

Turma e Ano: Master A (2015) – 04/03/2015

Matéria / Aula: Direito Penal / Aula 06

Professor: Marcelo Uzeda de Farias

Monitor: Alexandre Paiol

AULA 06

CONTEÚDO DA AULA: - Teoria do crime – formas de manifestação da conduta

Vamos dar prosseguimento às formas de manifestação da CONDUTA.

Formas de manifestação da conduta (ação ou omissão)

A comissão (positivo) ou omissão (negativo) são comportamentos humanos compreendidos pela ação, ou conduta.

A conduta do agente pode consistir num fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Quando o agente faz alguma coisa que estava proibido, fala-se em crime comissivo; quando deixa de fazer alguma coisa a que estava obrigado, temos um crime omissivo. Os crimes omissivos podem ser: omissivos próprios (ou puros, ou simples) e omissivos impróprios (ou qualificados, ou omissivos por omissão).

Crimes omissivos próprios (ou puros, ou simples) são os que objetivamente são descritos com uma conduta negativa, de não fazer o que a lei determina, consistindo a omissão na transgressão da norma jurídica e não sendo necessário qualquer resultado posterior. Para a existência do crime basta que o autor se omita quando deve agir. Exemplos: omissão de socorro (art. 135 do CP), art. 13 da lei 10.826/2003; art. 244 (abandono material), art. 246 (abandono intelectual), art. 319 (prevaricação (na modalidade de “retardar” ou “deixar de praticar”)) etc.

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

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

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

Lei 10.826/2003

Omissão de cautela

Art. 13. Deixar de observar as cautelas (**omissão culposa**) necessárias para impedir que menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa portadora de deficiência mental se apodere de arma de fogo que esteja sob sua posse ou que seja de sua propriedade:

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorrem o proprietário ou diretor responsável de empresa de segurança e transporte de valores que deixarem de registrar ocorrência policial e de comunicar à Polícia Federal perda, furto, roubo ou outras formas de extravio de arma de fogo, acessório ou munição que estejam sob sua guarda, nas primeiras 24 (vinte quatro) horas depois de ocorrido o fato. (**aqui a omissão é dolosa**)

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: ([Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003](#))

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.

Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Crimes omissivos impróprios (ou comissivos por omissão, ou qualificados) são aqueles em que, para sua configuração, é preciso que o agente possua um dever de agir para evitar o resultado. Esse dever de agir não é atribuído a qualquer pessoa, mas tão-somente àquelas que gozem do status de garantidoras da não-ocorrência do resultado. Somente assumem a posição de garante aquelas pessoas que se amoldem às situações elencadas pelo **§ 2º do art. 13 do Código Penal**. **É chamado de omissivo impróprio porque na verdade não existe um tipo penal omissivo para ele e sim uma norma de extensão que é o art. 13 § 2º do Código Penal que permite responsabilizar o omitente diante de uma situação concreta.**

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

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

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; **(por força de lei).**
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; **(exemplo: contrato – guardião de piscina).**
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. **(exemplo: nadador bisonho em que um amigo o leva para nadar na praia e sabe que o amigo não sabe nadar direito)**

Conduta comissiva - a conduta penalmente relevante pode se manifestar de forma ativa, quando há um movimento qualquer do agente percebido pelo mundo exterior (causalismo) – ação.

O agente direciona sua conduta a uma finalidade ilícita (finalismo).

Conduta omissiva - há uma abstenção de uma atividade que era imposta pela lei ao agente, ou seja, de uma atividade juridicamente exigida.

Assim, a conduta omissiva é uma atitude psicológica e física de não-atendimento da ação esperada, que devia e podia ser praticada (conduta negativa - conceito normativo).

ELEMENTOS QUE INTEGRAM O TIPO

ELEMENTOS OBJETIVOS

(Tipo Objetivo)

têm a finalidade de descrever a ação, o objeto da ação e, em sendo o caso, o resultado, as circunstâncias externas do fato e a pessoa do autor e do sujeito passivo.

ELEMENTOS OBJETIVOS

Elementos descritivos - têm a finalidade de traduzir o tipo penal, isto é, de evidenciar aquilo que pode, com simplicidade ser percebido pelo intérprete. **ex.: matar alguém (art. 121, CP)**

Elementos normativos - são aqueles para cuja compreensão se faz necessário um juízo de valor ético ou jurídico, em virtude do sentido que lhe dá a norma. **ex.: "dignidade e decoro" (art. 140, CP); "sem justa causa" (art. 153, CP).**

ELEMENTOS SUBJETIVOS

Os elementos subjetivos dizem respeito à vontade do agente, ao seu elemento anímico.

O dolo é, por excelência, o elemento subjetivo do tipo. **(a regra é o dolo)**

Considera-se que a culpa é elemento subjetivo do tipo.

Às vezes, ao lado do dolo, existem elementos subjetivos especiais, como intenções ou mesmo motivações excepcionais, que também integram o tipo subjetivo.

É o chamado especial fim de agir.

Ex.: art. 159, CP "**com o fim de obter** qualquer vantagem"

Art. 159 - Sequestrar pessoa **com o fim de obter**, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate.

Fim da aula 06

Material extraclasse – Aula ministrada pela Juíza Federal Ana Paula Vieira de Carvalho no ano de 2014 no curso Master Juris

CONDUTA

O Direito Penal moderno regula fatos, condutas. Ninguém pode ser punido por uma determinada forma de ser (ser bêbado, ser imoral, etc.). Direito Penal do fato vs. Direito Penal do autor (esse não é possível).

Surge, daí, o princípio **nullum crimen sine conducta**. A punição pressupõe a descrição de uma conduta.

O STF reconheceu que a CRFB\88 não recepcionou o artigo 25 da Lei de Contravenção (Lei 3688\41):

Art. 25. Ter alguém em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou **quando conhecido como vadio ou mendigo**, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima:

No mérito, destacou-se que o princípio da ofensividade deveria orientar a aplicação da lei penal, de modo a permitir a aferição do grau de potencial ou efetiva lesão ao bem jurídicoprotetido pela norma. Observou-se que, não obstante a contravenção impugnada ser de mera conduta, exigiria, para a sua configuração, que o agente tivesse sido condenado anteriormente por furto ou roubo; ou que estivesse em liberdade vigiada; ou que fosse **conhecido como vadio ou mendigo**. Assim, salientou-se que o legislador teria se antecipado a possíveis e prováveis resultados lesivos, o que caracterizaria a presente contravenção como uma infração de perigo abstrato. Frisou-se que a LCP fora concebida durante o regime ditatorial e, por isso, o anacronismo do tipo contravencional. Asseverou-se que a condição especial “ser conhecido como vadio ou mendigo”, atribuível ao sujeito ativo, criminalizaria, em verdade, a qualidade pessoal e econômica do agente, e não fatos objetivos que causassem relevante lesão aos bens jurídicos importantes ao meio social. Consignou-se, no ponto, a inadmissão, pelo sistema penal brasileiro, do direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato. No que diz respeito à consideração da vida pregressa do agente como elemento do tipo, afirmou-se o não cabimento da presunção de que determinados sujeitos teriam maior potencialidade de cometer novas infrações penais. Por fim, registrou-se que, sob o enfoque do princípio da proporcionalidade, a norma em questão não se mostraria adequada e necessária, bem como afrontaria o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Os Ministros Teori Zavascki, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello ressaltaram, em acréscimo, que a tipificação em comento contrariaria, também, o princípio da presunção de inocência, danão culpabilidade. RE 583523/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 3.10.2013. (RE-583523) **Informativo 772**.

↑ Deparando-se com um tipo penal que puna uma forma de ser, encampando o Direito Penal do autor, qual é o princípio a ser invocado para impugnação?

Resposta.: Existem duas vias de questionamento. A primeira, acolhida pela Suprema Corte Americana, seria questionar a taxatividade da descrição (princípio da legalidade). A segunda, na tradição do nosso Direito, se o Direito Penal tem como função proteger o bem jurídico de lesões, essas lesões decorrem de condutas concretas, havendo interação entre essa ideia e a ideia de Direito Penal do fato. Pode ser invocado o princípio da lesividade, que tem sede constitucional.

Prosseguindo, o conceito de ação deve ser neutro frente às valorações jurídicas a serem feitas nos estratos seguintes (não se está buscando, ainda, por exemplo, a ação proibida). As ações lícitas também devem caber no conceito que será estudado.

Funções do conceito de ação.

(i) Função de unificação.

Conduta	{	<ul style="list-style-type: none"> • Ação; • Omissão.
----------------	---	---

(ii) Função de fundamentação. O conceito de ação é o substrato ao qual irão aderir as qualidades da tipicidade, ilicitude e tipicidade.

(iii) Função de delimitação. Através do conceito de ação deve ser possível saber o que é uma ação e o que não é (ex.: um ataque epilético não é ação, devendo o conceito de ação trazer essa linha divisória – delimitação).

Obs.: A discussão sobre o conceito de ação, atualmente, se esgotou, pois quer trabalhando com o conceito finalista, quer trabalhando com o conceito pessoal de ação, o resultado será o mesmo. Exemplo: todas as hipóteses de não ação são as mesmas para o causalismo, finalismo, teoria final da ação. A importância prática dessa discussão é pequena. Mas, note-se, isso ainda é objeto de prova.

Teorias da ação.

• Teoria causal.

O conceito de ação causal foi utilizado pelos sistemas clássico e neoclássico de teoria do delito.

Segundo a teoria causal – ou causalista, o conceito de ação era exclusivamente objetivo: processo mecânico de causação de um resultado. As intenções do sujeito eram irrelevantes para o conceito de ação.

Nos sistemas clássico ou neoclássico o dolo e culpa moravam na culpabilidade e o injusto era a ação humana despida de qualquer intenção, que só seria verificada no exame da culpabilidade.

Para a teoria causal a ação é a produção, conduzida pela vontade humana, de uma modificação no mundo exterior.

Obs: Diferencia-se voluntariedade de não finalidade: ação deve ser voluntária, ou seja, comandada pela vontade. Apenas o conteúdo dessa vontade, isto é, o objetivo a ser alcançado (a intenção), é que não faz parte do conceito de ação, mas sim da culpabilidade. Essa ideia foi adotada tanto no sistema clássico quanto no neoclássico.

■ **Crítica.** Havia uma dificuldade grande dessa teoria para atingir a primeira função do conceito de conduta: explicar ação e omissão. Omissão não existe na natureza porque é um juízo de valor, um dever de agir não cumprido (dever é uma valoração).

A omissão para os causalistas seria a contenção dos músculos, mas isso é falho porque a mesma contenção de músculos pode ser uma omissão ou não: se a professora, que tem um dever de agir (dar aula) chega à sala e fica parada e quieta olhando para os alunos, ela estará se omitindo. No entanto, no caso dos alunos que ficam parados e quietos (contendo os músculos) para assistir à aula, não há omissão, na medida em que inexistente direito de agir. Assim, é fácil perceber que a omissão é um juízo de valor que não existe na natureza.

Além de não conseguir explicar a omissão, o conceito de ação na teoria causal não explica a questão da tentativa. Os sistemas clássico e neoclássico não apreciavam intenção e o conceito de ação estuda apenas aspectos objetivos.

■ **Caso:** Um professor pega um revólver e acerta a perna de um aluno. Poderá ser uma lesão corporal ou uma tentativa de homicídio. Isso significa que a intenção é fundamental para que no momento da tipicidade se escolha qual o tipo penal aplicável. Mas, para ser feita essa escolha é preciso conhecer a intenção do agente.

● Teoria Finalista.

Welzel descobriu que todo movimento do corpo está dirigido a uma finalidade (lícitas ou ilícitas), mudando radicalmente o conceito de ação, que passa a ser o exercício de uma atividade final, ou seja, um ato de vontade dirigido a uma finalidade (intenção), manifestado no mundo exterior.

■ **Qual a diferença da finalidade existente em todos os conceitos de ação e do dolo?** Finalidade é o gênero, existindo as lícitas e as ilícitas. A finalidade proibida pelo Direito Penal é o dolo.

Críticas e problemas do conceito de ação finalista:

(i) **Omissão.** Como o conceito é pré-jurídico, ele também não explica a omissão, que é um juízo de valor inexistente na natureza.

Autores com influencia finalista como Zaffaroni e Nilo Batista trazem a seguinte solução: o conceito realmente só explica as ações porque no mundo da vida só existem as ações. No âmbito da tipicidade avalia-se se há ou não o dever de agir e, portanto, se há ou não a omissão.

(ii) **Crimes culposos**. As ações culposas, para os finalistas, também são ações finais, mas a finalidade é lícita ou, pelo menos, estará fora do tipo. Exemplo: em um crime preterdoloso (lesão corporal seguida de morte), existe a intenção ilícita de causar a lesão, mas ela não coincide com a morte. A morte será culposa.

Regra geral: a finalidade é lícita e atípica. Excepcionalmente ela pode ser ilícita (exemplo acima), mas não pode coincidir com o resultado produzido.

Diante da impossibilidade de se explicar a omissão pela teoria finalista, surgiram algumas outras teorias, como a teoria social da ação (que não é mais adotada por ninguém).

• **Teoria Social da ação.**

A teoria social da ação foi trazida por Jescheck e Wessels e aproveita a estrutura finalista. A ideia da teoria social é aproveitar o conceito finalista (atividade dirigida a um fim) e acrescentar a ela um elemento valorativo (juízo de valor) capaz de servir de elo entre ação ou omissão.

Referido elemento valorativo acrescentado foi a **relevância social da conduta**. Socialmente relevante é o comportamento que impacta o outro, fazendo parte do interagir das pessoas (dar uma aula é socialmente relevante; escovar os dentes não é).

Esse conceito da teoria social da ação pretende explicar omissões pré-típicas, ou seja, antes do juízo de tipicidade. Essas omissões seriam aquelas que importem na não realização de ações esperadas socialmente, mas que não são proibidas pelo Direito Penal. Assim, haveria uma omissão pré-típica quando deixamos de cumprimentar um amigo em uma determinada situação social, pois se trata de um comportamento que impacta terceiros e viola uma expectativa social. Nesse caso, haveria uma omissão, muito embora, na segunda etapa da estrutura do delito (a tipicidade) percebamos que ela é atípica.