidade

Contradição entre a ação realizada e os mandamentos do ordenamento jurídico como um todo, não apenas do Direito Penal.

O Direito Penal não cria a antijuridicidade. Selecciona, por meio da tipicidade, uma parte dos comportamentos antijurídicos. Por isso, a realização de um fato típico gera a presunção de ilicitude (função incidiária da tipicidade), que pode ser afastada.

Na prática, a constatação da antijuridicidade traduz-se, na verdade na verificação da existência de algumas das causas de justificação.

8.1 Antijuridicidade e injusto

A primeira é o atributo que qualifica uma ação doutrinária ao ordenamento jurídico. O último é substantivo empregado para denominar a ação já qualificada de antijurídica.

8.2 Antijuridicidade formal e material

Aspectos do mesmo fenômeno: a) formal - contradição entre a ação e o ordenamento; b) material - ofensa ao bem jurídico que a norma quer proteger.

Sua essência é, pois, a ofensa a bem jurídico protegido pela norma infringida. Sem a ofensa ao bem jurídico, não há antijuridicidade.

8.3 Conceitos de lesão e perigo

Ambos são conceitos normativos.

Lesão é a destruição de bens materiais ou ideais. Colocação em perigo decorre de um juízo de probabilidade de que determinado bem possa ser lesado, emitido pelo julgador considerando-se o momento em que se realizou a ação. Pressupõe que o julgador deve conhecer a situação de fato (conhecimento ontológico) e as leis da natureza e regras de experiência que permitam deduzir a lesão ao bem jurídico (conhecimento nomológico).

8.4 Desvalor da ação e do resultado

Desvalor do resultado = lesão ou perigo;

Desvalor da ação = conduta desaprovada pelo ordenamento jurídico.

Não existe hierarquia entre eles, ambos são igualmente importantes e contribuem no mesmo nível para a configuração da antijuridicidade. No entanto, pode ser que o legislador, na hora de configurar os tipos de delitos, dê maior relevância a um ou outro.

O CP brasileiro sanciona crimes de perigo abstrato (art. 133 - abandono de incapaz; art. 134 - abandono de recém-nascido; art. 225 - perigo de inundação), em que se destaca o desvalor da ação - o que é reprovável, sancionando-se a simples desobediência à norma jurídica, sem ofensa ao bem jurídico.

9 A exclusão da antijuridicidade

9.1 Causas de justificação

Conceito: são aquelas que convertem o fato, em si típico, em um fato perfeitamente lícito e aprovado pelo ordenamento jurídico.

Natureza: é causa de exclusão da antijuridicidade.

Efeitos: a) impedem que se possa impor uma pena ao autor de um fato típico;
b) convertem esse fato em lícito, aprovado pelo ordenamento jurídico.

Conseqüências: ao se partindo do entendimento que a conduta do agente é justificada, isto é, considerada lícita:

- a) não cabe legítima defesa, porque esta pressupõe um ato ilícito, qual seja, uma agressão injusta;
- b) não cabe imposição de medida de segurança ou qualquer tipo de sanção;
- c) não cabe comprovação de culpabilidade do autor, pois para tanto se exige a existência de antijuridicidade;
- d) a participação também estará justificada;
- e) o exercício de uma causa de justificação ou lesão de um bem alheio, além do limite de proteção permitido no ordenamento jurídico, será considerado antijurídico.

Espécies: exclusão de ilicitude - art. 23 do CP:

- a) Legítima defesa;
- b) Estado de necessidade;
- c) Estrito cumprimento do dever legal;
- d) Exercício regular de direito.

Obs.: A enumeração legal não impede que se reconheçam *outras causas* de justificação como:

- a) consentimento do ofendido;
- b) direito correicional;
- c) risco permitido;
- d) atuação no interesse do ofendido;
- e) consentimento presumido, etc.

9.2 Critério de classificação das causas de justificação

Deve-se estudar em cada causa de justificação em concreto, quais são os *princípios* que a inspiram, que podem ser:

- a) princípio da ausência de interesse (ex. consentimento do ofendido);
- b) princípio do interesse preponderante (ex.: estado de necessidade);
- c) princípio da prevalência do direito;
- d) princípio da proporcionalidade, entre outros.

9.3 Elementos subjetivos e objetivos das causas de justificação

- a) objetivo: o resultado da ação do autor é considerado lícito;
- b) subjetivo: o autor, ao praticar a ação, sabia e tinha a vontade de atuar de um modo autorizado ou permitido juridicamente.

Assim, para se justificar uma ação típica *não basta* que se dê objetivamente a situação justificante - é preciso, ademais, que o autor atue voluntariamente dentro dos limites autorizados.

Logo, a justificação de uma ação só se dá quando ocorrem tanto o elemento objetivo quanto o subjetivo da respectiva causa justificante.

Assim, só atua em *legítima defesa* quem sabe que está se defendendo de uma agressão injusta.

O guarda de presídio só atua em estrito *cumprimento do dever legal* se exerce voluntariamente a sua profissão dentro dos limites legais e sabe e quer atuar dentro desses limites.

9.4 Erro nas causas de justificação

É a falta do elemento objetivo ou do elemento subjetivo, determinando, assim, que o ato permaneça antijurídico. Exemplos:

- a) falta do elemento objetivo da respectiva causa de justificação

Ação: autor disparou por acreditar erroneamente que a vítima iria agredi-la;

Causa de justificação: legítima defesa;

Elemento Objetivo da legítima defesa: agressão indevida realizada, e *não* suposição.

- b) falta do elemento subjetivo da respectiva causa de justificação

Ação: autor disparou contra a vítima por motivo de vingança;

Causa de justificação: legítima defesa;

Elemento subjetivo: proteção ao bem jurídico integridade física, e *não* vingança, que não é autorizada pelo ordenamento jurídico.

9.5 Justificação incompleta e atenuação da pena

As causas de justificação, quando ocorrem, implicam necessariamente a *exclusão da antijuridicidade ou ilicitude*, porque apresentaram todos os seus requisitos: elemento objetivo e elemento subjetivo ou ainda exercício da causa de justificação no limite autorizado pelo ordenamento jurídico.

Todavia, a falta de algum desses elementos ou o excesso no exercício da causa de justificação pode incidir *atenuando o juízo de antijuridicidade* sobre o fato.

Assim, a *legítima defesa putativa* (exemplo “a” acima) é um ato antijurídico, porém reflete na *culpabilidade*, pois se configura como uma atenuante na fixação de pena em face de uma justificação incompleta na conduta.

10 As causas de justificação em espécie

10.1 A legítima defesa

Conceito: sob o *aspecto individual*, é a defesa como resposta proporcionada a uma agressão injusta.; sob o *aspecto supra-individual*, é a defesa da ordem jurídica e do direito em geral, maculado pela agressão antijurídica.

Natureza: é a causa de justificação de excludente de ilicitude.

Requisitos - art. 25 do CP:

- a) agressão injusta: ato de força ou ação de colocar em perigo algum bem jurídico defensável, seja devido a uma *ação* ou *omissão*, que o titular do bem não possa ser obrigado a tolerar;
- b) agressão atual ou iminente: é *real*, não basta existir somente na imaginação de quem se defende;
- c) uso de meios necessários e moderadamente: é a *necessidade de defesa*, por ser a única via possível para repelir a agressão, aliada à *racionalidade do meio empregado* para esta defesa, que deve ser proporcional à agressão sofrida;
- d) agressão contra bem jurídico próprio ou de terceiro.

Obs.: a) bens jurídicos comunitários: *não* podem ser objeto de legítima defesa, porque existem outros mecanismos de proteção jurídica, aos quais se deve recorrer para torná-la efetiva, conforme doutrina dominante no Brasil; b) crime de rixa: a jurisprudência no Brasil reconhece a legítima defesa em crime de rixa.

10.2 O estado de necessidade

Conceito: é a situação na qual se encontra quem pratica um mal para se salvar de perigo atual que implicaria o acometimento de um outro mal.

Pressupostos: a) atuação de necessidade - pressupõe que o bem jurídico a salvar esteja em iminente perigo de ser destruído, isto é, o perigo é real e objetivo, não pode ser meramente suposto; b) único caminho possível.

Requisitos - art. 24 do CP:

- a) existência de uma situação de necessidade, representada por um perigo a bem jurídico próprio ou alheio;
- b) perigo *não* provocado voluntariamente pelo agente (ver observação abaixo);
- c) perigo atual e inevitável de outro modo;
- d) o sacrifício do bem jurídico alheio deve ser proporcional à manutenção do bem jurídico salvo pelo agente;
- e) que o necessitado não tenha, em razão de seu cargo ou ofício, obrigação de sacrificar-se ou, se tiver esta obrigação, a exigência de sacrifício deve coincidir com os limites legais ou sociais do exercício de sua profissão.

Obs.: perigo provocado culposamente - a doutrina brasileira tem admitido o estado de necessidade nesta situação com base no *princípio da ingerência*, criando ao causador do perigo o dever de impedir o resultado dele decorrente.

11 Outras causas de justificação

11.1 Obediência de vida

Sua natureza é discutível. Pode ser *causa autêntica de justificação*, pois não se pode expor quem atua em obediência devido a uma reação de legítima defesa ou *causa de exculpação*, porque a ordem obedecida pode ser antijurídica, não perde essa característica por ser parcial.

Essa eximente só pode se referir à obediência devida de uma ordem antijurídica, pois obviamente para as ordens lícitas não é necessário qualquer preceito expresso, basta a eximente de cumprimento do dever.

O dever de obedecer a ordens antijurídicas tem limites, e só quem atua dentro desses limites o faz justificadamente. Para que a ordem seja vinculante e enseje a causa de justificação, deve haver os seguintes pressupostos:

- a) relação hierárquica;
- b) competência abstrata de quem dá a ordem;
- c) competência do subordinado;
- d) a ordem deve ser expressa e revestida das formalidades legais;
- e) a ordem deve ser antijurídica.

Este último pressuposto traz a questão sobre quais ordens antijurídicas devem ser obedecidas. Como a ordem de um superior possui presunção de legalidade, havendo dúvida do funcionário sobre a legalidade da ordem, prevalece o caráter vinculante desta.

No Brasil, a obediência devida não compreende causa de justificação, só constitui causa de exculpação nos casos expressos do art. 22 do CP, não importando se a ordem era de vinculação obrigatória ou facultativa. O erro incidente sobre os pressupostos da obediência hierárquica devem ser tratados de acordo com as regras dos erros de proibição do art. 21 do CP.

O art. 22 do CP dispõe que as condições para exclusão da culpabilidade são: a) relação hierárquica; b) competência do superior para ordenar; c) competência do subordinado para cumpri-la; d) ordem expressa e direta; e) ordem antijurídica, mas a antijuridicidade não pode ser manifesta; f) o subordinado deve desconhecer o caráter ilegal da ordem; g) a execução da ordem deve ser nos limites restritos de sua expressão.

11.2 O atuar no cumprimento de um dever ou no exercício legítimo de um direito, ofício ou cargo

Para saber quando um médico ou funcionário atua dentro de sua respectiva competência, é necessário conhecer o conteúdo da regra jurídica que disciplina tal atuação.

Um regulamento administrativo não deve justificar abusos de poder, porém muitas vezes isso ocorre através de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas que abrem grandes espaços para a discricionariedade.

Acima dos regulamentos estão os princípios gerais das causas de justificação, que vigem nos seguintes casos concretos:

11.2.1 O uso da violência por parte da autoridade

Deve-se evitar todo excesso ou desvio de poder. A violência deve ser necessária e proporcional à medida do fato que a motivou. Ex.: deter um criminoso em fuga.

No exemplo acima, no Brasil a jurisprudência admite o emprego da violência, enquanto a doutrina entende que a violência se afasta dos limites da proporcionalidade e razoabilidade.

11.2.2 O direito correicional

O Código Civil espanhol estabelece o direito de correção aos pais/tutores em relação aos filhos/tutelados, com finalidades educativas.

Em regra, nenhum tipo de delito pode ser justificado pelo direito de correção. Os princípios da proporcionalidade e necessidade de violência aqui são demasiados, só se admite a violência como forma correicional no caso de legítima defesa.

No Brasil, o art. 136 do CP (crime de maus tratos) dispõe que só constitui delito o abuso dos meios de correção, deixando à disposição dos pais/responsáveis o emprego desses meios: a jurisprudência os admite quando praticados pelos pais e moderadamente.

11.2.3 As vias de fato

Qualquer tipo de realização do próprio direito fora dos procedimentos legais é antijurídico (crime de exercício arbitrário das próprias razões, art. 345 do CP).

Só são permitidos os atos *pro magistratu*, como o cidadão prender quem se ache em flagrante delito; ou o capitão/comandante de navio/aeronave para prender passageiros que cometeram crimes ou comprometem a segurança a bordo - práticas também admitidas no Brasil (art. 301 do CPP; art. 6 da Convenção de Tóquio sobre aeronaves). O art. 198 tratava do caso em navios, mas foi revogado pelo CC/2002.

11.2.4 O exercício profissional

Alguns profissionais possuem deveres que não estariam justificados no âmbito profissional, como o advogado que guarda segredo do cliente - a revelação desse segredo pode ser justificada pelo estado de necessidade. No Brasil, o art. 142, I, do CP, considerado causa de justificação pela doutrina e pela jurisprudência, autoriza fazer manifestações injuriosas em juízo sobre a vida de particulares.

No caso de tratamento médico, os pressupostos são o consentimento do paciente e a necessária informação sobre a transcendência do tratamento ao paciente.

A prática de esportes pode justificar lesões corporais, quando estas forem produzidas com observância das regras desportivas.

11.3 O caso fortuito e o risco permitido

O Código Penal espanhol determina que “se o fato for causado por mero acidente, sem dolo nem culpa do sujeito, reputar-se-á fortuito e não será punível”. No entanto, *não* há regra semelhante no Brasil.

Questão diversa é a do risco permitido, que consiste no perigo de lesão a bens jurídicos pelo mero uso que instrumentos técnicos como máquinas, aviões e automóveis podem ocasionar, ainda que o delito seja na forma culposa.

Obviamente, a operação de tais máquinas é permitida. Todavia, precisamente porque são perigosas, devem ser realizadas com o máximo cuidado possível.

11.4 O consentimento do ofendido

Existem alguns casos em que se dá eficácia ao consentimento do ofendido, reconhecendo-se uma faculdade de disposição sobre determinados bens jurídicos, como a liberdade domiciliar e a propriedade. Exemplos: crimes de violação de domicílio (art. 150 do CP) e de furto (art. 155 do CP).

A oposição ou consentimento devem ser claramente manifestados, embora nem sempre o consentimento deva ser expresso. É cabível o consentimento tácito nos casos em que há uma prévia relação de confiança, como no caso de relação de vizinhança.

Para o consentimento atuar como causa de justificação, necessita dos seguintes requisitos:

- a) faculdade dada pelo ordenamento jurídico para que o ofendido disponha validamente de bens jurídicos próprios;
- b) capacidade para dispor, que não coincide necessariamente com a capacidade civil, exigindo faculdades intelectuais para compreender o alcance e significação de seus atos;
- c) qualquer vício essencial da vontade do ofendido (erro, coação) invalida o consentimento;
- d) o consentimento deve ser manifestado antes da ocorrência do fato e deve ser conhecido por quem atua sob seu efeito.

11.5 O consentimento nas lesões

O ordenamento jurídico espanhol **NÃO** reconhece faculdade à pessoa para dispor de sua *vida* (art. 122 do CP). Porém, a questão é mais controversa quanto à *saúde* e à *integridade física*, tendo o legislador pretendido extinguir a polêmica ao declarar a irrelevância do consentimento para eximir de pena o delito de lesões.

Entretanto, essa declaração é fonte de problemas interpretativos nas questões de tratamento médico, lesões desportivas, etc. A lei determina que o consentimento livre e expresso exime os autores de responsabilidade penal nas hipóteses de transplante de órgãos, esterilizações e cirurgia transexual, desde que em conformidade com a legislação.

Antes da reforma da lei penal espanhola em 1983, o consentimento nas lesões oferecia problemas especiais em alguns casos como esterilização voluntária, intervenção cirúrgica de mudança de sexo e qualquer espécie de atividade médica que não fosse exatamente de ordem terapêutica.

Contudo, nessas situações pode-se recorrer a outras causas de justificação - como o exercício legal de um direito, em que o consentimento é tão somente o pressuposto, mas não a própria causa de justificação. Por exemplo, na Espanha, com base constitucional, quem não se sentir identificado com seu sexo anatômico externo pode exercer legitimamente seu direito fundamental de buscar a própria identidade sexual.