No Brasil, a reforma penal de 1984 (Lei n. 7.209/84, que alterou a parte geral do CP) decorreu de exigências históricas e pretendeu enfrentar as questões práticas que não comportavam adequada solução no sistema teórico clássico, ou causal-naturalista, adotado pela legislação de 1940. Na realidade, o momento evolutivo da doutrina penal brasileira exigiu a substituição do sistema clássico por outro mais enriquecido, que ofereceu ao debate os postulados críticos do sistema finalista de Welzel. Inegavelmente, tal sistema acabou por constituir a inspiração maior que orientou a reforma brasileira.

No entanto, não se pode esquecer que o sistema finalista também é de índole naturalista e a reforma acabou por também possibilitar a sua superação. É verdade que ao tipo incriminador foi agregado um plano de exigências subjetivo, de modo que o dolo e a culpa passaram a pertencer ao exame da tipicidade (art. 20), como é característica do sistema finalista. Mas o novo tratamento conferido à causalidade omissiva demonstra a inequívoca superação dos sistemas de índole naturalista. A nova legislação penal brasileira (art. 13) deixou claro que no plano da tipicidade o resultado de que depende a existência do crime é normativo (violação da norma) e não naturalístico. Com isso, a imputação objetiva passou a enriquecer-se de possibilidades interpretativas. A culpabilidade, por sua vez, consagrou-se juízo de reprovação normativo puro sobre quem realiza a conduta típica e ilícita, segundo o princípio geral de inexigibilidade de conduta diversa. Neste sentido, não foram acolhidas as pretensões do finalismo de vincular a reprovação ao plano abstrato da formação da vontade delitiva.

Embora a reforma tenha sido inicialmente inspirada pelas críticas dirigidas pelo finalismo ao sistema clássico, o ordenamento jurídico nacional superou as limitações naturalistas e é perfeitamente compatível com os sistemas pós-finalistas que trabalham com os elementos subjetivos no tipo e na ilicitude, bem como com uma culpabilidade estritamente normativa. Não é necessário empreender qualquer mudança em nosso direito positivo para viabilizar uma intervenção qualificada (valorativa) do poder punitivo, conforme propõem os sistemas pós-finalistas. Com efeito, a teoria do delito não pode ser compreendida como construção meramente formal, desvinculada do sentido social a ser atribuído à conduta delitiva e das consequências práticas da intervenção punitiva. Desta forma, o desafio pós-finalista que se apresenta à sociedade brasileira reside na compreensão do conteúdo material que é subjacente a cada um dos conceitos da teoria do crime. Tal compreensão, que determina os contornos concretos da aplicação do direito repressivo, deve ser apurada por meio do processo democrático discursivo que é o único capaz de conferir legitimidade à intervenção punitiva. Analisemos a seguir as premissas de construção de uma teoria discursiva do crime.

CAPÍTULO 5

TIPO PENAL INCRIMINADOR

1. TIPO E TIPICIDADE

A expressão *tipo* possui o significado de *modelo* ou de determinada forma de classificação. Em Direito Penal, pode-se entender o tipo como modelo abstrato, posto que é representação genérica de comportamento humano que se considera proibido. O tipo materializa o princípio da reserva legal, na medida em que é a expressão da lei que descreve a conduta que deve ser considerada crime.

Modernamente, o tipo penal é figura conceitual que descreve formas possíveis de violação ao bem jurídico e que define a matéria de proibição.[1] O tipo penal é conceito classificatório, do ponto de vista técnico-jurídico, o qual colhe o que é comum ou repetitivo nos fenômenos de comportamento humano, de modo a estabelecer um padrão para o que seja proibido. É conceito abstrato e generalizante que se presta a determinar a espécie de proibição, especificamente direcionada para o concreto das relações humanas, limitando a possibilidade de intervenção estatal na esfera de liberdade individual.

O tipo penal, de maneira formal, descreve o comportamento humano que se pretende evitar. Materialmente, o tipo representa uma valoração ético-social que se evidencia tanto na escolha dos bens a serem juridicamente tutelados como nas condutas a serem rotuladas de proibidas.

---

[1] WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 75. No mesmo sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*, v. III, p. 83.

Sendo o tipo penal um modelo abstrato de comportamento humano proibido, *tipicidade* é a qualidade conferida à conduta que encontra precisa descrição no modelo abstrato. Segundo o modelo interpretativo da realidade, proposto pela teoria do delito em seu conceito analítico, a *tipicidade* é a primeira característica a ser reconhecida na conduta punível. Para que uma conduta humana seja típica, é necessário que, além de ajustar-se de maneira formal a um tipo legal de delito, represente, de forma material, lesão relevante ao bem juridicamente protegido, o que caracteriza a conduta como socialmente reprovável.

Para a compreensão do fato típico, é necessário que se perceba qual o bem jurídico que a lei quer proteger, qual o verbo que representa o núcleo do comportamento proibido, quais os acessórios que lhe indicam o sentido do comportamento, bem como quais são os elementos normativos e subjetivos que se encontram inseridos na descrição hipotética da lei. O tipo legal ainda faz perceber o sujeito ativo, o sujeito passivo e a relação de causalidade que deve existir entre a ação do primeiro e o resultado penalmente indesejado.

Tipo incriminador e norma proibitiva. A responsabilidade penal pressupõe sempre a violação da norma protetivo-afirmativa do bem jurídico, que é subjacente a um tipo penal incriminador. O tipo incriminador descreve a conduta delitiva e não se confunde com a norma jurídica. A norma jurídica fundamenta a elaboração do preceito incriminador-descritivo e coloca-se em sentido contrário ao comportamento descrito. Após a obra clássica de Binding sobre a teoria das normas, foi possível perceber que é a norma, como proposição jurídica, que expressa um valor sobre a conduta humana. O preceito incriminador apenas descreve a conduta proibida, mas é a norma que indica a contrariedade do fato com a ordem jurídica. No exemplo do homicídio, o tipo descreve a conduta proibida de *matar alguém*, e a norma jurídico-penal que lhe é subjacente impõe a todos os indivíduos o dever de *não matar alguém*. É a violação da norma, por meio da realização da conduta descrita no preceito, que autoriza a realização do *jus puniendi*.

Na verificação da tipicidade da conduta, o intérprete deverá identificar a norma jurídica que visa a proteger o bem jurídico. Contudo, o operador do direito não encontrará a norma proibitiva expressa de maneira formal na lei, portanto, será necessário extraí-la do sistema normativo. Pode-se até dizer que as normas mais importantes para a construção da noção de delito não se encontram inseridas de maneira expressa no direito escrito.[2] Mas a tarefa não é difícil. A norma jurídico-proibitiva se deixa conhecer plenamente por meio da descrição formulada pelo tipo incriminador. A descrição legal do comportamento proibido permite verificar na realidade social a ocorrência da violação à norma jurídica. Se

[2] KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas:* fundamentos de la dogmática penal moderna, p. 4.

o comportamento que concretamente se examina for descrito de maneira fiel pelo tipo incriminador, ocorrerá a violação da norma que lhe é subjacente.

Pressuposto: conduta humana voluntária. A conduta humana desempenha papel conceitual de extremada importância na formulação analítica do delito, posto que é o referencial sobre o qual se agregam os atributos da tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Verdadeiramente, a conduta marca o ponto de apoio de toda a construção analítica, pois o indivíduo somente deve receber a censura penal em virtude dos atos efetivamente praticados. Por isso, ausente a conduta, inviabilizado está o próprio exame analítico do delito.

No início da elaboração analítica do delito, a ação delitiva foi considerada estritamente em seus aspectos objetivos, quando se compreendeu a ação como movimento físico que produz resultado naturalístico relevante e a omissão como decorrente das atividades neuromusculares que o indivíduo desenvolve para evitar a movimentação corpórea.[3] Vencida essa fase de inicial mecanicismo, o Direito Penal percebeu a omissão como um dos aspectos volitivos da atividade humana que enfrenta o dever legal de agir. Hoje, a ação ou omissão do homem somente é considerada conduta quando for expressão de sua vontade individual. Assim, deve-se entender por conduta penalmente relevante a ação ou omissão humana que, livre e conscientemente, for dirigida por uma finalidade para a realização de determinado objetivo.

A orientação finalística que dirige o comportamento constitui aspecto importantíssimo da construção teórica do delito, pois evidencia juízo teleológico de negação dos valores e interesses juridicamente tutelados.[4] Vale notar que se a existência do elemento subjetivo é essencial para a caracterização da conduta jurídico-penal relevante, o juízo valorativo sobre tais elementos intencionais pertencem ao exame da tipicidade.

O movimento corpóreo somente poderá ser considerado conduta punível quando coincidente com a descrição legal da matéria de proibição e quando for produto da livre manifestação da vontade individual. Como é característica fundamental da conduta punível a manifestação da vontade individual, deve-se excluir do conceito jurídico-penal de conduta os movimentos corpóreos absolutamente independentes da vontade. Dessa forma, não caracterizam conduta penalmente relevante aquelas decorrentes de coação física absoluta (*vis absoluta*), produzidas em estados de inconsciência; bem como aquelas nas quais não se reconheça qualquer ligação psíquica entre o movimento corpóreo e a vontade consciente do autor.[5]

No que diz respeito à coação irresistível, é preciso perceber que apenas a coação física absoluta descaracteriza a conduta jurídico-penal relevante. O mo-

[3] BELING, Ernest. *Esquema de derecho penal*, p. 20.

[4] CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*, v. 1, p. 231.

[5] BACIGALUPO, Enrique. *Lineamentos de la teoría del delito*, p. 28.

vimento corpóreo que, neste caso, verifica-se não é expressão da vontade do autor, mas, sim, da força que sobre este é exercida. Tal situação deve levar a um juízo de atipicidade, posto que, para a realização do fato típico, é necessária não apenas a relação de causalidade do movimento com o resultado, mas, sobretudo, a vinculação psíquica do agente com o fato, materializada no dolo ou na culpa *stricto sensu*. O mesmo não acontece quando a coação irresistível é de natureza *moral* – vis compulsiva – posto que, nessa situação, o agente comanda o seu movimento corpóreo. Nessas hipóteses, a conduta poderá não ser reprovável (juízo negativo de culpabilidade) devido à inexigibilidade de conduta diversa.

Nas situações de hipnose, resoluções extremamente rápidas (atos em curto-circuito) e nos estados de total inconsciência também não se caracteriza a conduta jurídico-penal relevante, pois o movimento corpóreo (ou a ausência de movimento) não é manifestação da vontade individual, não se prestando como referencial naturalístico para o conceito analítico do delito. O fato proveniente do movimento é atípico, já que não possui elemento subjetivo. Contudo, deve-se reconhecer a existência da conduta, caso se possa perceber um mínimo de impulso volitivo que estabeleça a ligação psíquica entre o sujeito e o comportamento.

2. FUNÇÕES DO TIPO

A doutrina atribui ao tipo penal, em especial, as funções de selecionar os comportamentos humanos penalmente relevantes; de garantir a liberdade individual; de motivar os membros da sociedade; e, por fim, de regulamentar as consequências do erro penalmente relevante.[6]

2.1 *Selecionar a Matéria de Proibição*

Nem todos os bens jurídicos recebem tutela específica do Direito Penal. Os bens que se encontram juridicamente protegidos pelas normas penais são aqueles que exigem proteção especial, por se revelarem insuficientes as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em seus aspectos extrapenais. Todavia, o bem jurídico é protegido pelo Direito Penal apenas de algumas das formas possíveis de violação, e não de todas as formas de violação.[7] É justamente essa característica de proteção parcial que confere caráter *fragmentário* ao Direito Penal.

Entretanto, é necessário perceber que a escolha dos bens e interesses a serem juridicamente tutelados depende dos juízos de valor próprios ao legislador,

[6] MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*, p. 42. No mesmo sentido: ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal*, p. 170.

[7] WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 16. No mesmo sentido: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 17. O autor ressalta que a tutela jurídico-penal não se presta à proteção integral do bem jurídico, mas apenas de determinadas lesões, em conformidade com um princípio de intervenção mínima.

posto que um ato não é criminoso em si mesmo, só passando a sê-lo em virtude da norma jurídica que o qualifica como tal.[8]

Um juízo de valor representa o trabalho de uma apreciação subjetiva, ou seja, da participação da consciência de quem valora, no ato de vinculação do sujeito ao predicado.[9] A gênese da norma jurídica, necessariamente, traz embutido o resultado de uma tomada de posição diante do fato social. Assim, a consideração do que seja socialmente inadequado dependerá sempre do *ponto de vista* daquele que detém o poder de imposição (eleição da conduta proibida).

Pode-se observar que a criminalidade e o delito não fazem parte de uma realidade natural, mas sim da construção jurídico-social que depende dos juízos valorativos que produzem a qualidade de criminosa na conduta à qual se aplicam. É a atividade de definição do que é delituoso ou não, realizada pelos componentes das instâncias que detêm o poder de controle social, que relaciona os indivíduos e suas condutas à consideração de criminoso e de crime.[10]

Dessa forma, a definição de crime revela-se dependente dos interesses, das crenças e da cultura dos indivíduos que usufruem posição de predomínio na determinação do que seja inadequado, ou seja, das *autoridades*.

2.2 *Garantir a Liberdade Individual*

A observância do princípio constitucional do *nulla poena, nullum crimen sine praevia lege*, previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, exige que o tipo penal descreva exaustivamente a conduta que constitui matéria de proibição. Tal exigência visa a possibilitar a identificação do que é socialmente proibido, em momento anterior à prática da conduta. Nesse sentido, o tipo penal possui especial função de garantia ao indivíduo, que somente poderá ser punido por praticar conduta previamente identificada como proibida.

Cabe, entretanto, observar que o grau de vinculação do juiz à lei se determina pelo grau de precisão com que a vontade social consegue se expressar no texto legal. Dessa forma, a eficácia da função de garantia da lei penal depende

[8] PELAEZ, Michelangelo. *Introdução ao estudo da criminologia*, p. 38; CASTRO, Lola Anyjar de. *Criminologia da reação social*, p. 97. Esta autora esclarece que o posicionamento da criminologia interacionista situa-se no reconhecimento de que a causa do delito é a lei, não quem a viola, posto que é a norma que transforma uma conduta lícita em ilícita.

[9] REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 248.

[10] THOMPSON, Augusto Frederico G. *Quem são os criminosos?*, p. 46-47. Afirma o autor que a Criminologia é ciência interesseira, na medida em que seu objeto de estudo encontra-se demarcado pelo poder político e que, como os indivíduos formalmente reconhecidos como criminosos, estão encarcerados, representam inexpressiva minoria dos autores de conduta punível, o estudo realiza-se com base em exceções; e CASTRO, Lola Anyjar de. *Criminologia da reação social*, p. 7, 15-17, 97 e 110.

fundamentalmente da boa técnica legislativa.[11] Os tipos penais que contenham elementos cuja compreensão seja difícil ao cidadão desatendem a função de garantia que lhe é inerente.

2.3 *Motivar os Membros da Sociedade*

Por meio da descrição do comportamento proibido e da consequência jurídica de sua prática, o legislador espera estimular os indivíduos a se absterem de cometer crimes. A partir das colocações de Feuerbach, passou-se a reconhecer que a intimidação de todos os possíveis protagonistas de lesões penalmente relevantes é um dos objetivos do estabelecimento da matéria de proibição e da cominação de penas. Nessa perspectiva, com a norma jurídica subjacente ao tipo penal e a cominação penal, é possível produzir prevenção geral mediante o exercício de coação psicológica.[12] A concreta imposição da pena demonstraria que a ameaça anteriormente formulada foi cumprida, o que desestimularia os possíveis autores de crime.

No entanto, atualmente, as ideias de prevenção geral e de prevenção especial (uma variante do pensamento de Feuerbach) vivenciam momento de descrédito. Na realidade, o tipo não possui a força intimidativa que se espera possa ter. O enfoque que ressalta a função motivadora do tipo faz parte do discurso justificacionista do direito penal que pretende legitimar, em conjunto com outros requisitos, o exercício da repressão.

2.4 *Definir Espécies de Erro Relevante*

Consoante o estatuto repressivo nacional, o tipo ainda possui a função de diferenciar as espécies de erro penalmente relevante, possibilitando a regulamentação precisa de suas consequências jurídicas.

Segundo o art. 20 do Código Penal, o indivíduo somente poderá ser punido pela prática de crime doloso quando conhecer todas as circunstâncias de fato que pertencem ao tipo penal. Dessa forma, o tipo penal desempenha a tarefa de estabelecer todos os elementos sobre os quais deve referir-se a intenção que orientou o comportamento proibido. Havendo erro sobre a existência desses pressupostos fáticos, o instituto do *erro de tipo* impede que se responsabilize quem realiza a conduta proibida a título de dolo. O *erro de tipo* será objeto de estudo no item 6 deste capítulo.

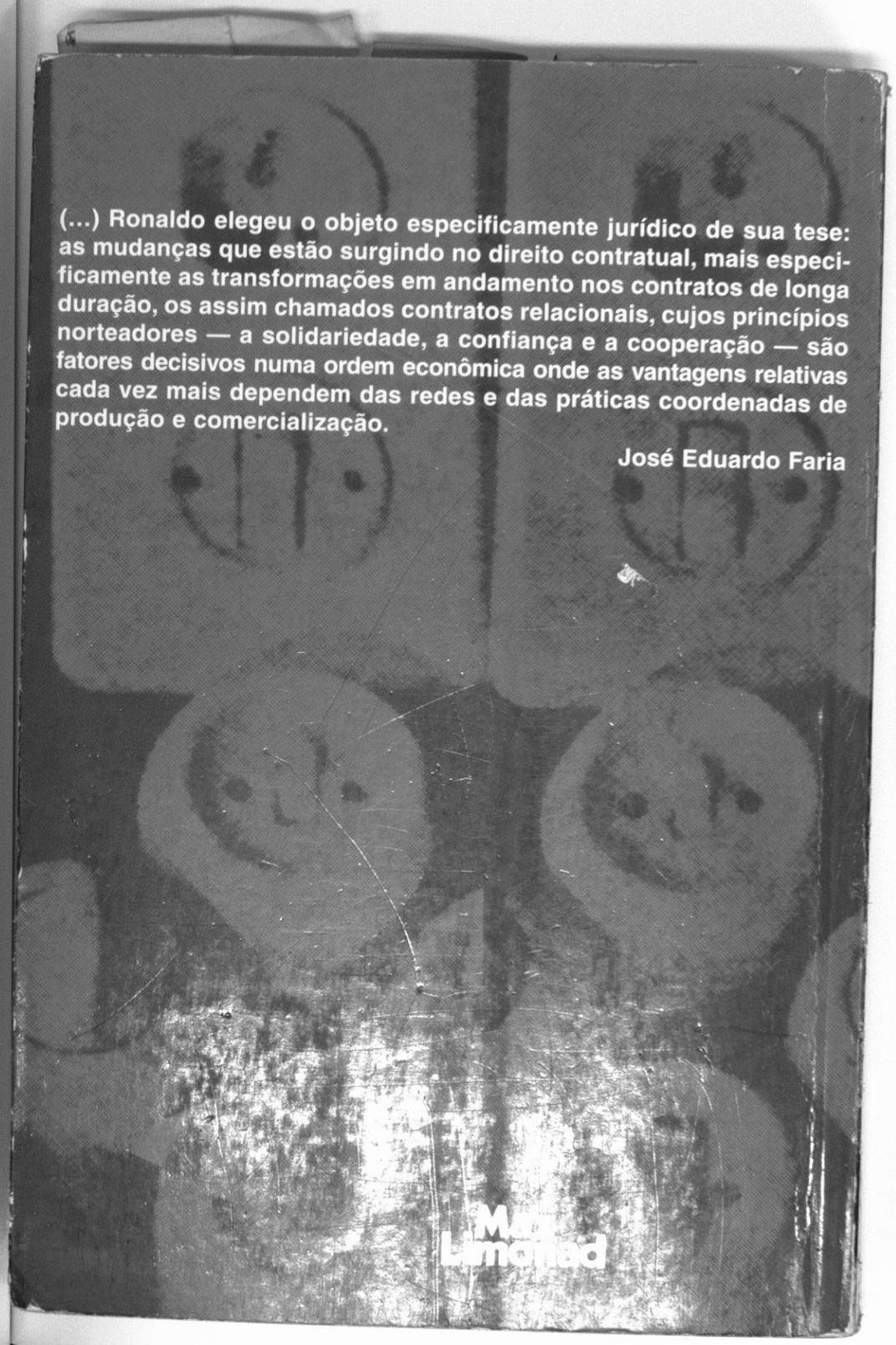
3. CONTEÚDO NORMATIVO DO TIPO

Para se compreender o estágio atual da teoria do tipo, é necessário analisar a evolução que seu conceito apresentou. A doutrina jurídico-penal, ao longo do

---

[11] JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*, v. 1, p. 173.

[12] VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter. *Tratado de derecho penal*, p. 60-61.



premissas necessárias ao raciocínio discursivo é determinada pelo desejo de obter resultados que tenham valor operativo em relação às atitudes práticas.[33]

A reconquista da legitimidade do sistema repressivo, contudo, depende de nossos esforços em elaborar dogmática que mantenha estreito contato com a realidade social e que estimule, nos operadores do Direito, a atenção para com a preservação dos direitos fundamentais. A planificação normativa há de se tornar realizável e a resposta estatal ao fenômeno da criminalidade orientada por prudente reflexão. Aperfeiçoar a construção teórico-dogmática em sede de Direito Penal significa, hoje, conceber a ordem jurídico-repressiva como sistema protetivo dos valores dominantes, estritamente vinculado ao sistema de princípios constitucionais representativo dos mais altos interesses sociais. O sistema jurídico do crime, portanto, não apresenta apenas coerência formal ou lógico-abstrata, mas também um conteúdo material que aproxima a dogmática jurídica da realidade social. É justamente no contexto de uma tipicidade em sentido normativista-social que importa discutir a imputação objetiva.

4. ESTRUTURA DO TIPO

O modelo de comportamento proibido é uma abstração que se refere a um fato de possível ocorrência na realidade natural. A previsão do comportamento que autoriza a intervenção punitiva deve ser clara e precisa, estabelecendo quem possa ser o sujeito ativo, o eventual sujeito passivo, bem como o objeto material e jurídico do crime. Tais informações constituem os elementos estruturais do modelo de comportamento proibido.

Posteriormente, é necessário perceber que o tipo penal contém dois planos distintos de exigências para sua caracterização. Um que reúne os requisitos de natureza objetiva, e outro, os de natureza subjetiva. O plano de exigências objetivo evidencia materialmente a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico. O plano de exigências subjetivo, por sua vez, caracteriza as formas relevantes de vinculação psíquica do indivíduo com a violação da norma protetiva (afirmativa) do bem jurídico.

Considerando que a formulação do tipo penal incriminador é constituída tanto por elementos objetivos quanto por subjetivos, a doutrina costuma referir-se ao *tipo objetivo* como a parte do tipo que reúne os elementos de natureza objetiva e traduz a face externa da conduta proibida, e ao *tipo subjetivo* como a parte que reúne as exigências relativas à intencionalidade que orientou a realização dessa conduta. Vale ressaltar, entretanto, que não se trata verdadeiramente de dois tipos distintos. O aspecto objetivo do tipo concilia-se com o subjetivo para formar o modelo de comportamento proibido. O tipo penal incriminador é único, mas concilia planos de exigências distintos. A conduta típica constitui uma

[33] ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*, p. 310.

unidade de fatores externos e internos.[34] Na verdade, não é sempre possível separarem-se os aspectos objetivos dos subjetivos do tipo. Não se pode, por exemplo, identificar a conduta de *apropriar-se* (art. 168) somente tendo em vista os aspectos exteriores do comportamento. A separação que a doutrina tenta promover entre os aspectos objetivos e subjetivos do tipo somente se justifica para facilitar a análise dos requisitos necessários à adequação típica.

Para que ocorra a adequação do fato ao tipo penal incriminador (subsunção), é necessário que todos os requisitos do tipo, tanto objetivos quanto subjetivos, estejam satisfeitos. Isso significa dizer que a parte objetiva da conduta concretamente examinada deve adequar-se perfeitamente às previsões do tipo objetivo, do mesmo modo que a parte subjetiva da conduta concreta, ao tipo subjetivo. Não havendo a satisfação de qualquer dos requisitos típicos, o fato é atípico e, portanto, não se poderá reconhecer a ocorrência de crime. A satisfação simultânea das exigências objetivas e subjetivas importa a correlação obrigatória entre ambos os planos. Isoladamente considerados, os requisitos objetivos e subjetivos não permitem a adequação típica. Todos os elementos objetivos do tipo devem encontrar correlação nas previsões do tipo subjetivo. Se, com o finalismo, percebeu-se que toda conduta é intencionalmente orientada, o modelo de comportamento proibido deve conciliar os seus aspectos externos e internos.

Por motivos práticos, o plano de exigências objetivo é analisado em primeiro lugar, e o plano subjetivo, em seguida. Muito embora o fenômeno psíquico anteceda à realização objetiva do tipo, o tipo objetivo é a referência obrigatória do tipo subjetivo. Não interessa ao Direito Penal a integralidade da manifestação psíquica de quem realiza o fato, mas apenas o fragmento que se relacione ao tipo objetivo. Na realidade prática da verificação da conduta delitiva, inicia-se a análise pela constatação dos efeitos externos da conduta, para, em seguida, indagar se tais efeitos constituem a realização de uma conduta determinada subjetivamente. Tem-se, assim, que o tipo subjetivo está sempre relacionado ao tipo objetivo.

4.1 *Elementos Estruturais*

Podem ser considerados elementos estruturais do tipo penal incriminador aqueles indispensáveis para a perfeita compreensão da matéria de proibição. Tais elementos informam quanto à manifestação específica de comportamento que é proibida, consistindo o núcleo do tipo, quem são os sujeitos do crime, bem como seus objetos.

4.1.1 Núcleo do tipo

Conforme a melhor técnica para a elaboração do tipo penal incriminador, o núcleo do tipo consiste no verbo que descreve com exatidão o comportamento

[34] ROXIN, Claus. *Derecho penal*, p. 303.

proibido. O verbo restringe a matéria de proibição para determinada forma de manifestação do comportamento humano, impedindo que outras formas sejam consideradas proibidas. O que é proibido está descrito no verbo do tipo.

Existem tipos penais que apresentam um único núcleo, materializados em um só verbo. São denominados tipos uninucleares. É o caso do crime de homicídio (art. 121 do CP), cujo verbo-núcleo do tipo é *matar*. Outros, porém, apresentam vários núcleos, cada qual representado pelo respectivo verbo. Tais tipos são denominados de plurinucleares e caracterizam os chamados crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado. É exemplo de crime de ação múltipla o previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, que possui 18 núcleos alternativos.

Contudo, vale ressaltar que nem todos os verbos constantes da descrição típica constituem núcleo do comportamento proibido. Alguns verbos descrevem os meios de execução do comportamento proibido e retratam apenas um fragmento da matéria de proibição. A identificação do núcleo é importante para caracterizar o momento consumativo do delito, posto que o crime só estará consumado quando a conduta delitiva puder ser perfeitamente descrita pelo verbo que constitui núcleo do tipo. Portanto, não se tem o crime por consumado quando o sujeito ativo do crime realiza apenas o comportamento descrito como meio de execução (fragmento).

Para exemplificar a questão, vejamos o crime de estelionato, previsto no art. 171, *caput*, do CP. O tipo prevê a conduta de "obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento". A descrição típica apresenta três verbos: *obter*, *induzir* e *manter*. A construção da descrição típica evidencia que o núcleo do tipo é constituído apenas pelo verbo *obter*. Somente quando o sujeito realizar a conduta de *obter* é que o crime estará consumado. Os verbos *induzir* e *manter*, também utilizados na descrição típica, indicam meios de execução do núcleo do tipo. Em outras palavras, induzir ou manter alguém em erro são os meios de obter-se a vantagem ilícita. O crime só estará consumado quando o sujeito obtiver a vantagem, e não quando induzir ou mantiver a vítima em erro.

4.1.2 Sujeitos do crime

O tipo penal pressupõe a inter-relação entre três sujeitos distintos: a) o sujeito ativo do crime, que pode ser entendido como aquele que realiza a conduta típica; b) o sujeito passivo, que é o titular do bem jurídico atacado pela conduta do sujeito passivo; e c) o Estado, que é a pessoa jurídica de Direito Público interno que possui o poder punitivo e é chamado a reagir ao crime com a imposição da pena. Pode-se verificar que entre os sujeitos existe uma conexão de expectativas recíprocas, que faz que cada um espere dos demais determinados comportamentos. O sujeito ativo pode esperar que o Estado persiga-o e aplique a sanção penal. O sujeito passivo, por sua vez, espera que a ameaça de punição faça que

os possíveis criminosos desistam de praticar o crime. Por fim, o Estado espera que a criminalização da conduta impeça o comportamento delitivo do sujeito ativo.

Sujeito ativo. O crime é um fato que viola a norma jurídico-penal; assim, o sujeito ativo do delito é a pessoa humana que comete o ilícito penal. Não raro, os crimes são cometidos por mais de um sujeito ativo, o que caracteriza o concurso de pessoas (art. 29). No que diz respeito à indicação do sujeito ativo, os tipos permitem classificar os crimes em comuns ou próprios. O crime comum é aquele em que qualquer pessoa pode realizar a conduta típica e ser sujeito ativo do crime. Como exemplo, tem-se o crime de homicídio (art. 121) ou o de furto (art. 155), cujos tipos não exigem qualidade ou condição especial do sujeito ativo. Os crimes próprios, por sua vez, são aqueles nos quais o tipo contém a exigência de determinada qualidade ou condição especial do sujeito ativo, restringindo a possibilidade de caracterização do sujeito ativo. São exemplos de crimes próprios o infanticídio (art. 123) e o peculato (art. 312), pois exigem, respectivamente, que o sujeito ativo seja a mãe da vítima ou funcionário público.

Não se pode confundir o sujeito ativo do crime com o responsável. Se, em geral, a responsabilidade recai unicamente sobre a pessoa do sujeito ativo do delito, excepcionalmente nos crimes ambientais, a pessoa jurídica também pode ser responsabilizada. Entretanto, mesmo nesses casos, a pessoa jurídica não será o sujeito ativo do delito. Na legislação nacional, mesmo após a Constituição de 1988 e a Lei n. 9.605/98, somente pode ser sujeito ativo de crime a pessoa física. A responsabilidade penal da pessoa jurídica é, hoje, uma realidade incontestável. No sistema jurídico nacional, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é de natureza indireta, por fato praticado pela pessoa física que age em seu nome e interesse, aplicando-se os mesmos parâmetros dogmáticos utilizados para a responsabilização civil da pessoa jurídica por atos praticados pelas pessoas físicas que agem em seu nome.[35]

Sujeito passivo. Por sujeito passivo deve-se entender o titular do interesse cuja ofensa constitui a essência do delito.[36] O sujeito passivo pode ser um indivíduo, ainda que civilmente incapaz, mas nunca coisas ou um cadáver. Também pode ser sujeito passivo do crime a pessoa jurídica, sendo o exemplo mais eloquente dessa situação o Estado, no caso de crimes que atinjam diretamente seus interesses específicos: crimes contra a Administração Pública ou a Administração da Justiça.

A necessária vinculação do sujeito passivo com a titularidade do interesse lesionado faz perceber que uma pessoa não pode ser, ao mesmo tempo, sujeito ativo e passivo de um fato criminoso. No caso da pessoa que lesa o próprio corpo ou a saúde ou agrava as consequências da lesão ou da doença com o intuito

---

[35] ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 123.

[36] ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal*, p. 128.

de haver indenização ou valor de seguro, será apenas sujeito ativo do crime de estelionato (art. 171, V, do CP). O crime é contra o patrimônio e o sujeito passivo será sempre a entidade seguradora contra a qual se praticou a fraude.

Vale observar que o crime nem sempre possui um sujeito passivo determinado. O crime pode ofender, simultaneamente, vários sujeitos passivos, materializando a possibilidade de ofensa a um número indeterminado de pessoas. São exemplos de crimes com vários sujeitos passivos os crimes contra a saúde pública, a fé pública, a incolumidade pública e os crimes de perigo comum.

Está consagrada na doutrina a opinião de que, ao lado do eventual sujeito passivo particular de cada delito, haverá um sujeito passivo constante em todos os delitos, qual seja, o Estado.[37] Tal opinião fundamenta-se no fato de que o crime sempre ofende o interesse público de que não se realizem condutas socialmente perigosas ou danosas, violando o comando normativo imposto pelo Estado. Em confirmação a essa posição, observa-se que a persecução penal em juízo é tarefa fundamentalmente do Estado. Pode parecer que a concepção de que o Estado é o sujeito passivo constante de todo e qualquer crime seja mera afirmação teórica (supérflua), sem qualquer repercussão prática. No entanto, a percepção de que a ofensa do crime pode transcender a pessoa imediatamente atingida pela conduta delitiva pode trazer consequências práticas muito importantes. Nos primeiros anos de aplicação da Lei n. 9.099/95, não se trabalhou a possibilidade de transação civil nos casos de crimes que ofendem direitos difusos ou coletivos. Não se cogitava buscar a reparação dos danos causados à sociedade na ofensa aos bens transindividuais. Hoje, no entanto, a Lei dos Crimes Ambientais condicionou a aplicação imediata da pena à prévia composição dos danos ambientais (art. 27 da Lei n. 9.605/98). Tal fato demonstra preocupação do legislador com os direitos de um sujeito passivo indeterminado.

Não se deve confundir o sujeito passivo do crime com a pessoa sobre a qual recai fisicamente a ação típica. Nos crimes contra a pessoa, a ação delitiva recai sobre o sujeito passivo. Nesses casos, sempre haverá coincidência entre o sujeito passivo e a pessoa sobre a qual recai materialmente a prática delitiva. Entretanto, isso não acontece em todos os crimes. No crime de estelionato, por exemplo, a fraude pode ser dirigida contra uma pessoa que não seja titular do bem jurídico, patrimônio que é atingido pela conduta delitiva. O sujeito passivo é o titular do patrimônio que foi diminuído pela obtenção da vantagem ilícita, e a pessoa sobre a qual incide a conduta delitiva é aquela que foi enganada.

Também não se pode confundir o sujeito passivo com o prejudicado. A noção de prejudicado é mais ampla e não está restrita ao titular do interesse essencialmente violado pela conduta criminosa. Prejudicados são aqueles que suportam consequências prejudiciais com a prática do delito, em maior ou menor grau.

[37] ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal*, p. 129.

Pode-se dizer que, no homicídio, a vítima é o sujeito passivo, e seus familiares, os prejudicados.

4.1.3 Objetos do crime

Toda a elaboração jurídica para estabelecer um crime importa na definição de objetos. No crime, pode-se identificar um objeto material e um objeto jurídico.

Por *objeto material* deve-se entender a pessoa física ou coisa sobre a qual recai fisicamente a conduta delituosa. Nesse sentido, o objeto material também recebe a denominação de objeto da ação. Nos crimes contra a pessoa, o objeto material coincide com o sujeito passivo. No homicídio ou na lesão corporal, o objeto material é a pessoa física, que também é titular do bem jurídico vida ou integridade física. Nos crimes contra o patrimônio, no entanto, a coincidência não acontece. O furto tem a coisa como objeto material e a pessoa titular do patrimônio como sujeito passivo.

O *objeto jurídico* do crime, por sua vez, é o bem jurídico que a norma visa a proteger. O bem jurídico não se confunde com o objeto material da conduta delitiva. No crime de furto, o objeto material é a coisa subtraída e o objeto jurídico é o patrimônio. O bem jurídico é, segundo a consagrada doutrina, qualquer coisa que possa satisfazer uma necessidade humana, e encontra-se tutelado pela norma jurídica.[38] Pode ser um objeto do mundo exterior, como o patrimônio, ou uma qualidade do sujeito, como a integridade física ou a honra. Embora seja fonte de muita discussão, o bem jurídico não se confunde com o interesse jurídico. Na lição feliz de Antolisei, o interesse nada mais é que o reflexo subjetivo do bem e expressa a tendência do sujeito de conservar o bem.[39]

4.2 *Elementos Objetivos*

O plano de exigências objetivo do tipo reúne os elementos objetivos que são exigidos para a caracterização típica. Por elementos objetivos do tipo devem-se entender todos os dados que, constando da descrição típica, não se referem ao psiquismo do agente e, por isso, podem ser identificados sem necessidade de alusões à intenção do sujeito ativo do crime. Tais elementos referem-se ao infrator da norma, às características externas da conduta, bem como aos objetos empíricos que com ela se relacionam. O tipo objetivo evidencia o sujeito ativo do delito, a conduta proibida e o resultado naturalístico produzido pela conduta, quando for o caso de crimes de resultado. O tipo objetivo é o núcleo real-material do crime, ou seja, aquilo que se encontra objetivado no mundo exterior.[40]

[38] ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal*, p. 124.
[39] ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal*, p. 124.
[40] WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 93.

Pertence, ainda, ao plano de exigências objetivo do tipo, além do sujeito ativo e do resultado, o nexo de causalidade jurídica, o qual permite imputar ao sujeito ativo a violação da norma jurídica. Não basta que a conduta tenha produzido a mudança no mundo naturalístico (quando for o caso de crimes de resultado), é necessário, também, verificar, com critérios jurídicos de valoração, se a conduta foi violadora da norma jurídica. A violação objetiva da norma jurídica constitui tema de grande interesse na atualidade, tendo em vista as perspectivas de natureza valorativa recentemente introduzidas pela doutrina, e será tratado de maneira mais aprofundada no próximo capítulo.

Os elementos objetivos do tipo podem ser meramente descritivos ou normativos. A distinção entre elementos descritivos e normativos é tradicional na doutrina, apesar das dificuldades encontradas em muitos casos específicos.[41]

4.2.1 Meramente descritivos

Ao descrever o comportamento proibido, o legislador deve usar da melhor técnica possível para tornar clara e simples a referência legal à matéria de proibição.[42] Os cidadãos não podem ter dúvidas quanto ao que seja proibido. Assim, os elementos objetivos meramente descritivos traduzem, da forma mais clara e simples possível, a exteriorização do comportamento proibido. Na lição de Mir Puig, os elementos descritivos são os que expressam uma realidade naturalística apreensível pelos sentidos.[43] Os dados descritivos do tipo objetivo são aqueles que existem independentemente de qualquer contexto normativo. O exemplo mais candente de tipo formado apenas por elementos objetivos descritivos é fornecido pelo homicídio: *matar* e *alguém* são elementos descritivos.

A técnica utilizada para a elaboração típica impõe iniciar a descrição pelo verbo que traduz o comportamento (ação ou omissão) proibido. É o que acontece no crime de furto com o verbo *subtrair* ou, no crime de corrupção, com o verbo *solicitar*. O significado das condutas descritas pelos verbos subtrair ou solicitar é apurável imediata e sensivelmente pelo intérprete, independente de qualquer contexto normativo. Cabe observar, no entanto, que a conduta proibida nem sempre é traduzida por uma expressão meramente descritiva. O tipo incriminador do art. 184 do CP, por exemplo, descreve a conduta de *violar direito autoral*. Nesse caso, o sentido do verbo-núcleo do tipo não é apurado sensivelmente pelo intérprete, pois a compreensão do que seja *violar* depende do contexto normativo.

---

[41] ROXIN, Claus. *Derecho penal*, p. 305-307.

[42] Nesse sentido, a Lei Complementar n. 95, de 26 de dezembro de 1998, traz regras objetivas para a melhor técnica de elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

[43] MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*, p. 210.

Para viabilizar a perfeita compreensão da conduta proibida, os elementos descritivos ainda traduzem os dados da realidade concreta da vida de relações, pertinentes ao contexto material em que se verifica o comportamento proibido, e dão-lhe sentido. Portanto, os elementos descritivos evidenciam, ainda, os sujeitos do crime (ativo e passivo), bem como o objeto material da conduta. Nesse sentido, são exemplos de elementos descritivos: a *mulher*, constante no tipo do art. 213 do CP, e a *coisa*, constante da previsão do art. 155.

4.2.2 Normativos

Os elementos normativos do tipo são aqueles que só podem ser concebidos e compreendidos por meio da lógica própria, que é estabelecida por uma norma jurídica ou cultural. Os elementos normativos contêm especial carga de valoração, que lhes é conferida por uma norma jurídica ou por uma postura ético-social. Por isso, a compreensão do significado dos elementos normativos impõe apurar a valoração específica que lhes confere sentido. Se os elementos meramente descritivos requerem uma percepção sensorial, os normativos requerem uma percepção espiritual.[44]

É importante notar que os elementos normativos do tipo também auxiliam na tarefa de descrever o comportamento proibido. Todos os elementos do tipo estão envolvidos nessa tarefa. Entretanto, em alguns casos, para expressar o que seja proibido, é necessário utilizar elementos portadores de significativa carga valorativa. A utilização de elementos valorativos evidencia que não interessa ao Direito Penal reprovar qualquer conduta, mas somente aquela portadora do desvalor que justifica a intervenção repressiva. A descrição típica que utiliza elementos normativos restringe a matéria de proibição ao comportamento desvalioso.

Sendo possível constituir elementos normativos a partir de valorações materializadas em normas jurídicas e sociais, a doutrina distingue os elementos normativos jurídicos dos elementos normativos sociais.[45] Na legislação nacional, são sempre lembrados como exemplos de elementos normativos as expressões: *funcionário público*, prevista no art. 312; e *moral ou materialmente em perigo*, prevista no art. 245. No primeiro caso, é a norma jurídica que determina o que se deva entender por *funcionário público* – art. 327 do CP. Em consequência, a interpretação dos crimes previstos no Capítulo I do Título XI do Código Penal é orientada de maneira absoluta pela definição legal de funcionário público. No mesmo sentido, o elemento *casa*, no crime de violação de domicílio. A definição do que se deva entender por casa consta dos §§ 4º e 5º do art. 150 do CP. Em situação semelhante, a definição do que se deva entender por *droga*, prevista nos arts. 28 e 33 da Lei n. 11.343/2006, encontra-se em ato normativo do Mi-

---

[44] ROXIN, Claus. *Derecho penal*, p. 305-306.

[45] MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*, p. 211.

nistério da Saúde. No segundo caso, é a padronização valorativa predominante no ambiente social que permite compreender o que seja *moralmente em perigo*. É de se notar que a situação qualificada como moralmente inadequada, constante da descrição típica do crime previsto no art. 245 do CP, exige uma interpretação conforme o momento histórico e social. Certamente, o sentido que deve ser atribuído à expressão, hoje, não é o mesmo que lhe fora atribuído quando da elaboração da parte especial do CP, em 1940. Nesses casos, a interpretação progressiva do elemento normativo não depende de qualquer alteração legislativa. É a própria sociedade, pelos representantes que operam o Direito, que adaptam o sentido do elemento normativo ao momento social, quando da interpretação do tipo incriminador.

Na legislação mais recente, os elementos normativos têm sido constituídos de maneira mais complexa, o que dificulta bastante o entendimento do cidadão quanto à matéria de proibição. Nesse sentido, exemplo importante traduz-se na expressão – "sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes" – prevista no art. 60 da Lei n. 9.605/98. A compreensão do referido tipo incriminador exige apurar o que é licença; o que é autorização; se é o caso de licença ou autorização para a atividade que se queira implantar; quais são os órgãos ambientais competentes para a atividade que se queira implantar; quais são as normas legais pertinentes; quais são as normas regulamentares pertinentes; como se contrariam as normas legais pertinentes; como se contrariam as normas regulamentares pertinentes. Como é possível perceber, a utilização de elementos normativos pode dificultar bastante o entendimento quanto ao que seja conduta proibida.

Não se pode esquecer que os elementos objetivos do tipo devem conciliar-se com os elementos subjetivos para a caracterização da conduta típica. Os dados objetivos normativos, quando presentes na descrição típica, constituem referências obrigatórias para a análise do substrato intencional da conduta. Em outras palavras, o tipo doloso não pode configurar-se se quem realiza o fato não consegue apreender o significado dos elementos normativos.

4.3 *Elementos Subjetivos*

Para a caracterização do tipo, é necessário, além da satisfação dos requisitos de natureza objetiva, também satisfazer as exigências de ordem subjetiva. Após o sistema finalista da ação de Hans Welzel, o tipo penal não pode mais ser interpretado sem levar em conta as suas exigências de natureza subjetiva. Por exigências de natureza subjetiva deve-se entender as que se referem à intencionalidade do sujeito no direcionamento de sua conduta. Os elementos subjetivos do tipo são aqueles componentes do modelo comportamental proibido que dizem respeito aos estados e processos anímicos do agente, à intenção que move o comportamento humano descrito no tipo penal incriminador.[46] Tais

[46] JAKOBS, Günther. *Derecho penal*, p. 200.

elementos devem-se relacionar a todos os elementos objetivos, de maneira que os aspectos objetivos da conduta descrita no tipo incriminador sempre ingressem na esfera de conhecimento e/ou previsibilidade do sujeito da infração.

A finalidade da conduta não se confunde com o motivo do crime. A finalidade é o aspecto subjetivo que orienta a conduta na busca da realização de determinado objetivo. O motivo, por sua vez, é a causa subjetiva que determina a eleição de certa finalidade. A finalidade (ou intenção) é aspecto subjetivo que interessa ao injusto, em seus exames valorativos da caracterização do tipo incriminador e das causas excludentes de ilicitude. O motivo é aspecto que interessa ao juízo de reprovação da culpabilidade. Nesse sentido, fica evidenciado que nem todo o aspecto subjetivo da conduta delitiva é analisado no tipo. A consciência da ilicitude do fato também é aspecto subjetivo que não interessa ao exame da tipicidade, mas, sim, à culpabilidade.

No tipo, a análise do aspecto subjetivo do comportamento delitivo se dá por meio do enquadramento da intenção do sujeito aos conceitos de *dolo* ou *culpa*. A identificação da intenção que orientou o comportamento delitivo é indispensável para a caracterização do tipo penal, que possibilitará a responsabilidade do sujeito. Cada tipo penal incriminador possui um elemento subjetivo (intencional) próprio. Não se pode reconhecer caracterizado um tipo penal sem a constatação de seu respectivo elemento subjetivo. Não se pode, por exemplo, reconhecer um homicídio com dolo de lesão ou um crime de lesão com dolo de homicídio. Não se pode, ainda, caracterizar um crime de dano com dolo de lesão ou um crime de lesão com dolo de dano. Por isso, é o dolo que resolve o possível conflito de normas quando o resultado naturalístico é o mesmo em diversos crimes. No caso de morte da vítima, por exemplo, é o dolo que determina se haverá caracterização do crime de homicídio (art. 121 do CP) ou de lesão corporal seguido de morte (art. 129, § 3º, do CP). Em ambos os casos o resultado natural-objetivo é o mesmo, mas a compreensão quanto à violação da norma jurídica somente é possível pela consideração do elemento subjetivo. Havendo intenção de matar a vítima, caracteriza-se o homicídio. Contudo, se houver a intenção de apenas lesioná-la, caracteriza-se a lesão seguida de morte.

É importante notar que *dolo* e *culpa* são conceitos jurídico-penais que não se confundem com a intenção que lhe serve de objeto para sua valoração. O *dolo* e a *culpa* instrumentalizam valoração jurídica sobre um determinado objeto da realidade natural (*intenção*), mas não se confundem com ele. Em uma expressão simplificada, pode-se dizer que o *dolo* está na cabeça do operador do direito (como parâmetro para suas análises), e a *intenção*, na cabeça do sujeito (como dado da realidade natural).

Os conceitos de *dolo* e *culpa* ainda se prestam a orientar as consequências jurídicas para o fato praticado. O conceito de *dolo* é utilizado para identificar a manifestação subjetiva considerada mais grave, e, consequentemente, aos crimes dolosos são cominadas penas mais severas que aos crimes que ofendem o mesmo bem jurídico de maneira culposa. O conceito de *culpa* refere-se à manifestação

da subjetividade do sujeito considerada menos grave, e, por isso, as penas cominadas aos crimes culposos são menos severas do que as penas cominadas aos crimes dolosos que ofendem o mesmo bem jurídico.

4.3.1 Dolo

A presença do elemento subjetivo *dolo* conduz à caracterização do tipo incriminador doloso, cujo sentido da proibição é de maior gravidade e a intervenção punitiva é mais intensa.

Definição de dolo. O Código Penal não define o que seja *dolo*, como conceito ou categoria jurídica, mas, no inciso I de seu art. 18, estabelece o que seja *crime doloso*. Nos termos do referido dispositivo legal:

> Art. 18. Diz-se o crime:
> *Crime doloso*
> I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

A definição, como todas as simplificações, apresenta uma impropriedade. Ao referir o crime doloso a um *agente*, que quer o resultado ou assume o risco de produzi-lo, parece restringir sua caracterização apenas aos crimes comissivos. Isso não é verdade. Os tipos omissivos, próprios ou impróprios, também apresentam requisitos subjetivos que devem ser satisfeitos sob pena de atipicidade. Em outras palavras, o tipo doloso tanto pode ser comissivo quanto omissivo.

Considerando que nem todos os crimes possuem resultado naturalístico (alteração da realidade natural), o conceito de dolo encontra-se relacionado com a vontade de realizar a conduta proibida que é descrita no tipo incriminador, ou a aceitação de que tal situação venha a ocorrer, a qual produzirá a violação da norma jurídica que lhe é subjacente (*resultado jurídico*). Quando se tratar de crimes materiais (que exigem a produção de um *resultado naturalístico*), a caracterização do dolo exige, ainda, a vontade de produzir o resultado natural ou a aceitação de que tal resultado venha a ocorrer.

A definição legal de crime doloso permite visualizar uma noção para o conceito de *dolo*. Assim, o *dolo* pode ser entendido como o conceito jurídico que define a intenção que é necessária à adequação típica. O dolo não é um elemento descritivo de objetos apreensíveis da realidade naturalística. O dolo não existe na realidade natural: é criação abstrata do gênio humano, que só existe no mundo jurídico e visa a instrumentalizar a interpretação da realidade natural. Dolo é conceito técnico-jurídico que se refere a um dado da realidade natural que é a intenção, e somente pode ser compreendido no contexto normativo do juízo de tipicidade. O *dolo* não é a vontade livre e consciente dirigida a realizar a conduta descrita no tipo penal incriminador. Mas o conceito jurídico considera essa vontade. A vontade (*intenção*) é o objeto ao qual se refere o conceito de *dolo* e satisfaz às exigências subjetivas do tipo doloso. Não se deve confundir o conceito com o objeto ao qual ele se refere. *Dolo* é construção dogmática que só

existe, na qualidade de conceito classificatório, no mundo das construções jurídicas. A vontade ou a intenção de praticar determinado comportamento, por sua vez, é dado da realidade natural. Em uma expressão vulgar, pode-se dizer que o dolo (como conceito) está na cabeça do juiz, enquanto a intenção (como dado da realidade natural) está na cabeça do réu.

Vale observar que nem toda intenção interessa ao Direito Penal. Somente a intenção que se relaciona com a realização da conduta definida como proibida é objeto de interesse para o Direito Penal. O indivíduo manifesta muitas vontades que são absolutamente irrelevantes para o Direito Penal, e, por conseguinte, não se prestam a satisfazer as exigências específicas do tipo doloso de crime.

Teorias do dolo. Para melhor compreender o dolo, necessário se faz conhecer as bases teóricas que lhe dão fundamento: a *teoria da representação*, a *teoria da vontade* e a *teoria do assentimento* (*consentimento*).

Teoria da representação. Para a teoria da representação, o dolo se caracteriza com a simples percepção subjetiva dos fatos que possibilita a compreensão de que o resultado é certo ou provável como decorrência da conduta praticada. Significa que o sujeito possui a consciência dos atos que pratica, bem como de sua significação em um contexto causal e social. Nessa perspectiva, não se exige a vontade de produzir qualquer resultado para caracterizar-se o dolo. Nas palavras de Von Liszt, "dolo é pois a representação da importância do ato voluntário como causa (representação da causalidade)."[47] Essa perspectiva teórica destaca a previsão do agente quanto aos efeitos principais e secundários de sua conduta, mas é manifestamente insuficiente para sustentar a intervenção punitiva. A tipicidade da conduta deve exigir uma relação subjetiva mais densa entre o indivíduo e o resultado. Nos dias atuais, não se aceita que a teoria da representação isoladamente sustente a imputação subjetiva.

Teoria da vontade. Pode-se dizer que a teoria da vontade é a teoria clássica do dolo, e que, para sua caracterização, exige-se a vontade de produzir um resultado. Nessa formulação, já se percebia que o resultado a ser abrangido pela vontade conduzia à violação da lei. Nas palavras de Carrara, o dolo consiste na "intenção mais ou menos perfeita de praticar um ato que se sabe contrário à lei."[48] A representação (compreensão dos acontecimentos) é pressuposto lógico da manifestação de vontade. Só se pode querer o que se conhece. Carrara esclarece, ainda, que "entre os efeitos previstos ou previsíveis por parte do agente, como consequência

---

[47] LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal allemão*, v. I, p. 270. O autor sustenta que o ato é doloso quando o agente o pratica apesar de prever o resultado. Dessa forma, o dolo compreenderia: 1ª) a representação do ato voluntário, mesmo quando este corresponda à ideia de um crime determinado; 2ª) a previsão do resultado, quando este é necessário para a ideia do crime; e 3ª) a representação de que o resultado será efeito do ato voluntário, e este causa do resultado.

[48] CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*, p. 80.

da própria ação, também se compreende o da violação da lei."[49] Deve-se observar, no entanto, que a teoria clássica inseria o dolo no juízo de culpabilidade, ocasião em que também se analisava a consciência da ilicitude do fato.

Teoria do assentimento (consentimento). Essa perspectiva teórica admite que o dolo também possa se caracterizar com a aceitação do sujeito para que a conduta se realize. A teoria do assentimento trabalha com campo de atuação mais amplo que o da vontade para incluir no dolo a concordância do sujeito em relação à produção do resultado. Na verdade, tem-se entendido que consentir com a produção do resultado é uma forma de querê-lo.

O nosso ordenamento jurídico-penal adotou a *teoria da vontade* e a *teoria do assentimento*, posto que o art. 18, I, do Código Penal reza que o dolo se caracteriza no momento em que o agente queira o resultado (*vontade*) ou assuma o risco de produzi-lo (*assentimento*). A *teoria da representação* não foi acolhida como fundamento isolado da caracterização do dolo, mas é pressuposto lógico tanto da *teoria da vontade* como da *teoria do assentimento*. Para que o agente queira um resultado, é necessário que, anteriormente, o tenha representado. Da mesma forma, só se pode consentir com o que se conhece.

O tipo doloso é formulado com base na realização intencional de seu aspecto objetivo. Querer realizar o tipo objetivo exige uma determinada vontade, da mesma forma que aceitar o risco de que tal realização ocorra. As posturas subjetivas de *querer* ou *aceitar* a realização do tipo objetivo tem como pressuposto lógico o conhecimento dos elementos componentes da descrição objetiva do tipo. Somente é possível *querer* ou *aceitar* o que se conhece. A análise do conteúdo do *dolo* indica que o elemento subjetivo do qual nos ocupamos se compõe de um elemento cognoscitivo (ou intelectivo) e outro volitivo.

Elemento cognoscitivo ou intelectivo do dolo. A conduta intencional (ou dolosa) do sujeito pressupõe o conhecimento de todos os aspectos do comportamento, dos meios necessários para sua realização, bem como dos resultados a serem produzidos. Como o *dolo* foi inserido no contexto do juízo de tipicidade, pelo sistema finalista, seu elemento cognoscitivo ficou restrito à representação quanto à objetividade da conduta, quanto aos contornos do resultado naturalístico a ser produzido por esta, bem como quanto à relação de causalidade objetiva entre a conduta e o resultado naturalístico. Em termos subjetivos, conhecimento é representação do fato, é compreensão de que o resultado naturalístico é certo ou provável como decorrência da conduta praticada. O objeto da representação é um comportamento que preenche as exigências objetivas de um tipo penal incriminador. A representação que compõe o dolo, no entanto, é desprovida de qualquer juízo valorativo sobre a ilicitude do fato. A consciência quanto à ilicitude do fato é tema a ser tratado no juízo de culpabilidade – Capítulo 8, subitem 9.2.

[49] CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*, p. 77.

O conhecimento dos aspectos objetivos do fato que o dolo pressupõe é sempre um conhecimento efetivo. A mera possibilidade de conhecimento ou o conhecimento potencial não basta para caracterizar o tipo subjetivo doloso. Seja na perspectiva de *querer* ou de *aceitar* a produção de determinado resultado, sempre é necessário que o indivíduo conheça efetivamente os dados da realidade material que compõem a descrição do comportamento típico. Não é possível *querer* ou *aceitar* o que se poderia conhecer, mas não se conhece.

Como esclarecem Zaffaroni e Pierangeli, a caracterização do *dolo* exige sempre certo grau de atualização do conhecimento efetivo.[50] O conhecimento pode ser atual ou atualizável. O conhecimento atual se verifica quando concentramos a atividade consciente sobre um determinado objeto de observação. O conhecimento é atual quando ocupa no momento a atenção de seu detentor. É atual quando, por exemplo, o condutor do veículo percebe o sinal de trânsito vermelho e decide não parar o veículo. No entanto, é atualizável o conhecimento que se pode trazer para o plano da consciência imediata. Nesse caso, saber que a vítima é pai de muitos filhos, que necessitam de sua assistência, é atualizável se quem realiza o homicídio não estiver pensando nele quando pratica o crime. *O grau de atualização requerido pelo dolo não exige sempre um "pensar nele", isto é, um conhecimento atual, mas também pode ser integrado com alguns conhecimentos atualizáveis.* O conhecimento atualizável, que é pressuposto lógico de um conhecimento atual, é capaz de satisfazer as exigências subjetivas do tipo doloso. Não é necessário que quem realiza o peculato (art. 312 do CP) pense que o objeto que se encontra em sua posse na repartição pública chegou até ele em razão de seu cargo quando o subtraiu, posto que evidentemente *se dá conta disso*. Pensar determinados objetos necessariamente implica saber outros que lhe são inerentes.

O elemento *intelectivo* ou *cognoscitivo* do *dolo* pode ser afetado pela ocorrência de erro. O erro que incide sobre o conhecimento dos elementos objetivos do tipo faz que o indivíduo formule uma falsa representação da realidade. Consequentemente, a orientação subjetiva de seu comportamento deve merecer valoração diferenciada, posto que formulada com base em premissas equivocadas. A errada compreensão da realidade influencia a orientação subjetiva do comportamento, de modo que o indivíduo se comporta como se a representação da realidade fosse acertada. O erro de tipo é causa excludente do dolo, posto que distorce os dados a serem considerados em seu elemento *intelectivo* ou *cognoscitivo*. O erro de tipo é tratado no item 6 deste Capítulo.

Elemento volitivo do dolo. O conceito de dolo adotado em nossa legislação acolhe, ainda, um elemento volitivo consistente em tomada de decisão ante as possibilidades fáticas de atuação. A intenção de praticar a conduta descrita no

[50] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, p. 484-485.

tipo, bem como a postura subjetiva de assumir os riscos de que esta se realize, decorrem da deliberação do sujeito.

Espécies de dolo. Com base no art. 18, I, do Código Penal, a doutrina estabeleceu uma classificação que distingue o *dolo* da seguinte forma:

Dolo direto. É expresso na fórmula legal de *querer o resultado*. A caracterização do dolo direto se faz mediante a vontade livre e consciente que se dirige diretamente para a realização da conduta descrita no tipo objetivo.

Dolo eventual. Encontra expressão na fórmula legal de *assumir o risco de produzir o resultado*. O dolo eventual não possui como conteúdo uma intencionalidade com direcionamento preciso ou determinado no sentido da realização da conduta descrita no tipo penal. No entanto, o dolo eventual permite caracterizar o tipo subjetivo com a intenção de realizar conduta perigosa que pode acabar se adequando ao descrito no tipo penal incriminador. A doutrina expressa a postura subjetiva de quem realiza o fato na antiga fórmula de Reinhard Frank: "seja o que for, der no que der, em qualquer caso eu não deixo de agir".

Nos termos do Código Penal em vigor, também se pode entender caracterizado o dolo eventual nas situações em que o sujeito demonstra postura subjetiva alternativa (*dolo alternativo* na expressão de Welzel).[51] Nesses casos, o aspecto volitivo pode ser alternativo em relação ao resultado naturalístico produzido pela conduta ou em relação à pessoa contra a qual o crime é praticado. A primeira situação caracteriza alternatividade objetiva, para a qual pode-se citar o exemplo daquele que desfere facadas na vítima com a intenção de ferir ou matar. A segunda caracteriza alternatividade subjetiva, sendo exemplo a hipótese daquele que, a certa distância, efetua disparos de arma de fogo contra duas pessoas, querendo matar uma ou outra. Nesse caso, o dolo não se apresenta alternativo quanto ao resultado morte, mas quanto ao agente passivo da prática delitiva. Todos esses casos, na prática, são resolvidos segundo a fórmula de *assumir o risco de produzir* qualquer dos resultados naturalísticos ou atingir todas as pessoas.

Dolo de dano e *dolo de perigo*. A doutrina ainda classifica o dolo conforme seja o tipo relacionado com o dano ou perigo ao bem jurídico. Nesse sentido, cabe, mais uma vez, ressaltar que o modelo comportamental proibido previsto no tipo pode, ou não, descrever um resultado no mundo naturalístico. Quando existe um dano ao bem jurídico como resultado naturalístico, pode-se falar em *dolo de dano*. Todavia, quando o tipo penal prevê apenas a realização de situação de perigo ao bem jurídico, podemos nos referir ao *dolo de perigo*. Vale observar, contudo, que todo e qualquer crime sempre importa na ocorrência do resultado jurídico de violação à norma.

Dolo genérico e *dolo específico*. Muitas vezes, os tipos penais contêm referências explícitas e específicas sobre a finalidade do agente na conduta criminosa. A doutrina tradicional entendeu, assim, que existia, ao lado do elemento subjetivo comum – o dolo, dito *genérico*, de praticar o fato descrito na lei – um outro, o qual denominou *dolo específico* ou *especial fim de agir* e que se consubstancia na intenção explicitamente descrita no tipo.[52] O dolo seria específico porque o legislador definiu expressamente qual intenção do agente satisfaz as exigências subjetivas de determinado tipo. De qualquer forma, esses elementos subjetivos especiais conformam o tipo subjetivo doloso. A norma jurídica que pretende estimular o comportamento individual por meio do tipo incriminador expressa uma restrição ao elemento intencional do sujeito. Somente interessa ao tipo penal a realização objetiva da conduta se orientada por determinada finalidade. Não havendo finalidade, o fato será atípico. Por isso, segundo a doutrina finalista, não existe distinção entre dolo genérico e específico, sendo o dolo único, conforme consideração jurídica sobre a vontade que motivou o sujeito. Como exemplos de elementos subjetivos especialmente descritos no tipo, pode-se citar as referências contidas no Código Penal, em seu art. 130, § 1º – "se é intenção do agente transmitir a moléstia"; art. 131, *caput* – "com o fim de transmitir a outrem a moléstia grave"; art. 134, *caput* – "para ocultar desonra própria"; art. 155, *caput*; art. 156, *caput*; e art. 157, *caput* – "para si ou para outrem" etc.

Dolo geral. Para superar as dificuldades de imputação subjetiva, quando ocorre erro do sujeito quanto ao processo causal material que produziu o resultado lesivo, a doutrina concebeu a noção de dolo geral. O exemplo clássico que explica a necessidade prática de trabalhar um dolo geral retrata o sujeito que causa um resultado lesivo acreditando equivocadamente que já o havia produzido: o agente **A** efetua disparo de arma de fogo contra a vítima **B** e, acreditando em sua morte, lança o corpo no rio para ocultar o crime. Não morrendo em decorrência dos disparos, a vítima vem, posteriormente, a falecer por afogamento.

A rigor, o exemplo caracteriza dois fatos distintos que podem ser tipificados como tentativa de homicídio (disparos de arma) e homicídio culposo (lançamento no rio). A narrativa descreve duas condutas efetivamente autônomas, que podem até ocorrer em momentos muito distantes no tempo. A aplicação fiel da teoria do delito levaria a concluir pela caracterização de dois tipos incriminadores distintos, em concurso material.

As críticas formuladas a essa solução se fundamentam na dificuldade de aceitar que a morte por afogamento decorre de inobservância ao dever de cuidado. Pode-se dizer que a falta de cuidado não se verificou no momento da produção da morte por afogamento, mas sim na execução do ataque a tiros. Considerando o processo causal material como unitário e que havia a intenção de produzir a morte, a qual, posteriormente, veio a ocorrer, construiu-se a noção de dolo geral.

A perspectiva de um Direito Penal garantista, no entanto, é incompatível com a utilização de um dolo geral que imponha solução prática desfavorável ao

---

[51] WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 105.

[52] NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 1, p. 147-148.

réu e que não esteja prevista expressamente na lei. Qualquer alteração das regras de imputação subjetiva devem vir expressas na lei, como acontece com as alterações das regras da imputação objetiva (veja-se o art. 73 do CP). A dificuldade de explicar a falta de cuidado que suaviza a punição para produção da morte por afogamento é obstáculo apenas para o discurso legitimador da punição exasperada. Pode-se, perfeitamente, dizer que a conduta de arremessar o corpo ao rio não visava produzir a morte, mas deixou de verificar previamente a existência da vida.

Tipos dolosos como regra. Os tipos penais dolosos constituem a regra para as descrições comportamentais proibidas. Conforme o parágrafo único do art. 18 do Código Penal, "salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente". A norma geral esclarece que, se não houver ressalva, a descrição do modelo comportamental proibido encontra suporte no elemento subjetivo doloso. A caracterização do tipo culposo é excepcional e depende de expressa previsão legal.

Normalmente, a previsão legal para o crime culposo é muito clara. Veja o exemplo do homicídio: a figura fundamental está prevista no *caput* do art. 121 do CP, que assim dispõe: "matar alguém: pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos". A conduta objetiva de matar se orienta pela vontade de matar ou pela assunção do risco de vir a matar. O homicídio culposo, por sua vez, é previsto no art. 121, § 3º, que dispõe: "se o homicídio é culposo: pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos".

No entanto, nem sempre o tipo culposo é ressaltado de forma tão clara. Em alguns tipos penais, o legislador pode deixar de referir-se expressamente ao fato culposo, mas a natureza de tal delito deve ser percebida pela redação típica. É o caso dos tipos em que o legislador utiliza a expressão *sabe ou deveria saber*, quando restam dúvidas quanto à previsão de um delito culposo. Isso acontece com o art. 316, § 1º, do CP, que prevê o crime de excesso de exação e está expresso da seguinte maneira:

> **Art. 316.** (...)
>
> § 1º Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza:
>
> Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

A expressão *sabe ou deveria saber,* utilizada na descrição típica, tem provocado muitas dúvidas nos operadores do direito. No art. 316 do CP, o requisito de que o sujeito *saiba* que o tributo ou contribuição social seja indevido indica a prática do fato por dolo direto. O sujeito sabe que a exigência é indevida e, mesmo assim, faz tal exigência. A violação da norma se dá de maneira direta, com o sujeito tendo pleno conhecimento de que sua conduta é inadequada. Já no caso em que o agente não sabe ser indevida a exigência, duas situações podem ocorrer: a) ele aceita a possibilidade de a exigência ser indevida e pratica a conduta; e b) ele não aceita a possibilidade de a exigência ser indevida e pratica a

conduta, acreditando sinceramente que o tributo ou a contribuição são devidos. No primeiro caso, pode-se pensar em dolo eventual. Mas, se o tipo exige que o sujeito saiba ser indevida a exigência, não é possível caracterizar-se o tipo quando ele não sabe. Aceitar que seja indevida não é a mesma coisa que saber ser indevida. No entanto, se o tipo apresenta a alternativa de caracterização quando o sujeito *deveria saber* que a exigência era indevida, resta a dúvida. É o caso de caracterização do tipo por dolo eventual ou por culpa? Cezar Roberto Bitencourt entende não ser o caso de caracterização típica por culpa.[53] Contudo, *dever saber* que a exigência é indevida não é a mesma coisa que aceitar que a exigência seja indevida. Ao mencionar o *dever saber*, o tipo evidencia a necessária existência do dever de informação e da possibilidade do sujeito observá-lo. *Dever saber* significa que o sujeito tinha condições de saber, mas não sabia. Ter o dever de saber e não saber significa que o sujeito deixou de se informar sobre o que deveria ter se informado. Novamente, duas opções se apresentam: a) o sujeito deliberadamente optou por não se informar, o que permite a ocorrência do dolo eventual (aceitou que a informação a ser obtida indicasse a inadequação da exigência); e b) o sujeito descuidou-se e não se informou adequadamente sobre o que deveria se informar, possibilitando o reconhecimento da tipicidade subjetiva culposa. Dessa forma, a expressão *deveria saber* permite a satisfação do tipo subjetivo tanto por dolo eventual como por culpa. Havendo previsão de cominação idêntica para a realização dolosa e culposa do comportamento previsto no tipo, o operador do direito deve graduar a pena de modo que a reprovação do delito doloso seja mais grave do que a do culposo.

4.3.2 Culpa

A presença do elemento subjetivo *culpa* conduz à caracterização do tipo incriminador culposo, cujo sentido da proibição é de menor gravidade e a intervenção punitiva é menos intensa que a pertinente ao tipo doloso que trate de ofensa ao mesmo bem jurídico.

Por influência da obra de Welzel, que tratou do tipo subjetivo apenas na seção relativa ao injusto dos delitos dolosos,[54] a doutrina não costuma considerar a culpa como elemento subjetivo do tipo.[55] É comum ensinar que a culpa é elemento normativo que não permite caracterizar um tipo subjetivo para o crime culposo.[56] Nesse sentido, Juarez Tavares entende não ser recomendável distinguir um tipo subjetivo nos crimes culposos, sustentando que a relevância da conduta

---

[53] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 5, p. 105.

[54] WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 94-116.

[55] Nesse sentido: ROXIN, Claus. *Derecho penal*, p. 307; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*, v. 1, p. 433-434; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 1, p. 192.

[56] COSTA JUNIOR, Heitor. *Teoria dos delitos culposos*, p. 69; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 1, p. 192.

decorre de puro juízo objetivo sobre a concreta violação do dever de cuidado e a voluntariedade da realização da conduta não guarda congruência com a produção do resultado lesivo.[57] No entanto, a lição não me parece correta.

Zaffaroni e Pierangeli esclarecem que "se a conduta não é concebida sem vontade, e não se concebe a vontade sem finalidade, a conduta que individualiza o tipo culposo terá uma finalidade, da mesma forma que a que individualiza o tipo doloso."[58] Isso significa que o tipo subjetivo abrange o dolo, a culpa e todos os aspectos subjetivos do comportamento que interessem à caracterização da conduta descrita no tipo.[59] Todo e qualquer tipo incriminador pressupõe a realização de uma ação ou omissão voluntária; o que distingue o tipo doloso do culposo é que, neste último, o sujeito não deseja o resultado lesivo – orienta sua conduta para não produzi-lo. Da mesma forma que o sujeito de conduta dolosa, o sujeito de conduta culposa orienta sua conduta por uma finalidade, e tal finalidade é necessária para satisfazer as exigências do tipo culposo. Não resta dúvida de que para a caracterização do tipo culposo é essencial constatar no sujeito a intenção de não produzir o resultado lesivo. O elemento subjetivo que orienta a conduta no sentido de alcançar determinado resultado lesivo tem a mesma natureza que o elemento que orienta a não produzir tal resultado. Portanto, não se pode dizer que o elemento subjetivo da conduta seja apenas a intenção de fazer algo. É também a intenção de não fazer.

A *culpa*, da mesma forma que o *dolo*, é conceito jurídico-penal que se presta a identificar a postura psíquica do causador da violação à norma jurídica. A culpa *stricto sensu* não existe na realidade natural, só no contexto normativo-valorativo do tipo penal. Como elemento do tipo, a culpa é elemento normativo que integra o tipo subjetivo. Nesse sentido, Jakobs[60] e Mir Puig[61] asseveram que a parte subjetiva do tipo é sempre constituída pela vontade individual que possibilita a caracterização tanto do dolo como da culpa.

A caracterização do fato culposo pressupõe a satisfação de elementos objetivos, mas prepondera a marca peculiar do elemento intencional-subjetivo. Se, no dolo, o elemento intencional é dirigido para a realização da conduta que viola a norma jurídica (produzindo o resultado naturalístico, quando for o caso), na culpa, a intenção do sujeito não é produzir o resultado lesivo. Objetivamente, as condutas dolosas e culposas podem produzir as mesmas manifestações exteriores.

---

[57] TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*, p. 278-279.

[58] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, p. 508.

[59] Nesse sentido: MESTIERI, João. *Manual de direito penal*, p. 131.

[60] JAKOBS, Günther. *Derecho penal*, p. 223. É de se observar que Jakobs dedica todo um capítulo de sua obra – Apartado 9 (p. 378-402) – para tratar das particularidades da realização do tipo mediante ação – o tipo subjetivo como imprudência e como combinação dolo-imprudência.

[61] MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*, p. 197.

Tratando-se de homicídio, em qualquer caso ocorrerá a morte da vítima. Mas é a intenção que orienta a conduta do infrator da norma que confere relevância jurídico-penal ao fato. Querer matar a vítima é mais grave do que querer praticar uma ação descuidada, sem a intenção de matar qualquer pessoa.

Assim, a conformação do tipo subjetivo em duas modalidades alternativas, tipo doloso e tipo culposo, presta-se a orientar a carga de reprovação jurídica dirigida ao fato punível.[62] Caracterizada a conformação do tipo doloso, a reprovação será mais grave. Todavia, se satisfeitas as exigências do tipo culposo, a reprovação jurídica dar-se-á com menor intensidade do que a reservada ao fato doloso.

Definição de culpa. O Código Penal também não define o que seja *culpa*, como conceito ou categoria jurídica, mas no inciso II de seu art. 18 estabelece o que seja *crime culposo*. Nos termos do referido dispositivo legal:

> **Art. 18.** Diz-se o crime:
> *Crime culposo*
> II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Manifestações exteriores da culpa. A previsão legal do *crime culposo* restringe-se a estabelecer uma relação causal entre a violação do bem jurídico e a realização de condutas objetivas que são qualificadas pelas noções tradicionais de *imprudência*, *negligência*, *imperícia*.

Por *imprudência* entende-se a conduta comissiva (ação) que retrata uma manifestação exterior da postura subjetiva de incontinência diante dos deveres objetivos de cuidado. Em outras palavras, significa a *afoiteza*, a *precipitação* do indivíduo que o leva a produzir o resultado lesivo. Veja-se os exemplos do avanço de um sinal luminoso, de uma ultrapassagem indevida ou do excesso de velocidade quando da condução de veículos automotores.

Por *negligência* entende-se a conduta omissiva que retrata uma manifestação exterior da postura subjetiva de descumprimento dos deveres objetivos de cuidado. Ao contrário da imprudência, a negligência significa a omissão do agente quanto aos atos de cuidado que deveria praticar. Por exemplos de negligência temos a não realização de revisão nos equipamentos e a ausência de troca de pneus *carecas* do veículo.

Por *imperícia* entende-se a conduta, comissiva ou omissiva, que retrata uma manifestação exterior da postura subjetiva de desatenção aos deveres objetivos de cuidado próprios à prática de determinada atividade profissional. A imperícia pressupõe um comportamento inserido no exercício da atividade profissional. Como exemplo temos os erros médicos, os erros na condução de aeronaves etc.

É fácil constatar que as noções tradicionais não identificam o conteúdo material da culpa e ainda possibilitam confusão no equacionamento de diversas

---

[62] Nesse sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, J. Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, p. 517.

situações corriqueiras do cotidiano. Veja o exemplo do motorista de táxi que passa um sinal de trânsito fechado e atropela um transeunte, causando-lhe lesões corporais. Pode-se explicar o evento identificando a ocorrência de *imprudência* (porque o motorista *avançou* o sinal), de *negligência* (porque o motorista *deixou de parar* no sinal fechado) ou *imperícia* (porque o motorista *é profissional* que trabalha na condução de veículos e deve respeitar as regras de trânsito). O exemplo basta para concluir que as expressões tradicionais se referem a uma situação fundamental de inobservância do dever objetivo de cuidado.

A referência legal evidencia somente o aspecto objetivo do comportamento proibido. Traduzindo em situações concretas da vida de relações sociais, seria o mesmo que dizer que o crime é culposo, quando o condutor do veículo avança um sinal vermelho de trânsito e atropela um pedestre. A narrativa se restringe ao aspecto objetivo do acontecimento.

Com razão, a definição de *crime culposo* do Código Penal recebe severas críticas, uma vez que, ao estabelecer vinculação às expressões *imprudência*, *negligência* e *imperícia*, o legislador induz o intérprete a aplicar a lei sob um ponto de vista exclusivamente causal-mecanicista, ou seja, mediante a restrita utilização dos significados formais dessas expressões. Tal fato impossibilita uma compreensão mais profunda sobre o conteúdo da norma que, efetivamente, possui determinada finalidade protetiva dos bens jurídicos.

Conceito material de culpa. A doutrina sempre encontrou dificuldades para definir a situação em que a punição do sujeito não se fundamenta na vontade dirigida à realização da conduta proibida. A denominação tradicional *culpa* apareceu, inicialmente, no Direito Romano e prestou-se a designar tanto a situação de imputabilidade como a negligência ou a luxúria. Ao lado de outras expressões, como *imprudência*, *negligência*, *imperícia*, *delito involuntário* e *quase delito*, a *culpa* apresenta deficiência designativa para a essência da conduta que, não se enquadrando na noção do *dolo*, permite responsabilizar penalmente o seu autor. A dificuldade dessa designação conceitual, em muito, apresenta-se como consequência de uma consideração erroneamente secundária dessa forma de conduta em relação aos fatos dolosos.

Juarez Tavares, pretendendo superar a terminologia causal e adotar uma terminologia de essência para a *culpa*, sustenta que a expressão *negligência* retrata conceito de conteúdo mais adequado para definir a situação em que há a inobservância das cautelas devidas no momento da conduta para evitar-se a lesão ao bem jurídico.[63] Nesse sentido, o festejado professor conceitua a *negligência* como

> forma de conduta humana que se caracteriza pela realização do tipo de um delito, por meio de uma ação perigosa e contrária ao dever de cuidado, materializável em um resultado proibido, previsível e evitável, e cuja culpabilidade se assenta no

[63] TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*, p. 252.

fato de não haver o agente evitado sua realização, apesar de capaz e em condições de fazê-lo.[64]

Para compreender a essência do tipo culposo (*negligente*), é necessário ter em mira seus aspectos fundamentais de omissão a um dever objetivo de cuidado e de previsibilidade que confere capacidade ao sujeito para evitar a lesão ao bem jurídico. Com muita propriedade, o legislador tratou da culpa no Código Penal Militar. Nos termos do inciso II de seu art. 33, o crime é culposo quando

> **Art. 33.** (...)
>
> II - O agente, deixando de empregar a cautela, atenção ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levianamente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo.

O componente subjetivo foi adequadamente ressaltado, de modo a constituir-se verdadeira alternativa, no plano subjetivo, ao fato doloso. Fica claro no referido dispositivo legal que o sujeito inobserva o seu dever objetivo de cuidado por não prever o resultado que poderia prever ou pela crença, *leviana*, de que o resultado previsto não se realizaria ou que poderia ser evitado. Ao contrário da conduta dolosa, em que o agente prevê e persegue o resultado ilícito, o crime culposo caracteriza-se pelo fato de que o resultado ilícito não decorre da vontade do agente. A definição legal ainda alerta para o fato de que a responsabilidade a título de culpa não somente decorre da imprevisão do resultado previsível, mas também da efetiva previsão do resultado, desde que esta se apresente desvinculada da vontade de produzir esse resultado. Desse aspecto surgem as distinções entre a culpa consciente e a inconsciente.

Na *culpa inconsciente*, o resultado lesivo não é previsto pelo agente do fato punível, embora lhe fosse possível essa previsão (previsibilidade). Na *culpa consciente*, por sua vez, o resultado é previsto pelo agente do fato, mas este espera *levianamente* que o resultado não ocorra, ou que poderá evitá-lo. A utilização da expressão *levianamente* no dispositivo do Código Penal Militar é muito apropriada. Tal expressão se presta a esclarecer que a postura psicológica de não aceitação do resultado ilícito, ainda que leviana, não caracteriza o dolo que conduz a uma reprovação mais grave. A culpa traduz postura subjetiva que possibilita a reprovação penal, mas a leviandade do sujeito não autoriza, por si só, a reprovação mais grave que caracteriza o crime doloso.

O fato punível culposo, em casos de maior repercussão social, pode induzir a interpretações equivocadas. Na culpa consciente, o sujeito conhece o risco que envolve a realização da conduta, mas subjetivamente não aceita que essa situação de risco se transforme em resultado lesivo. Conhecer o risco não é a mesma coisa que aceitá-lo, e é muito importante distinguir a culpa consciente do dolo eventual.

[64] TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*, p. 256.

Culpa consciente e dolo eventual. Não se pode confundir a culpa consciente com o dolo eventual. A distinção essencial entre a conduta dolosa e a culposa reside na postura psicológica do sujeito em relação à produção do resultado lesivo. O dolo eventual pressupõe que o agente tenha previsto o resultado e, ainda, que tenha consentido com a sua ocorrência. O dolo eventual caracteriza-se justamente pela postura subjetiva de assumir o risco de que a situação de risco se transforme em resultado lesivo. Na culpa consciente, o autor, embora preveja a possibilidade da ocorrência do resultado lesivo, com este não concorda (não assume o risco de produzi-lo).

A conduta desenvolvida inicialmente pelo sujeito pode ser lícita ou ilícita. A consciência que se atribui à culpa diz respeito à possibilidade de ocorrerem os desdobramentos lesivos da conduta praticada, e não à sua ilicitude. O que importa para a caracterização do crime culposo é o fato de que o sujeito não pretendia realizar nem assumiu o risco de realizar a conduta lesiva ou potencialmente lesiva ao bem jurídico. O crime culposo de lesão corporal, por exemplo, pode se verificar como decorrência da atividade do armeiro que manipula uma arma de fogo que recebeu para consertar. O manuseio da arma, sem dúvidas, é conduta que o sujeito percebe como lícita. O crime culposo de lesão corporal, em outro exemplo, também pode decorrer do deslocamento de veículo automotor em excesso de velocidade. O condutor do veículo, por sua vez, facilmente percebe que sua conduta é ilícita e contrária ao dever de cuidado. Entretanto, em ambos os exemplos, a caracterização do crime culposo só ocorrerá se o sujeito não tiver tido a intenção de produzir o resultado lesivo nem assumido o risco de que tal viesse a acontecer. Se o sujeito tiver consentido com a possível ocorrência do resultado lesivo, caracterizado estará o crime doloso por dolo eventual.

Previsão legal da conduta típica culposa. Nos tipos culposos, a conduta proibida não é definida com precisão, contendo, em regra, somente a identificação da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, que é proibida. O resultado naturalístico proibido tanto pode ser de dano como de perigo ao bem jurídico. Para o primeiro caso, tem-se o exemplo do *homicídio culposo*, previsto no art. 121, § 3º, do Código Penal. Para o segundo, o exemplo do *incêndio culposo*, previsto no art. 250, § 2º, do mesmo diploma legal.

Excepcionalmente, pode o legislador conceber um tipo culposo que não descreva a realização de um resultado naturalístico. É o que acontece com o tipo previsto no parágrafo único do art. 67 da Lei n. 9.605/98, que proíbe a conduta culposa de "conceder o funcionário público licença, autorização ou permissão em desacordo com as normas ambientais, para as atividades, obras ou serviços cuja realização depende de ato autorizativo do Poder Público".

Tendo em vista a referência somente ao resultado naturalístico, os tipos culposos são denominados de *tipos abertos*. A insuficiência da descrição legal para a conduta proibida torna necessário que o juiz complete o sentido da proibição com base no critério do cuidado objetivamente requerido no âmbito das relações sociais. Constatada a produção do resultado naturalístico proibido, cabe ao juiz

avaliar se, no caso concreto, houve, por parte de quem realizou a conduta, a inobservância do dever de cuidado que lhe era exigível.

Dever objetivo de cuidado. O dever de cuidado é elemento objetivo normativo dos tipos culposos e, para a determinação de seu conteúdo, não interessa o cuidado que o sujeito tomou, tampouco que poderia ter tomado. É necessário que o juiz considere qual era o cuidado objetivamente devido no contexto das relações sociais em que o fato ocorreu. A doutrina reconhece que não é o caso de exigir do sujeito um cuidado excessivo para com o bem jurídico, mas sim o que seria devido por um homem razoável e prudente nas mesmas circunstâncias em que se encontrava o sujeito.[65] Se não houver cuidado que possa ser socialmente exigido do sujeito para proteger o bem jurídico, não haverá relação de causalidade entre a conduta e o resultado naturalístico e, consequentemente, não haverá tipicidade.

Na identificação do cuidado objetivo aplicável ao caso concreto, o juiz, inicialmente, deve considerar todas as repercussões da conduta que são objetivamente previsíveis, segundo um juízo de razoabilidade. O sujeito deve ter capacidade para perceber os desdobramentos da conduta que realiza. O critério do razoável indica até que ponto se pode considerar previsíveis ao sujeito os desdobramentos de sua conduta. A razoabilidade deve, portanto, ser o norte que orientará a identificação do cuidado que se pode exigir do sujeito.

Contudo, não se pode entender contrárias ao dever de cuidado todas as condutas que provoquem perigo aos bens jurídicos. A sociedade contemporânea é uma sociedade que desenvolve e permite uma série de condutas arriscadas, e não se pode considerar proibida a conduta só porque envolve certa dose de risco ao bem jurídico. O tipo culposo identifica uma conduta socialmente inadequada. Se for *socialmente adequado* desenvolver a conduta que causou lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, o fato é atípico por impossibilidade de imputação objetiva. O tema da adequação social da conduta será estudado no subitem 6.1 do Capítulo 6.

Previsibilidade objetiva. A intenção de realizar determinada conduta que visa a não produzir o resultado lesivo só é penalmente relevante, de modo a caracterizar um tipo culposo, quando houver previsibilidade quanto à situação de risco e a probabilidade da ocorrência do referido resultado. Previsibilidade é a capacidade de representar com antecedência a provável ocorrência de eventos futuros. Se, na situação concreta, o sujeito não puder prever a situação de risco ao bem jurídico ou a probabilidade de ocorrência do resultado lesivo, sua conduta será atípica, ainda que esteja materialmente vinculada à produção do resultado.[66]

Reconhecer a situação de perigo é um pressuposto lógico e necessário para a realização da conduta cuidadosa. Somente pode-se exigir a realização de condu-

[65] WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 187.
[66] TERRAGNI, Marco Antonio. *El delito culposo*, p. 132-133.

ta cuidadosa daquele que tem condições de perceber o perigo que envolve o bem jurídico. Para verificar se o sujeito poderia reconhecer a situação de perigo, deve-se avaliar as informações especiais disponíveis sobre as peculiaridades do fato. Nesse sentido, são tradicionais os exemplos que ressaltam a proximidade de escola e o horário de saída dos estudantes, nos crimes de trânsito, bem como as características de determinadas substâncias anestésicas, nos casos de erros médicos.

Compreender que a situação de perigo é capaz de produzir um resultado lesivo, da mesma forma, é pressuposto da deliberação do sujeito pela realização da conduta cuidadosa. Não sendo possível ao sujeito identificar relação causal entre a conduta perigosa e o provável resultado lesivo, por que esperar que ele realize a conduta cuidadosa? A exigência de conduta cuidadosa somente se justifica pela capacidade de perceber a probabilidade da ocorrência do resultado. Probabilidade de ocorrência do resultado lesivo não é a mesma coisa que possibilidade. A probabilidade significa situação fática em que as chances de ocorrência do resultado são concretas e significativas. A noção de possibilidade, por sua vez, remete-nos ao plano abstrato da inexistência de impedimentos absolutos. Em tese, ainda que com diminutas chances, pode-se dizer que, em sociedade, quase tudo é possível. Por isso, não se pode trabalhar a previsibilidade direcionada à possibilidade da ocorrência do resultado. A legitimidade de uma intervenção repressiva só se verifica diante de significativas chances de produção do resultado lesivo.

Mas, para a satisfação do tipo subjetivo culposo, basta que o sujeito possa prever a situação de risco produzida por sua conduta e a probabilidade de que o risco se transforme em resultado lesivo. A previsibilidade não se confunde com a previsão. Se a previsibilidade é a capacidade de prever, a previsão é o exercício da capacidade. Assim, para a caracterização do tipo subjetivo culposo, não é necessário que o sujeito tenha efetivamente percebido o perigo e previsto o dano, mas apenas que possua a capacidade para prevê-los.

A possibilidade da caracterização do tipo culposo sem que o sujeito tenha a efetiva representação do perigo e de sua vinculação com o resultado lesivo levou alguns doutrinadores a sustentarem que a previsibilidade não é elemento subjetivo do tipo culposo.[67] Tal entendimento, contudo, não é correto. O elemento subjetivo que interessa ao tipo culposo é a intenção de não produzir o resultado lesivo. Quando o sujeito faz a opção psíquica por orientar sua conduta de modo a não produzir determinados resultados, obrigatoriamente, considera suas representações mentais sobre o contexto objetivo no qual a conduta se verifica. As representações mentais do sujeito situam-se no mesmo plano psíquico que a intenção. Não se pode conceber a formação da intenção a partir do nada. A intenção se forma no contexto de representações do indivíduo, sendo que ele representa até a sua própria intenção. Não há dúvidas de que todos nós temos consciência de nossas intenções, e é justamente essa consciência que nos permite valorá-las como boas ou más.

A doutrina costuma qualificar a previsibilidade pela expressão *objetiva* para indicar a adoção do critério objetivo de sua aferição. Pelo critério objetivo, a aferição da previsibilidade leva em conta a capacidade do homem considerado *médio*, que possui diligência e perspicácia consideradas comuns para a maioria das pessoas.[68] Sendo o tipo penal incriminador um modelo abstrato de conduta proibida, outro não poderia ser o critério de aferição da previsibilidade. A norma jurídica que é subjacente ao tipo dirige-se à generalidade das pessoas, por isso não seria possível utilizar um critério de exigibilidade subjetivo. Importa distinguir a previsibilidade objetiva do tipo e a previsibilidade subjetiva da culpabilidade. A previsibilidade objetiva que se presta a caracterizar o tipo refere-se à possibilidade que todas as pessoas possuem de reconhecer a situação de perigo e a probabilidade de dano que dela decorre. A previsibilidade subjetiva que implica a potencial consciência da culpabilidade refere-se às condições concretas do indivíduo de compreender a ilicitude de seu comportamento e receber a individualizada reprimenda penal.

Não resta dúvida de que o tipo incriminador deve trabalhar com a noção de previsibilidade objetiva. Contudo, é preciso atentar para a necessária consideração do *homem médio* do ambiente social em que vive o réu. Não pode o juiz trabalhar como se ele fosse o padrão de homem médio e exigir de todos os demais que tenham a sua prudência. Em especial no Brasil, onde a maioria da população não tem assegurados os direitos fundamentais, nenhum juiz pode identificar-se com a figura do *homem médio*.

4.3.3 Preterdolo

O Código Penal brasileiro não diz quando o *crime é preterdoloso* ou o que seja *preterdolo*. No entanto, a doutrina e a jurisprudência consagraram as expressões *preterdolo*, *crime preterdoloso* e *crime preterintencional* para designar a combinação dos conceitos de dolo e culpa necessária para caracterizar o tipo subjetivo de alguns crimes.

As expressões sugerem uma mesma ideia, no sentido de que o elemento subjetivo compatível com o conceito de dolo aconteça previamente. Não fica claro a que o dolo deve ser prévio. Certamente, não poderia ser prévio à realização da conduta. O elemento intencional que caracteriza o dolo deve ser observado no mesmo instante em que se realiza a conduta que satisfaz as exigências objetivas do tipo. Todos concordam que o dolo deve ocorrer previamente quando

---

[67] Por todos, veja-se: RIGHI, Esteban. *La imputación subjetiva*, p. 69. O professor da Universidade de Buenos Aires sustenta que a previsibilidade é exigência mínima para a imputação objetiva, restando fora do contexto do tipo subjetivo.

[68] NORONHA, Edgard Magalhães. *Do crime culposo*, p. 72.

houver sua combinação com a culpa para a caracterização do tipo subjetivo. A conduta inicia-se orientada por intenção que se enquadra no conceito de dolo e prossegue produzindo resultado naturalístico não desejado, que pode ser atribuído a título de culpa. Nesse sentido, consagrou-se a assertiva de que o crime preterintencional é aquele em que se verifica o *dolo no antecedente e a culpa no consequente*.

A *preterintencionalidade* acontece quando a conduta criminosa produz desdobramentos materiais que vão além da intenção do sujeito. A conduta, inicialmente, é direcionada pela intenção de produzir determinado resultado lesivo. No curso do processo de execução do crime, porém, as consequências da conduta se multiplicam para produzir resultados não desejados por seu autor. Tais resultados não pretendidos compõem o tipo objetivo e devem encontrar suporte em elemento subjetivo. Pode-se representar a situação de necessária congruência dos aspectos objetivo e subjetivo do tipo preterdoloso da seguinte maneira:

Tipo objetivo _____.

Tipo subjetivo _____|_____.

dolo culpa

Visando impedir a ocorrência de responsabilidade meramente objetiva (pela simples produção do resultado naturalístico), o art. 19 do CP dispõe expressamente que: "pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente". Isso significa que o resultado mais grave pode ser produzido por dolo ou por culpa. Mas a apenação pela produção do resultado naturalístico dependerá de que ele esteja amparado por elemento subjetivo. Nos tipos preterdolosos ou preterintencionais, a conduta é orientada por dolo e o resultado mais grave é amparado na culpa.

A ideia do *crime preterdoloso* não é aceita pela doutrina com tranquilidade. Há quem entenda que não pode haver combinação entre dolo e culpa em um mesmo tipo penal incriminador, pois não se pode aceitar culpa derivada de intenção de produzir resultado ilícito.[69] A crítica esquece que o tipo subjetivo é construção abstrata que se refere ao objeto da realidade natural que é a intenção. A noção de *preterdolo* foi construída para explicar as situações em que o sujeito orienta sua conduta pela intenção de produzir um determinado resultado e não produzir outro, que acaba por acontecer devido à sua conduta descuidada. Essa manifestação psíquica é perfeitamente possível na realidade fática, e, por isso, a teoria do delito elaborou conceito que a ela se refira.

Na teoria do delito, não há conceito que possibilite caracterizar o tipo subjetivo primeiro com o elemento culpa e posteriormente com o dolo. Em outras palavras, não existe crime *preterculposo*. Quando a conduta é inicialmente descuidada e quem a realiza passa a se orientar pela intenção de produzir outro resultado, ainda mais grave, deve-se reconhecer a ocorrência de dois crimes distintos. O primeiro culposo e o segundo doloso.

Cabe, ainda, observar que também não existe o *dolo subsequente*, de modo que não é possível que a aceitação posterior do resultado naturalístico produzido anteriormente caracterize crime doloso. A intenção deve ser analisada no momento da realização do aspecto objetivo da conduta, e não posteriormente. Por isso é que se afirma que tipo subjetivo é congruente ao tipo objetivo.

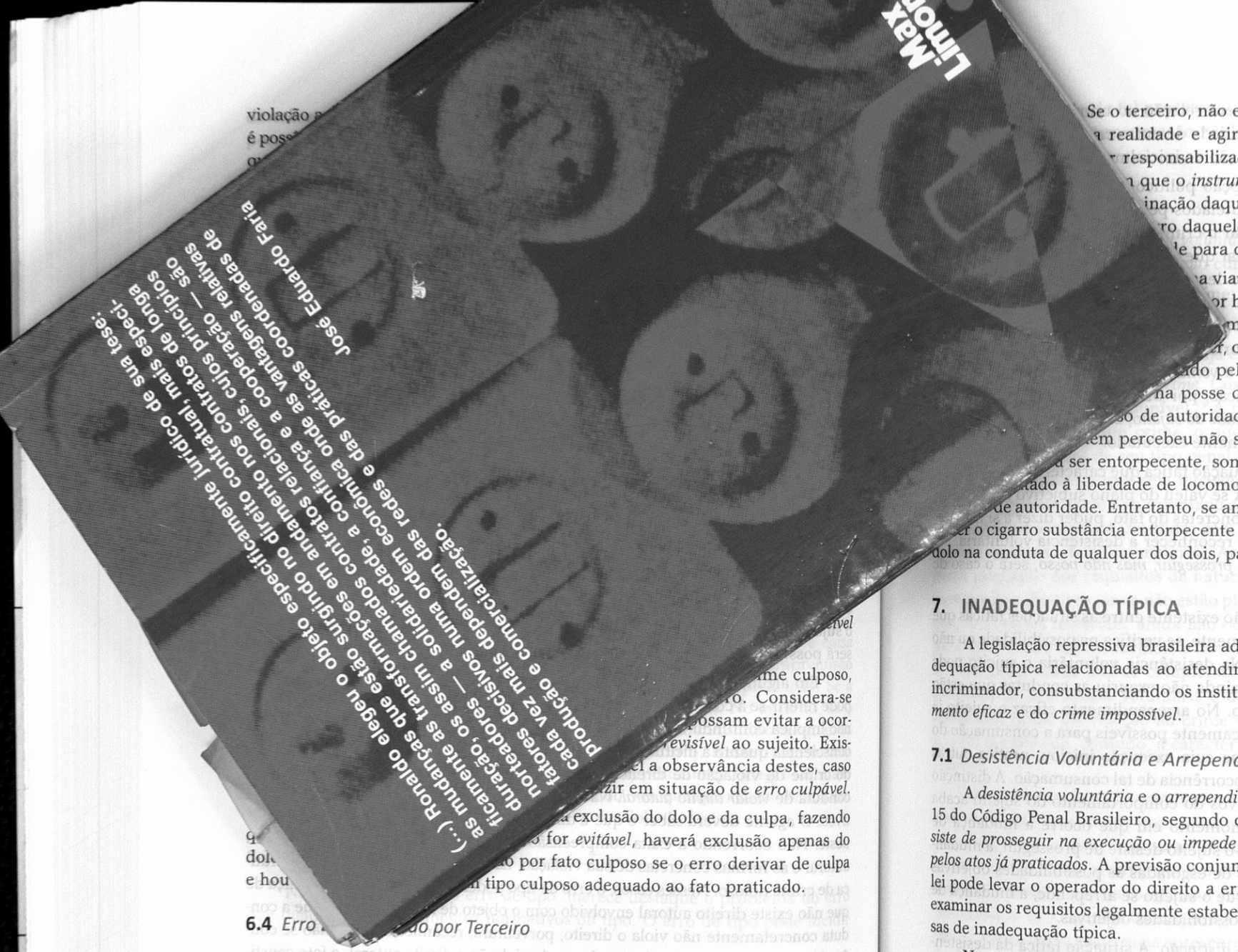
Alguns tipos incriminadores preveem gradação para a cominação de acordo com a gravidade do resultado lesivo produzido pela conduta delitiva. Não se pode confundir, entretanto, os denominados crimes qualificados pelo resultado com os crimes preterdolosos ou preterintencionais. A ocorrência de um resultado lesivo mais grave pode caracterizar um tipo qualificado pelo resultado. Neste caso, há definição de um crime autônomo com cominação de pena própria. É o caso do crime de *latrocínio* (§ 3º do art. 157 do CP) em relação ao crime de *roubo* (art. 157 do CP). O *latrocínio* é crime qualificado que deriva do crime de *roubo* e leva em consideração a produção do resultado morte da vítima. A morte decorrente do processo executivo da subtração que caracteriza o *roubo* desloca a tipicidade do fato para a figura derivada qualificada do *latrocínio*. Mas o *latrocínio* não caracteriza sempre um crime preterintencional. Se o sujeito possui a intenção de subtrair a coisa e também matar o seu proprietário, todos os resultados lesivos são suportados no elemento subjetivo dolo e não se caracteriza o crime preterintencional. O crime é qualificado pelo resultado doloso. Todavia, se o sujeito tiver a intenção de subtrair a coisa e não a de matar o seu proprietário, mas isso vier a acontecer por causa do emprego descuidado da violência, caracteriza-se um *latrocínio* preterdoloso. A descrição típica do latrocínio no Código Penal permite a caracterização de seu tipo subjetivo com o dolo somente ou com dolo no aspecto objetivo antecedente da conduta (subtração) e culpa no consequente (morte).

O tipo incriminador do latrocínio no Código Penal desafia superar uma dificuldade. Havendo apenas uma cominação de pena, o operador do direito deve materializar reprovação mínima mais intensa para o latrocínio cujo resultado morte tenha sido produzido dolosamente pelo sujeito. Melhor andou o legislador ao prever o *latrocínio* no Código Penal Militar, que, em seu art. 242, estabelece aumento de pena do *roubo* para o caso de produção culposa da morte (§ 2º) e crime qualificado pelo resultado, se houver a produção dolosa da morte (§ 3º).

5. ADEQUAÇÃO TÍPICA

O tipo penal incriminador não traduz uma descrição completa e abrangente de todas as características do fato concreto, mas apenas dos aspectos que são relevantes para o Direito Penal. O tipo descreve as características essenciais do fato punível e não se confunde com o fato concreto, que poderá ser considerado criminoso. O fato concreto possui particularidades, circunstâncias, que distin-

[69] NORONHA, Edgard Magalhães. *Do crime culposo*, p. 119.



violação a
é poss
q

...ível

...me culposo,
...o. Considera-se
...possam evitar a ocor-
...revisível ao sujeito. Exis-
...el a observância destes, caso
...zir em situação de *erro culpável*.
...a exclusão do dolo e da culpa, fazendo
q... for *evitável*, haverá exclusão apenas do
dol... por fato culposo se o erro derivar de culpa
e hou... tipo culposo adequado ao fato praticado.

6.4 *Erro ... do por Terceiro*

Quando o *erro de tipo* for determinado por terceira pessoa, conforme dispõe o § 2º do art. 20 do CP, somente responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

Nesse caso, contudo, deve-se fazer uma ressalva. A responsabilidade do terceiro é sempre condicionada ao fato de que este tenha agido com dolo. A lógica da descaracterização típica proporcionada pelo *erro de tipo* é que, ausente o dolo, não se pode fazer a adequação do fato ao modelo de comportamento proi-

Se o terceiro, não estando em erro, levar o sujeito a repre-
...a realidade e agir contra o bem jurídico protegido pela
... responsabilizado por ter agido com dolo. A hipótese
...a que o *instrumento* age sem o dolo exigido pelo tipo,
...inação daquele que o induz ao erro. No entanto, se
...ro daquele que realiza o fato também estiver em
...e para qualquer deles.

...a viatura policial, dois militares fazem ronda
...or hierárquico determina ao outro que pare
...mando um cigarro, alegando tratar-se de
...r, o fumante corre, deixa o cigarro cair pelo
...do pelo policial. Em princípio, considerando
...na posse de substância entorpecente, a detenção
...so de autoridade (art. 3º, *a*, da Lei n. 4.898/65). Se o
...em percebeu não se tratar de substância entorpecente e o
...a ser entorpecente, somente o policial que dolosamente deter-
...ado à liberdade de locomoção do fumante responderá pelo crime
...de autoridade. Entretanto, se ambos os policiais erraram quanto ao fato
...er o cigarro substância entorpecente (*maconha*), não se podendo caracterizar
dolo na conduta de qualquer dos dois, para ambos o fato será *atípico*.

7. INADEQUAÇÃO TÍPICA

A legislação repressiva brasileira admite expressamente três causas de inadequação típica relacionadas ao atendimento dos requisitos objetivos do tipo incriminador, consubstanciando os institutos da *desistência voluntária*, *arrependimento eficaz* e do *crime impossível*.

7.1 *Desistência Voluntária e Arrependimento Eficaz*

A *desistência voluntária* e o *arrependimento eficaz* encontram previsão no art. 15 do Código Penal Brasileiro, segundo o qual *o agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados*. A previsão conjunta dos institutos em um único artigo de lei pode levar o operador do direito a erro, e, por isso, é necessário cuidado ao examinar os requisitos legalmente estabelecidos para o reconhecimento das causas de inadequação típica.

Nos termos da previsão legal, a *desistência voluntária* ocorre quando o sujeito, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução do crime e, com isso, impede a ocorrência da violação da norma subjacente ao tipo do crime que teve a sua fase de execução iniciada. Por outro lado, o *arrependimento eficaz* ocorre quando o sujeito, após ter exaurido o seu comportamento criminoso, voluntariamente, pratica outros atos que acabam por impedir a violação da norma subjacente ao tipo do crime que teve a sua fase de execução iniciada. Em ambos os

casos, verifica-se a inadequação típica em relação ao crime cuja execução foi iniciada, podendo caracterizar-se a tipicidade de outro crime de menor gravidade que se apresente subsidiário em relação ao inicialmente executado.

Os dois institutos decorrem de opção político-criminal que visa impedir lesões mais graves aos bens jurídicos tutelados pelo direito penal, por meio da descaracterização da tentativa de realizar o crime inicialmente executado e que se afigura de maior gravidade. Cabe notar que a previsão constante do art. 15 se concilia perfeitamente com a definição legal estabelecida para o instituto da tentativa. Nos termos do inciso II do art. 14, caracteriza-se o crime tentado *quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente*. A caracterização da tentativa, portanto, exige que a não consumação do crime ocorra por circunstâncias *alheias à vontade do sujeito*. Nos casos de desistência voluntária e arrependimento eficaz, por outro lado, a consumação não ocorre por circunstâncias *próprias à vontade do sujeito*, o que literalmente impede reconhecer a tentativa do crime inicialmente executado.

Para explicar a distinção entre a situação fática que caracteriza a desistência voluntária e a tentativa, Reinhard Frank se valeu do plano subjetivo da conduta. Se o sujeito, diante das circunstâncias concretas do fato, puder dizer a si mesmo: *posso prosseguir, mas não quero*, deve-se reconhecer a desistência voluntária. Se, por outro lado, tiver que admitir: *quero prosseguir, mas não posso*, será o caso de reconhecer a tentativa.[78]

Distinção entre as causas. A distinção existente entre as situações fáticas que caracterizam os dois institutos, objetivamente, se verifica na possibilidade ou não de prosseguir na execução do crime. Na desistência voluntária o sujeito pode prosseguir na execução do crime, pois ainda não exauriu as condutas que estão ao alcance dele para a sua consumação. No arrependimento eficaz o sujeito já exauriu as condutas que a ele eram faticamente possíveis para a consumação do crime e, antes da consumação do crime cuja execução iniciou, pratica outras condutas que efetivamente impedem a ocorrência de tal consumação. A distinção que se faz em relação aos dados objetivos do comportamento do sujeito acaba por revelar distinção em relação ao momento em que ocorre a mudança de orientação subjetiva. Nos casos em que o sujeito desiste de prosseguir, a mudança de orientação subjetiva ocorre antes de esgotadas as possibilidades objetivas de consumar o crime, e nos casos em que o sujeito se arrepende, a mudança de orientação ocorre após esgotadas tais possibilidades objetivas.

Desistência voluntária e tentativa – distinção. A situação fática da desistência voluntária pode apresentar dificuldades para a distinção com a situação caracterizadora da tentativa, pois ambas podem se verificar no curso da realização de um processo executivo do crime. A tentativa também pode se verificar após a realização de tal processo; quando exaurida a conduta faticamente possível ao sujeito, a consumação não se verifica por circunstâncias alheias à sua vontade.

[78] HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 1, t. II, 1978, p. 96.

7.1.1 Requisitos

Os institutos da *desistência voluntária* e do *arrependimento eficaz* possuem em comum a exigência da satisfação cumulativa dos seguintes requisitos:

a) início da execução de um crime;

b) voluntária mudança de orientação subjetiva do sujeito do crime; e

c) não consumação do crime cuja execução foi iniciada.

Início da execução de um crime. Como anteriormente examinado, a prática de atos preparatórios é impunível.[79] A intervenção punitiva exige, ao menos, o início da execução de um crime, o que pressupõe a satisfação dos requisitos objetivos e subjetivos de seu tipo penal incriminador. Para o início da execução do crime é necessário que seja *iniciada* a conduta objetivamente considerada proibida e que tal início seja orientado subjetivamente pela intenção de realizar integralmente a conduta proibida, com a produção do resultado naturalístico, quando for o caso de crime material. Antes da consumação do crime, apesar da plena satisfação dos requisitos de natureza subjetiva, que caracterizam o dolo, os requisitos objetivos ainda não estão plenamente satisfeitos. Isto significa dizer que, nos crimes materiais, ainda não ocorreu o resultado naturalístico exigido pelo tipo ou, nos crimes formais e de mera conduta, o comportamento descrito no tipo penal ainda não se completou. A incidência dos efeitos próprios aos institutos da desistência voluntária e do arrependimento eficaz irá impedir a adequação típica em relação ao crime cuja execução tenha sido iniciada pelo sujeito, permitindo, contudo, a caracterização de outro crime que lhe seja subsidiário.

Voluntária mudança de orientação subjetiva do sujeito do crime. Após iniciada a execução do crime, o que implica na satisfação de seu requisito subjetivo próprio, o sujeito deve mudar a sua orientação subjetiva. O exemplo clássico para a mudança de orientação subjetiva é o caso em que, após iniciada uma agressão tendente a matar a vítima, o agressor passa a não mais perseguir este resultado naturalístico. Isto significa dizer que após iniciada a execução do crime de *homicídio* o sujeito passa a não mais apresentar o dolo de matar. O crime de *homicídio* teve início, mas a solução jurídica para o caso deve levar em conta a possibilidade jurídica de caracterização do crime de *homicídio* tentado. Nas hipóteses de desistência voluntária e arrependimento eficaz haverá a inadequação típica para

[79] Vide item 1.2 do capítulo 16.

o crime de *homicídio*, considerando a impossibilidade de caracterizar a figura em sua forma tentada.

A posterior mudança de orientação subjetiva do sujeito não permite o reconhecimento da desistência voluntária ou do arrependimento eficaz nos crimes culposos, mesmo que, após o início de conduta descuidada, esse passe a orientá-la pela intenção de obedecer aos deveres objetivos de cuidado. Se o descuido não produziu um resultado naturalístico proibido, a conduta inicialmente descuidada é indiferente para o direito penal. Se, por outro lado, o descuido causou a produção de um resultado naturalístico, como a lesão corporal decorrente de acidente de veículos, deve-se observar que, como a conduta inicialmente desenvolvida não visava à produção de qualquer resultado lesivo, não se pode falar em desistência ou arrependimento. O socorro que eventualmente é prestado a vítima de acidentes de trânsito não caracteriza desistência de prosseguir na ação criminosa ou arrependimento por parte de seus causadores, posto que não perseguiam os resultados lesivos produzidos ou outros ainda mais graves que a partir destes podem ocorrer. Não se pode *desistir* de produzir o que nunca se teve a intenção de produzir. Da mesma forma, não é juridicamente possível arrepender-se do que não se pretendeu fazer. Se o causador da lesão corporal não pretendeu produzi-la, não pode se arrepender de tal resultado lesivo, seja no plano subjetivo ou objetivo. Para as lesões já produzidas o Código Penal não admite arrependimento. O arrependimento por não ter praticado anteriormente a conduta cuidadosa não produz qualquer efeito se foi ineficaz para evitar a ocorrência do resultado lesivo. Por outro lado, se o causador das lesões nunca pretendeu que estas viessem a produzir a morte da vítima, não pode arrepender-se de tal possibilidade.

O socorro médico que é capaz de evitar que as lesões corporais produzidas em acidente de trânsito levem a vítima ao óbito, embora produza efeitos diretos na adequação típica da conduta culposa, não permite a caracterização do arrependimento eficaz. O arrependimento é causa de inadequação típica para a tentativa de um crime doloso e nunca de um crime culposo. O crime culposo se caracteriza conforme a produção do resultado lesivo. Se a condução descuidada do veículo produziu lesões corporais na vítima e o socorro médico prestado foi capaz de evitar a sua morte, o crime a reconhecer é o de lesão corporal culposa e nunca o de tentativa de homicídio culposo (que se revela verdadeiro absurdo, por sua contradição intrínseca).

A mudança de orientação subjetiva que orienta a realização de conduta cuidadosa posterior, objetivamente capaz de evitar outros resultados naturalísticos, se mostra diretamente incompatível com a caracterização da culpa necessária ao reconhecimento de outros crimes.

É requisito explícito da previsão legal para os institutos que a mudança de orientação subjetiva seja voluntária. A doutrina faz distinção entre a voluntariedade e a espontaneidade da mudança de postura subjetiva para realçar a desnecessidade de que tal mudança seja espontânea.[80] Espontânea é a mudança de orientação subjetiva que tem origem na iniciativa do próprio sujeito do crime e, nos termos do art. 15 do Código Penal, não constitui requisito para o reconhecimento da desistência voluntária ou do arrependimento eficaz. Para o reconhecimento das causas de inadequação típica basta que a mudança seja voluntária, pouco importando as causas de tal reorientação subjetiva. Seja por iniciativa própria, em atenção à súplica da vítima ou de terceiros, a mudança de orientação subjetiva satisfaz o requisito necessário ao reconhecimento da desistência voluntária ou do arrependimento eficaz.

Não consumação do crime cuja execução foi iniciada. O último requisito a ser satisfeito para o reconhecimento da desistência voluntária ou do arrependimento eficaz exige que a mudança de orientação subjetiva do sujeito tenha produzido alteração de seu comportamento de modo a impedir a consumação do crime. A consumação do crime constitui o limite jurídico para o reconhecimento das causas de inadequação, sendo que até este momento é possível descaracterizar a tipicidade estabelecida para a conduta criminosa iniciada. Se o crime está consumado, não poderá falar em desistência ou arrependimento que seja ainda eficaz. Neste sentido, as duas causas de inadequação típica devem ser eficazes para evitar a consumação do crime. Se o sujeito interrompe a execução do crime, e, mesmo assim, ocorre a consumação, não se pode reconhecer a inadequação típica. É o caso de reconhecer a tipicidade do crime iniciado, em sua forma consumada. Da mesma forma, se o arrependimento do sujeito não conseguir evitar a consumação do crime, será ineficaz e não afastará a incidência da causa de inadequação típica em relação ao crime iniciado, em sua forma consumada.

Considerando os crimes materiais, o exemplo clássico revela que a mudança de orientação subjetiva e do comportamento objetivo do agressor, que inicialmente buscava matar a vítima, consegue evitar sua morte. No caso de desistência voluntária, por exemplo, o agressor evita a morte da vítima ao interromper a sequência de disparos que já realizava. No arrependimento, após efetuar todos os disparos que lhe eram possíveis ou efetuar o disparo que atingiu gravemente a vítima, o agressor a leva ao hospital e o socorro médico que lhe é prestado evita a ocorrência da morte.

As causas de inadequação são igualmente aplicáveis aos crimes formais. Como exemplo de desistência em crime formal, consideremos para o crime previsto no art. 159 do CP a conduta daquele que está conduzindo a vítima de sequestro para o interior de um veículo e resolve soltá-la, em atenção a pedidos feitos por terceiros. O arrependimento pode caracterizar-se, em relação ao mesmo crime, se o sujeito liberta a vítima antes que a privação de sua liberdade perdure por tempo juridicamente relevante. Seria o caso em que a vítima é liberta do porta-malas de um veículo logo após ter sido ali aprisionada.

---

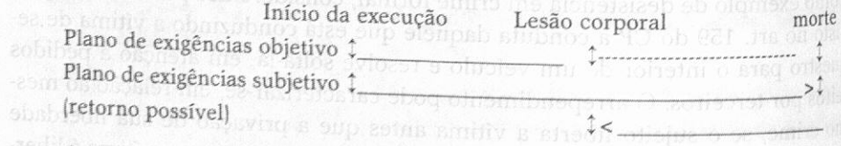
[80] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*, v. 1, p. 266-267.

A desistência voluntária pode ser aplicada em relação aos crimes de mera conduta. No crime de violação de domicílio, previsto no art. 150 do Código Penal, por exemplo, é possível que o sujeito, após ter arrombado a porta de determinada residência, desista de adentrar no local atendendo ao pedido de um seu companheiro. Considerando agora o crime de uso de drogas, previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, deve-se reconhecer a desistência voluntária na conduta do usuário que desiste da compra de certa quantidade da droga, tendo em vista o elevado valor pedido pelo traficante, mesmo possuindo dinheiro suficiente para a aquisição após ter feito proposta de aquisição da droga por valor inferior.

O arrependimento eficaz, no entanto, não é admissível para os crimes de mera conduta. Para a caracterização do arrependimento eficaz é necessário que o sujeito esgote materialmente os meios que a ele são disponíveis para alcançar a consumação do crime, e, por isso, no caso dos crimes de mera conduta, será impossível evitar a consumação do crime. Os tipos penais dos crimes de mera conduta não trazem a previsão de qualquer resultado naturalístico, sendo que a realização da conduta esgota o conteúdo proibitivo da norma que lhe é subjacente. Portanto, se o sujeito realizou toda conduta proibida, já não será mais possível a ele arrepender-se com eficiência.

7.1.2 Responsabilização pelos atos já praticados

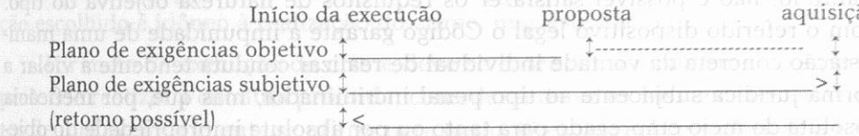
As causas de inadequação típica observam o princípio da necessária correlação entre os planos de exigências objetivas e subjetivas do tipo penal incriminador. A mudança de orientação subjetiva do sujeito somente poderá produzir efeitos na tipificação de sua conduta se e na medida em que puder encontrar o desenvolvimento da conduta objetiva anteriormente à consumação. Em outras palavras, o retorno admitido para a postura psicológica (*ponte de ouro* na expressão clássica de Von Liszt) somente é admissível até o ponto em que se conciliem com as realizações do plano objetivo do tipo. As lesões já proferidas aos bens jurídicos que o direito penal tutela não serão desconsideradas pela ocorrência da mudança de orientação subjetiva. A possibilidade de retorno à orientação subjetiva e a adequação típica podem ser representadas da seguinte forma, no exemplo clássico da desistência de realizar um crime de homicídio que caracteriza o crime de *lesão corporal* consumado e não a tentativa de *homicídio*:



A desistência voluntária e o arrependimento eficaz somente produzirão efeitos de inadequação típica do crime cuja execução tenha sido iniciada se for capaz de evitar a satisfação plena das exigências de natureza objetiva (no caso de crimes materiais, a ocorrência do resultado naturalístico). Se a reorientação subjetiva impedir a ocorrência do resultado lesivo caracterizador do crime cuja

execução tiver sido iniciada, mas não for capaz de impedir a ocorrência de outros resultados lesivos subsidiários e penalmente incriminados, deverá o sujeito ser responsabilizado por eles. Na representação acima, tem-se que, inicialmente, a conduta era objetivamente idônea para produzir a morte da vítima e foi orientada por esta intenção. Posteriormente, a mudança na orientação subjetiva e conduta do sujeito é capaz de evitar o resultado morte. No entanto, o sujeito deve ser responsabilizado pela produção das lesões corporais, pois estas já haviam sido praticadas antes da reorientação do comportamento e não puderam ser evitadas.

A responsabilização pelos atos já praticados, como expressamente prevê o art. 15 do Código Penal, pressupõe a existência de tipicidade para a conduta já realizada. Se não houver tipicidade subsidiária para os atos já realizados, desconsiderando-se a sua vinculação com o fato evitado, não haverá responsabilização. Vejamos agora o exemplo em que o usuário de drogas desiste da compra de certa quantidade da droga, tendo em vista o elevado valor pedido pelo traficante, mesmo possuindo dinheiro suficiente para a aquisição e após ter feito proposta de aquisição da droga por valor inferior.



No exemplo em exame, a conduta proibida pelo art. 28 da Lei n. 11.343/2006 diz respeito à aquisição da droga. A execução do crime tem início com a solicitação de compra da droga pelo usuário ao traficante. A aquisição da droga consuma o crime de mera conduta. A desistência do usuário em adquirir a droga, que possuía dinheiro suficiente para realizar a aquisição, mas entendeu que o preço pedido pelo traficante era elevado, caracteriza situação de desistência voluntária que não permite responsabilização pela prática dos atos já realizados. Não há tipificação para a conduta realizada pelo usuário de solicitar a venda da droga ou mesmo de oferecer proposta para a sua compra. Não se pode falar em atos preparatórios e tampouco em caracterização de crime subsidiário. A inadequação típica para a tentativa de aquisição torna o fato atípico.

7.2 *Crime Impossível*

O *crime impossível* também constitui causa de inadequação típica prevista expressamente no art. 17 do Código Penal. Segundo o referido dispositivo legal, *não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.*

A redação do referido dispositivo legal sugere que o instituto pressupõe o início da tentativa de um crime, que não vem a se consumar por circunstâncias alheias à vontade daquele que a inicia. Por isso, na doutrina, também se denomina o crime impossível de *tentativa inidônea, tentativa inadequada* ou *quase crime*.

A denominação acolhida pelo Código Penal, crime impossível, é manifestamente contraditória com a descrição oferecida ao instituto pelo art. 17. Ora, se o crime é impossível, não se pode iniciar sua tentativa. Com efeito, a rigor, no crime impossível não há o início de execução de um crime. A possibilidade da tentativa é sempre condicionada pela possibilidade concreta de satisfazer os requisitos objetivos e subjetivos da norma incriminadora.

Também, diante da redação do art. 17 do CP, cabe notar que a aplicação do instituto não está restrita aos crimes em que seja possível o reconhecimento da tentativa. Os casos de inadequação típica por impossibilidade de satisfação das exigências objetivas se aplicam a quaisquer previsões incriminadoras, inclusive em relação aos crimes culposos.[81]

Para o direito penal brasileiro não há possibilidade de incriminação se não estiverem satisfeitos todos os requisitos objetivos e subjetivos do tipo penal incriminador. Se forem satisfeitos apenas os requisitos objetivos ou os subjetivos, o fato deve ser considerado atípico. No caso do crime impossível, apesar de o sujeito exteriorizar a sua vontade de realizar o crime e acreditar que poderá realizá-lo, não é possível satisfazer os requisitos de natureza objetiva do tipo. Com o referido dispositivo legal o Código garante a impunidade de uma manifestação concreta da vontade individual de realizar conduta tendente a violar a norma jurídica subjacente ao tipo penal incriminador, mas que, por ineficácia absoluta do meio empregado para tanto ou por absoluta impropriedade do objeto que materializa o bem jurídico, é incapaz de satisfazer tais exigências. Da mesma forma que afirma a inadequação típica nos casos de inidoneidade absoluta do meio ou do objeto, o dispositivo legal permite a adequação ao tipo incriminador quando a inidoneidade for relativa.

A doutrina clássica reconheceu a inidoneidade absoluta apenas nos casos em que o meio empregado, isolada e abstratamente considerado, não pudesse, em nenhum caso, produzir o resultado lesivo. Considerava, por outro lado, a inidoneidade relativa quando o meio empregado não tivesse produzido o resultado por causa das circunstâncias peculiares ao caso concreto. Esta antiga distinção entre inidoneidade absoluta (abstrata) e relativa (concreta) encontra-se cientificamente ultrapassada, porque a adequação deve ser examinada sempre diante das características do caso concreto.[82] O exame sobre a inidoneidade do meio ou do objeto deve ser sempre uma inidoneidade concreta. Por isso, ainda hoje se percebe a necessidade de averiguar, diante das circunstâncias de cada caso concreto, se há ou não a impossibilidade absoluta de satisfazer as exigências objetivas do tipo penal incriminador. Nos casos em que houver a possibilidade de satisfação de tais requisitos, ainda que remota, a inidoneidade do meio deve ser considerada apenas relativa.

---

[81] KALIL, José Arthur di Spirito. *Do crime impossível*, p. 4.

[82] ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal*, p. 349.

Ainda cabe observar que o crime impossível não possui natureza jurídica de causa extintiva de punibilidade, como a redação do art. 17 do CP pode sugerir, mas constitui situação fática ou jurídica que não permite a adequação típica, tendo em vista a impossibilidade concreta de satisfazer as exigências de natureza objetiva do tipo incriminador. O crime impossível constitui, portanto, situação de inadequação típica.

A inadequação típica do crime impossível se verifica quando as exigências objetivas do incriminador não podem ser satisfeitas tendo em vista a ocorrência de qualquer das seguintes situações: a) ineficácia absoluta do meio de execução empregado; e b) impropriedade absoluta do objeto do crime. Examinemos melhor estas situações.

7.2.1 Ineficácia absoluta do meio empregado

A primeira causa que impede a satisfação das exigências objetivas do tipo é a ineficácia absoluta do meio de execução empregado pelo sujeito para a realização da conduta proibida. Em tais casos o sujeito acredita que o meio de execução escolhido é idôneo à realização do crime, mas este não o é.

Por meio de execução do crime deve-se entender o modo como o sujeito pretende realizar a conduta proibida, considerando-se inclusive os instrumentos de que eventualmente se utilize para tanto. O exame sobre a ineficácia não pode restringir a análise aos meios ou instrumentos utilizados pelo sujeito, de maneira isolada, abstratamente, mas, sim, no contexto do modo concreto como o sujeito os emprega.[83] Tal exame deve levar em consideração as características próprias ao crime que se pretende realizar, sendo que em alguns casos a conduta proibida prescinde da utilização de qualquer instrumento, bem como o modo como o sujeito pretende realizar tal crime. Veja o exemplo do crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006) em que o sujeito, pretendendo ofertar a droga para estrangeiros, lhes dirige palavras em cujo idioma não possam compreender o significado da oferta. O meio de execução escolhido pelo sujeito, mostrando-se incapaz de realizar a pretendida oferta, é inidôneo a satisfazer as exigências objetivas do tipo. Em outro exemplo, para a realização do crime, o sujeito utiliza algum instrumento que acabe por se mostrar inidôneo. É o caso do *homicídio* praticado com o emprego de arma de fogo em que o mecanismo da arma esteja danificado a ponto de não efetuar disparos ou a munição empregada não esteja em condições de propiciar a detonação do explosivo que lhe é inerente. A utilização de tal instrumento (arma de fogo) absolutamente inidôneo impede a execução do crime. Nesses casos, tendo em vista o meio de execução escolhido pelo sujeito, a incapacidade de satisfazer os requisitos objetivos do tipo impede a adequação típica.

---

[83] KALIL, José Arthur di Spirito. *Do crime impossível*, p. 72-73.

A ineficácia do meio empregado que impede a adequação típica deve ser absoluta de modo a impedir totalmente a realização objetiva da conduta proibida. Se a ineficácia for relativa, ou seja, se houver alguma possibilidade concreta de realizar a conduta proibida, ainda que uma possibilidade reduzida, não se poderá falar em crime impossível. O crime, por expressa previsão legal, somente deverá ser considerado impossível se não houver nenhuma possibilidade concreta de realização da conduta. Desta forma, retornando aos exemplos supramencionados, se as palavras proferidas pelo traficante puderem, de alguma forma, sugerir o significado da oferta da droga, o crime será possível e haverá adequação típica. Do mesmo modo, se a arma de fogo puder efetuar disparos, ainda que com maior esforço de quem a utiliza, ou existir no tambor do revólver algum projétil capaz de ser disparado pela arma, deve-se reconhecer a possibilidade de realização do *homicídio*.

Para a avaliação da ineficiência absoluta do meio empregado é necessário considerar a situação fática concreta. A diversidade do idioma utilizado pelos interlocutores constitui obstáculo idôneo à compreensão das ideias e ao diálogo. No entanto, é possível que algumas expressões sejam de conhecimento geral e permitam perceber o sentido da *conversa* que se pretende estabelecer. Uma arma de fogo, normalmente, é meio idôneo a produzir a morte de pessoas. Contudo, é necessário avaliar as suas concretas condições de uso e o modo como o sujeito pretendeu utilizá-la.

Não se pode esquecer que um sujeito que inicialmente realiza uma conduta que constitua meio inidôneo de execução do crime pode reorientá-la de modo a conseguir superar o obstáculo verificado. Consideremos novamente os exemplos já mencionados. O traficante que não consegue estabelecer diálogo com os estrangeiros pode socorrer-se de gestos ou do auxílio de terceira pessoa que domine o idioma estrangeiro para prosseguir em seu intento de ofertar a droga. Do mesmo modo, o sujeito que, inicialmente, pretende fazer disparos com uma arma de fogo, após verificar a existência de problemas em seu mecanismo ou munição, pode passar a utilizá-la para dar coronhadas na cabeça da vítima. A arma de fogo que é meio inidôneo para produzir a morte da vítima por disparos passa a ser meio idôneo para produzir tal resultado, por instrumentalizar uma ação contundente. Esses exemplos demonstram que a caracterização do crime impossível depende do exame completo do contexto fático em que a conduta se verificou. O crime somente poderá ser considerado impossível se o contexto fático evidenciar a total impossibilidade de realizar a conduta proibida. Ainda considerando os mesmos exemplos, se o traficante não se utilizar de gestos ou de intérprete para transmitir sua mensagem e se o sujeito não utilizar a arma de fogo para produzir contusões em regiões letais do corpo da vítima.

7.2.2 Impropriedade absoluta do objeto

A impropriedade absoluta do objeto também impede a satisfação das exigências objetivas do tipo penal incriminador e, portanto, a adequação típica. O

art. 17 do Código Penal não faz qualquer distinção entre o objeto jurídico ou material do crime, o que permite certa divergência na doutrina. Alguns doutrinadores sustentam que, no crime impossível, faltaria apenas o objeto material do crime.[84] Outros sustentam que é a falta do objeto jurídico que caracterizaria o crime impossível.[85] O dispositivo legal vincula a caracterização do crime impossível à *impropriedade* do objeto e não à sua falta, também não restringindo a aplicação do instituto aos problemas verificados quanto ao objeto material. Desta forma, a melhor posição parece indicar que a caracterização do crime impossível tanto pode ocorrer diante da impropriedade absoluta do objeto jurídico como do objeto material.

Importa, inicialmente, distinguir tais objetos. A noção de objeto jurídico advém da atividade valorativa que se desenvolve no plano jurídico, enquanto a noção de objeto material decorre de um conceito descritivo próprio ao mundo naturalístico.

Por objeto jurídico deve-se entender o bem (ou interesse) jurídico que é tutelado pela norma penal incriminadora. O bem jurídico é um bem vital da sociedade ou do indivíduo que, por sua significação social, é protegido pela norma jurídica. O significado que o bem possui para a ordem social e o leva a ser juridicamente protegido constitui o seu substrato empírico, de modo que não se pode compreender um bem existencial desvinculado do contexto social que lhe confere valor e, por isso, a proteção jurídica.[86] Neste sentido, pode-se entender que o bem jurídico surge da relação dialética entre determinados aspectos da realidade existencial e a atividade valorativa.[87]

Cabe observar que o objeto (bem) jurídico que importa considerar para a caracterização do crime impossível é apenas aquele que recebe a tutela específica do direito penal. Em outras palavras, é o bem jurídico-penal. A observação se justifica na medida em que o direito penal apresenta um caráter fragmentário[88] que reduz a intervenção punitiva. Nem todo bem jurídico constitui um bem jurídico-penal e a previsão para a inadequação típica somente se refere aos bens tutelados pela norma penal incriminadora.

Considerando a literalidade do disposto no art. 17 do CP, em especial a referência à característica de *impropriedade* do objeto, alguns autores sustentam que o instituto do crime impossível se restringe a tratar da *impropriedade* do

---

[84] LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura jurídica do crime*, p. 26.

[85] VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, p. 231 e 232.

[86] WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 15.

[87] GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*, p. 133.

[88] Sobre o princípio da fragmentariedade vide item 3.3 do Capítulo 2.

objeto material. O objeto jurídico existe ou não, mas não pode ser *impróprio*.[89] O argumento não é correto. Se o tipo incriminador não estabelecer proibição para determinada conduta, visando instituir proteção para algum objeto jurídico, o que parece não ocorrer na prática, seria o caso de se reconhecer a impossibilidade jurídica de tal incriminação. Também pode ocorrer de o legislador estabelecer incriminação para determinada conduta, instituindo como objeto da tutela penal objeto jurídico que seja impróprio à intervenção do direito penal, tendo em vista as limitações de ordem constitucional. A impossibilidade de caracterização do crime não se deve restringir aos obstáculos de natureza material, podendo também fundamentar-se em restrições jurídicas. Neste sentido, se poderá falar em *crime juridicamente impossível*.

Por objeto material do crime deve-se entender a pessoa ou coisa contra a qual se dirige a conduta proibida. A identificação do objeto material do crime deve levar em consideração as características próprias ao crime que se pretende realizar, sendo que, em alguns casos, há crimes sem objeto material. Nos crimes materiais[90], a identificação do objeto é mais fácil ao operador do direito. Como exemplo de objeto de crimes materiais é possível citar o corpo da pessoa humana no crime de *homicídio* e o veículo automotor no crime de *furto*. Para crimes formais, novamente o corpo da pessoa pode constituir exemplo de objeto do crime de *sequestro para fins de extorsão* (que é denominado pelo Código de *extorsão mediante sequestro* – art. 159 do CP) e o terreno alheio no crime de *esbulho possessório* (art. 161, II, do CP). Para os crimes de mera conduta, cabe lembrar da substância entorpecente que constitui o objeto do crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006).

Em alguns casos o objeto jurídico está restrito aos limites físicos do objeto material do crime, como no caso do *homicídio* em que o corpo da pessoa humana encerra-lhe a própria vida ou no caso do *furto* do único bem patrimonial que uma pessoa possua. Em outros casos, como quando o patrimônio pessoal não se reduz a um único bem material, o objeto material representa apenas uma parcela do bem juridicamente protegido. Também pode ocorrer que o crime não possua qualquer objeto material, como ocorre nos casos de injúria proferida por meio de palavras e gestos (art. 140 do CP).

Do mesmo modo como ocorre com a causa de inadequação típica anteriormente examinada, no crime impossível o sujeito acredita que o objeto é idôneo à realização do crime, mas este não o é.

A impropriedade do objeto que impede a adequação típica deve ser absoluta de modo a impedir totalmente a realização objetiva da conduta proibida. Se a impropriedade for relativa, ou seja, se houver alguma possibilidade concreta de

[89] Nesse sentido: KALIL, José Arthur di Spirito. *Do crime impossível*, p.112-113.

[90] Sobre a classificação dos crimes quanto ao momento consumativo, tendo em vista a produção de um resultado material, veja-se o item 4.1 do Capítulo 23.

realizar a conduta proibida, ainda que tal possibilidade se apresente bastante reduzida, não se poderá falar em crime impossível. O crime, por expressa previsão legal, somente deverá ser considerado impossível se não houver nenhuma possibilidade concreta de realização da conduta proibida.

A impropriedade do objeto jurídico que impede a adequação típica deve ser apurada do modelo constitucionalmente estabelecido para a intervenção punitiva. Neste aspecto, é necessário considerar se a previsão legal protetiva do bem jurídico se concilia com as exigências próprias à possibilidade de intervenção punitiva no Estado Democrático de Direito. Se não houver compatibilidade da norma incriminadora com os princípios fundamentais encartados na Constituição da República, a impossibilidade jurídica da incriminação caracterizará o crime (juridicamente) impossível. Com base em tais premissas, por exemplo, seria o caso de reconhecer o crime impossível na previsão legal que estabelecesse tipificação para a conduta de não comparecer a um determinado culto religioso. Considerando que a Constituição garante a liberdade de crença religiosa, a incriminação se apresentaria juridicamente impossível.

Nesta linha de raciocínio, alguns autores sustentam haver inconstitucionalidade substancial na previsão legal de crimes de perigo abstrato (ou presumido), considerando que há violação ao princípio da ofensividade (ou lesividade).[91] Esta posição não é correta, pois parte da premissa equivocada de que nos crimes de perigo abstrato não se apresenta a necessária ofensividade ao bem jurídico. O legislador utiliza a previsão de crimes de perigo abstrato apenas quando se trata de bens jurídicos transindividuais nos quais a comprovação da situação concreta do aumento das chances da ocorrência do resultado lesivo se apresenta impossível. Com base na experiência ordinária proíbe a conduta perigosa ao bem jurídico difuso, posto que não se pode mensurar o perigo a que está submetido. Não se trata de inexistência de bem jurídico ou da impossibilidade de sua ofensa, mas de impossibilidade prática de comprovação da situação concreta de perigo ao bem jurídico. Como provar que o tráfico de vários quilos de cocaína constitui situação fática de perigo à saúde pública? Como provar o perigo que representa a direção de veículo automotor por pessoa que se encontra embriagada? Certamente, a impossibilidade de comprovar a situação de perigo não significa que ele não exista ou não deva ser combatido. No tráfico de drogas, o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora é a saúde pública, e, no crime de dirigir embriagado, é a segurança do trânsito. Nos exemplos citados, apesar de ser evidente a existência de um bem juridicamente protegido pela norma, não se pode comprovar a situação de perigo que a conduta proibida oferece. Por isso, nos crimes de perigo abstrato, o perigo não é elemento do tipo, mas, sim, motivo para que o legislador proíba a conduta presumidamente perigosa.[92] A incriminação dos

[91] Neste sentido: GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*, p.143.

[92] COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*, p. 620-621.

crimes de perigo abstrato é excepcional e se justifica pela necessidade da intervenção penal nos casos em que a tipificação estabelecida segundo o paradigma do perigo concreto for ineficaz para a proteção do bem jurídico.[93] A incriminação é materialmente legítima, pois inexiste qualquer contradição entre essa especial forma típica de incriminação e os princípios fundamentais da Constituição.[94] A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, não havendo que se falar em inobservância aos princípios da ofensividade, intervenção mínima, adequação, necessidade ou proporcionalidade (RE 663675/MG).

No que diz respeito ao objeto material do crime, na doutrina podemos encontrar os clássicos exemplos de sua absoluta impropriedade nos disparos efetuados contra pessoa já morta ou na ingestão de substância abortiva por quem não está grávida. No primeiro exemplo relativo ao crime de *homicídio*, a possibilidade fática de sua realização exige que a pessoa (*alguém* na descrição típica) esteja viva. Não se pode matar quem já está morto, e, no exemplo, um cadáver constitui objeto material absolutamente impróprio à realização do crime a que o sujeito se propõe. Da mesma forma, para o crime de aborto, a ausência de gravidez significa a própria ausência do objeto material que é inerente ao crime contra a vida. A situação fática de ausência do objeto material deve ser considerada como de impropriedade do objeto para fins de caracterização do crime impossível[95], pois o objeto que inexiste é materialmente impróprio à realização objetiva do crime.

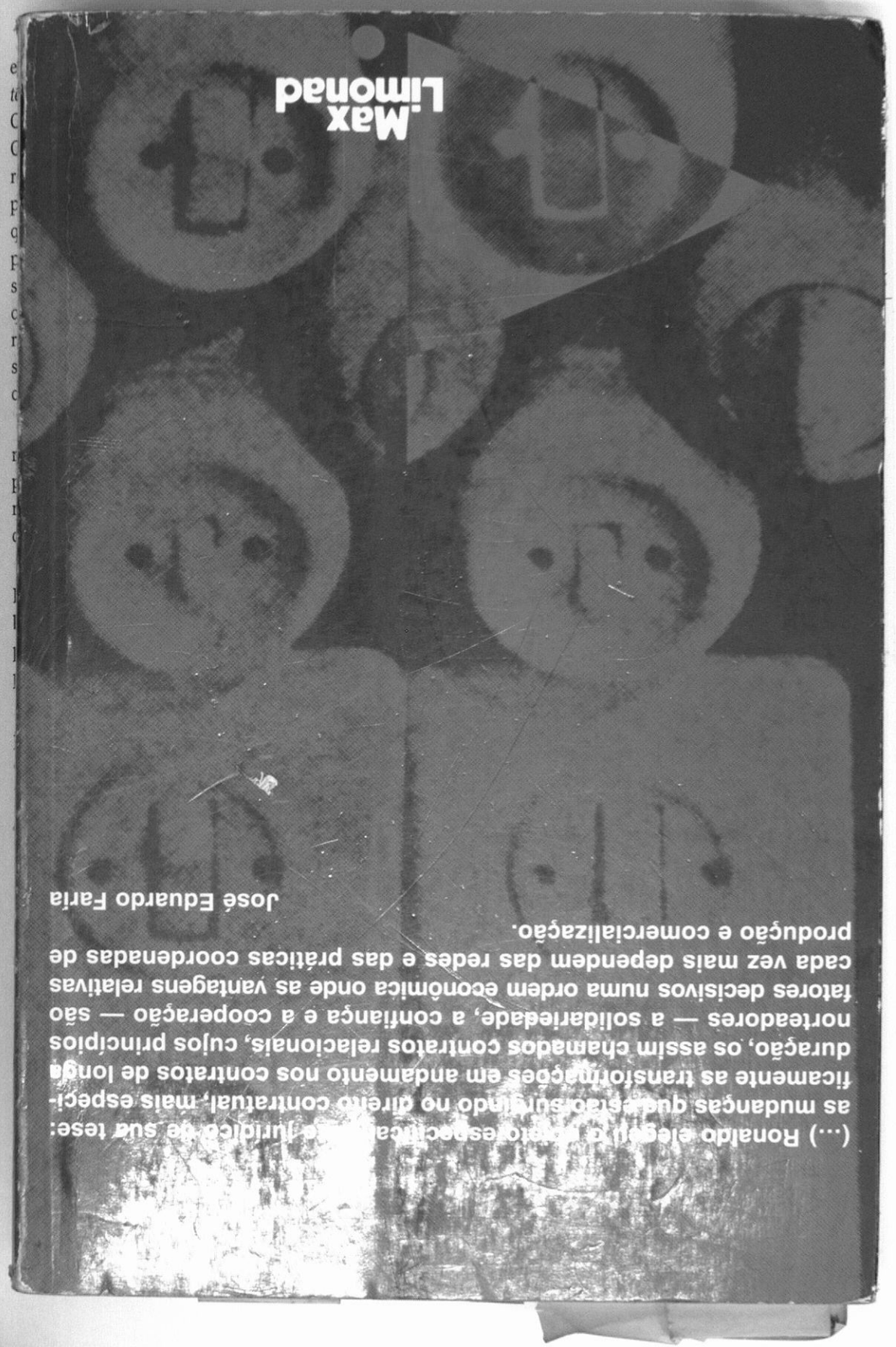
A impropriedade relativa do objeto não caracteriza situação fática que impede a adequação típica. No exemplo em que o sujeito, pretendendo subtrair pertences da vítima, introduz a mão em um dos bolsos de sua calça e não encontra o dinheiro que estava no outro bolso, devem ser considerados o crime como possível e a conduta como punível. Se a vítima não portar qualquer bem patrimonial, será impossível realizar-se o crime pretendido. No entanto, estando o patrimônio em bolso diverso daquele que foi alvo do ataque do sujeito, o objeto do crime se mostra existente e a impropriedade do ataque será apenas relativa, caracterizando a tentativa punível.

7.2.3 Flagrante preparado e flagrante esperado

O instituto do crime impossível adquire relevante repercussão prática nas ações policiais em que se espera o melhor momento para a realização da prisão em flagrante e, em especial, nos casos em que ocorre a infiltração de agentes policiais em organizações criminosas. Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal

---

[93] SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*, p. 127-129.

[94] COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*, p. 656.

[95] KALIL, José Arthur di Spirito. *Do crime impossível*, p. 112.