

REPENSANDO A ESTRUTURA E ORGANIZAÇÃO DA TEORIA DO DELITO

Davi Castro Silva*

RESUMO

O presente artigo propõe uma revisão da Teoria do Delito, tendo como idéias fulcrais a desatenção a Teoria do Fato Jurídico – cuja Teoria do Delito é espécie – e a desnecessidade de uma configuração do delito em três degraus (tipicidade, ilicitude e culpabilidade). Assim, partindo da Teoria do Fato Jurídico, busca-se uma reorganização da estrutura do delito, bem como dos elementos nela contidos. Primeiramente destaca-se que o delito é um fato jurídico, ou seja, é composto por um fato (mais especificamente um ato) e uma valoração jurídica sobre ele incidente (caracterizando-o com ilícito). A partir desta constatação, realiza-se a divisão do delito em dois planos: o fático e o valorativo. No primeiro plano, analisam-se os elementos fáticos que compõem a estrutura básica do delito: *indivíduo*; *fato-próximo* e *psique* (o fato-remoto sob ingerência psíquica forma a conduta); e *fato-remoto* (resultado). Já no segundo plano, destacam-se os institutos jurídicos criados a partir da valoração de cada elemento fático: *imputabilidade* (indivíduo); *desvalor subjetivo* (psique); *desvalor da ação* (fato-remoto); *desvalor do resultado* (fato-remoto). Por fim, é apontado o caráter externo ao delito de algumas das causas de exclusão da ilicitude e culpabilidade, em verdade figurando como normas que impedem a configuração jurídica de certos atos como ilícitos (*normas pré-excludentes de juridicização*).

PALAVRAS-CHAVES: TEORIA DO FATO JURÍDICO; TEORIA DO DELITO; TIPICIDADE; ILICITUDE; CULPABILIDADE.

RESUMÉN

El presente artículo propone una revisión de la Teoría del Delito, teniendo como ideas fulcrales la desatención a la Teoría del Acto Jurídico – cuya Teoría del Delito es especie – y la desnecesidad de una configuración del delito en tres eslabones (tipicidad, ilicitud y culpabilidad). De esta manera, partiendo de la Teoría del Acto Jurídico, se busca una

* Professor de Direito Penal da Faculdade Social/BA. Professor-monitor do Curso Juspodivm..

reorganización de la estructura del delito, y también de los elementos en ella contenidos. Primeramente se destaca que el delito es un hecho jurídico, o sea, es compuesto por un hecho (más específicamente un acto) y una valoración jurídica incidente sobre el (caracterizándolo como ilícito). A partir de esta constatación se realiza la división del delito en dos planes: lo fáctico y lo valorativo. En el primer plan, se analizan los elementos que componen la estructura básica del delito: *individuo*; *hecho-proximo* e *psique* (el hecho-proximo sob injerencia psíquica forman la conducta); y *hecho-remoto*. En el segundo plan, se destacan las categorías creadas a partir de la valoración de cada elemento fáctico: *imputabilidad* (individuo); *desvalor subjetivo* (psique); *desvalor de acción* (hecho-proximo); *desvalor de resultado* (hecho-remoto). Por fin es señalado el carácter externo al delito de algunas causas de exclusión de la ilicitud y culpabilidad, en verdad figurando como normas que impiden la configuración jurídica de ciertos actos como ilícitos (*normas preexcluyentes de juridicización*).

PALAVRAS-CLAVE: TEORÍA DEL ACTO JURÍDICO, TEORÍA DEL DELITO; TIPICIDAD; ILICITUD; CULPABILIDAD.

INTRODUÇÃO

Crime é ação típica, antijurídica e culpável. Esta compreensão estratificada, consignada no conceito analítico de crime, sintetiza bem a postura metodológica de estruturação da Teoria do Delito pela dogmática penal em geral. Inicialmente, toma-se uma ação que atravessa um sistema de valorações constituídos por três estratos¹ denominados tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, que, respectivamente, lhe atribuirão os predicativos de típica, antijurídica e culpável.

Este esquema de estruturação de Teoria do Delito, surgido começo do século XX com a apresentação da categoria tipicidade por Ernst von BELING², se sustenta

¹ Essa é a opinião majoritária da doutrina, mas vale lembrar que há alguns, como os partidários da teoria dos elementos negativos do tipo (por todos, QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 140-143), que entendem haver apenas dois escalões (tipicidade positiva/negativa e culpabilidade), e outros, como Claus ROXIN (**Derecho Penal: parte general**. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1997, pp. 217-223), que entendem existir quatro escalões (tipo, antijuridicidade, responsabilidade e punibilidade).

² Em verdade, BELING apenas deu o último passo na construção do atual esquema. A primeira contribuição é devida ao hegeliano BERNER que, em 1857, destacou a ação em meio ao sistema imputativo dos hegelianos (antes ação era sinônimo de ação culpável). Posteriormente, em 1867, JHERING distingue da culpabilidade a antijuridicidade objetiva (antes era um juízo único).

hegemônico há décadas em meio dogmática penal, sobrevivendo a todas mudanças de paradigmas da teoria do delito. Surgiu em meio ao causalismo, transpassou o finalismo e as teorias sociais, e hoje encontra abrigo em modernas teorias como o direito penal redutor de Eugenio Raul ZAFFARONI. Sua significação é tamanha que Hans WELZEL chega a afirmar que “na divisão do delito nos três elementos tipo, antijuridicidade e culpabilidade é onde vejo eu o progresso dogmático mais importante das últimas duas a três gerações”³.

Todavia, apesar de toda esta aparente solidez e significação histórica, surge este trabalho no intuito de questionar dita esquematização mediante a proposição de uma própria proposta. Isto não quer dizer que o esquema atual seja insuficiente, mas de certo que ele pode ser melhorado e simplificado. Melhorado porque não se vale conscientemente de preceitos Teoria do Fato Jurídico, que deve ser o norte da Teoria do Delito, uma vez que é seu gênero. Simplificado pelo fato de que talvez um esquema tripartido não seja necessário para o estudo da Teoria do Delito, sendo, como se verá, perfeitamente configurável um esquema monista⁴.

1 UMA NECESSÁRIA PROPEDEÚTICA

Como já assinalado, costuma a doutrina adentrar ao estudo da Teoria do Delito a partir do conceito analítico de crime para iniciar o estudo dos segmentos que o compõem. Independentemente da admissibilidade de dito conceito, a postura de adotá-lo como ponto de partida certamente não é a mais adequada, pois não evidencia que o instituto jurídico do crime pertence a um contexto maior, com o qual deve guardar relação de sintonia: delito é uma espécie de fato jurídico, e, por conseguinte, a Teoria do Delito é um ramo da Teoria do Fato Jurídico.

Esta afirmação pode gerar, de início, estranheza, pois há um costume de se ver o fato jurídico estudado em meio ao Direito Civil, sendo vinculado, equivocadamente, a este ramo jurídico. Em verdade, a Teoria do Fato Jurídico está acima do estudo do direito privado, ela é um ramo da Teoria Geral do Direito, pois se ocupa do estudo da incidência normativa sobre fatos da vida (juridicização), que origina o substrato da emanção de efeitos jurídicos (direitos, deveres, pretensões, obrigações,

³ WELZEL, Hans *apud* ROXIN, Claus. **Derecho Penal : parte general**, p. 227.

⁴ A idéia de um esquema monista não é em nada inovadora. Por um lado é possível recordar que inicialmente a análise do delito era puramente monista com a investigação do *corpus delicti*.

ações, exceções, etc.): o fato jurídico. Ou seja, se ocupa a Teoria do Fato Jurídico da compreensão dinâmica interna de funcionamento do Direito, se fazendo disciplina universal de seu estudo; pressuposto para a dogmática de todos os ramos jurídicos.

A doutrina penal, por sua vez, parece ainda não ter se apercebido deste detalhe curial. Desafortunadamente, segue até os dias atuais totalmente alheia aos preceitos da Teoria do Fato Jurídico, em momento algum se valendo conscientemente deles para a compreensão do instituto do delito e sistematização de seus elementos. Evidentemente, tal postura precisa ser corrigida, demandando uma adequação da Teoria do Delito à Teoria do Fato Jurídico.

1.1 Teoria do Fato Jurídico: breve aproximação

O fato jurídico é o fato da vida ao qual o Direito atribui relevância por meio de suas regras jurídicas (normas), sendo transposto a um segmento do mundo denominado mundo jurídico, onde se torna apto a produzir efeitos próprios determinados pelo sistema jurídico.

O estudo do fato jurídico é realizado em dois segmentos essenciais, correspondentes aos planos em que se subdivide o mundo jurídico: o de existência e o de eficácia⁵. O primeiro corresponde à compreensão do processo de incidência da norma jurídica sobre um fato da vida – que dá origem aos fatos jurídicos – e delimitação de seu caracteres essenciais e acidentais. Já o segundo se ocupa da sistematização das espécies de efeitos (categorias eficaciais) emanados pelos fatos jurídicos em geral.

No que tange aos fatos jurídicos penais (ato-fato ilícito penal e ato ilícito penal), o seu estudo se restringe aos planos de existência e eficácia, pois os fatos jurídicos ilícitos (fatos ilícitos *strictu sensu*, atos-fatos ilícitos e atos ilícitos) não estão sujeitos à análise de requisitos de perfeição, afinal, seria um contra-senso lógico que um sistema jurídico considerasse um ato ilícito nulo, beneficiando assim seu infrator.⁶ Neste sentido, surgem os dois grandes segmentos da dogmática penal: a Teoria do Delito, responsável pelo estudo dos pressupostos de existência do crime, e a Teoria das

⁵ A estes dois planos essenciais se junta um terceiro eventual: o de validade. Este é apenas encontrado em fatos jurídicos nos quais possui relevância a manifestação da vontade humana (atos jurídicos *strictu sensu* e negócios jurídicos) e se situa entre os planos de existência e eficácia, estabelecendo uma série de requisitos para que um fato jurídico venha a produzir seus efeitos, sob pena de lhe ser aplicada sanção de invalidade (nulidade ou anulabilidade)

⁶ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 18.

Conseqüências Jurídicas do Delito, encarregada de estudar o sistema de conseqüências decorrentes do crime (sanções). Como este trabalho se dedica a Teoria do Delito, doravante se restringirá a análise ao plano de existência dos fatos jurídicos.

Como já ressaltado, o fato jurídico nasce da incidência da norma jurídica sobre fatos da vida, “colorindo-os, fazendo-os ‘jurídicos’”⁷, como bem descrito na metáfora ponteano. Em outras palavras, as normas prevêm hipóteses fáticas para a ocorrência de seus efeitos jurídicos; quando um fato da vida guarda identidade com a hipótese abstratamente prevista, o marca com uma nova propriedade – a capacidade de gerar efeitos jurídicos – deixando, com isso, de ser simplesmente um fato, passando a ser então um fato jurídico.

Tal recapitulação não traz nada de novo, mas se faz necessária para que se destaque um elemento essencial do plano da existência: a hipótese fática que é condicionante da existência do fato jurídico, doravante denominada *suporte fático*. Este pode ser analisado em dois momentos. Um é o da previsão abstrata realizada pela norma como uma hipótese fática que, diante da sua ocorrência, operar-se-á a sua incidência, sendo aqui denominado *suporte fático abstrato*. O outro é quando dita hipótese fática se materializa no mundo fático, sendo chamado de *suporte fático concreto*.

Importante destacar que o suporte fático e o fato da vida que materializa a hipótese fática correspondente não são equivalentes. Isso se deve a constatação de que o fato da vida a que se atribui relevância para compor um suporte fático de uma regra jurídica nunca é tomado na sua forma pura. A norma jurídica ao utilizar um fato da vida, sempre o faz com o acréscimo de alguma valoração, que “pode ser, pelo menos e fundamentalmente, a *sua referência utilitária* à vida humana em suas relações sociais”⁸. Desta maneira, o “suporte fático é *plus* em relação ao fato (real), porque este é qualificado e acrescido das circunstâncias outras definidas pela norma para completá-lo. O fato *integra* o suporte fático, portanto não podem ser iguais”⁹.

2 ESTRUTURANDO OS ELEMENTOS DO SUPORTE FÁTICO DO DELITO

⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 6.

⁸ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 63.

⁹ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**, p. 64.

O crime ou delito é um fato jurídico, mais especificamente é um ato ilícito.¹⁰ Esta constatação, aparentemente simples, revela uma informação importantíssima que se deve ter em mente ao adentrar o estudo e sistematização dos elementos que compõem o seu suporte fático: *o delito é a composição de um dado fático (ato) que é valorado no sentido de qualificá-lo juridicamente (ilícito)*. Ciente disto, deve a dogmática penal estruturar o estudo da Teoria do Delito em dois estratos seqüenciais: um inicial de identificação dos elementos do mundo dos fatos que são os pilares do suporte fático abstrato e um posterior, dependente do primeiro, constituído pelas valorações destes elementos fáticos delineados. Estas últimas são estabelecidas pelo sistema penal no sentido de averiguar a sua relevância jurídica, sendo igualmente pressuposto para a configuração do ato ilícito penal.

2.1 Plano de análise dos elementos fáticos

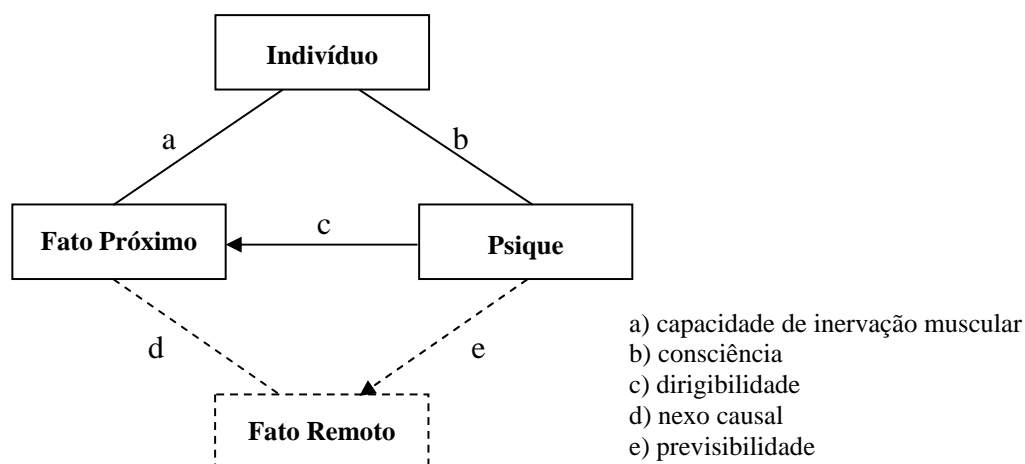
Toda regra jurídica estabelece um contexto mundano que é pressuposto para a sua produção de efeitos, o que leva a transpor este segmento da realidade, após a efetivação de valorações complementares, para um meio mais restrito do mundo denominado mundo jurídico. A dogmática penal nunca ignorou esta idéia, pois estabeleceu o ato ou conduta (ação na sua linguagem mais corrente) como base do seu sistema, todavia, o ato humano não é o único elemento fático que é utilizado na construção do suporte fático do ato ilícito penal, merecendo uma devida complementação.

De pronto, deve-se destacar que todo ato pressupõe um indivíduo que o praticou, afinal, ato é uma mudança no mundo (fato *latu sensu*) com ingerência (volitiva) do homem, logo, sem a interferência do homem apenas há um fato (*stricu sensu*) impossibilitando qualquer configuração do delito. A estes dois elementos fáticos essenciais (ato e indivíduo) se soma um terceiro accidental, chamado pela doutrina de resultado, mas que aqui será denominado fato remoto.

Apontados estes três elementos, e fracionando o ato nos seus elementos fato (que para contrapor-se ao fato remoto, será chamado de fato próximo) e a psique, pode-se apresentar a seguinte esquematização dos elementos fáticos do suporte fático do

¹⁰ O fato jurídico que dá ensejo à aplicação à medida de segurança é distinto do delito, sendo, em verdade, um *ato-fato ilícito*, pois a valoração da vontade do agente (dolo ou culpa) é irrelevante para a constituição do fato jurídico, apenas importando a periculosidade da situação fática ocorrida.

delito, acompanhado de suas inter-relações necessárias.



Antes de discorrer-se um pouco sobre cada elemento e vínculo, cumpre destacar que tudo aquilo que está representado por linhas contínuas é essencial à composição de qualquer suporte fático de um ato ilícito penal, enquanto aqueles outros que estão tracejados são elementos que surgem apenas no suporte fático previsto por algumas normas jurídicas, sendo, assim, eventuais.

I - Indivíduo

O ser humano é o único ente concreto passível de praticar atos ou condutas, uma vez que, como visto, esta espécie de fato (*latu sensu*) é caracterizada pela produção de uma mudança no mundo mediante a interferência humana; mudanças do mundo sem a participação do homem são fatos (*strictu sensu*) e não atos.

O Direito Penal não trabalha com fatos (*strictu sensu*), pois eles são frutos das leis da natureza e do comportamento instintivo e biológico dos animais, além do mais, quanto a estes, um comando proibitivo é totalmente inócua e absurdo. Soaria totalmente ridículo proibir a natureza de realizar descargas elétricas sobre os homens ou determinar que um leão não coma carne humana. Dos fatos (*strictu sensu*) apenas pode existir regulação quanto a suas conseqüências nas relações inter-humanas, papel que não cabe ao segmento criminal do ordenamento, mas sim ao cível.

Neste sentido, o Direito Penal se volta aos atos humanos, tentando impedir a sua ocorrência mediante proibições dirigidas aos indivíduos, que podem entender o seu conteúdo impeditivo, bem como a sanção punitiva que os ameaça pelo cometimento daquele comportamento. Por isso ganha o ser humano a condição de único ente apto a compor a estrutura fática de fatos jurídicos em geral.

Além do mais, a esta necessidade lógica do indivíduo como elemento do suporte fático se soma a de que vários crimes tomam propriedades do agente como requisito para concreção dos suportes fáticos (os chamados crimes próprios), evidenciada com a gama de delitos que têm como pressuposto a condição de funcionário público do sujeito ativo.

II - Psique

As mudanças no mundo perpetradas pelo ser humano configuram uma espécie a parte de fato (*latu sensu*) não apenas porque o Direito é fruto da produção humana, mas principalmente porque os homens possuem um diferencial em relação aos demais animais da natureza: a capacidade intelectual avançada que permite o ser humano compreender o mundo que o circunda e as propriedades que o determinam.

Assim, devido a estes saberes e poder de raciocínio, tem o ser humano a capacidade de avaliar os desdobramentos consequenciais das mudanças no mundo que pode realizar, podendo ser motivado a praticá-las pelos resultados vantajosos que vislumbra, assim como contra-motivado diante de prejuízos que provavelmente venha a sofrer. É neste último ponto que tenta atuar a norma penal, oferecendo a sanção futura como contra-motivação ao homem para que não venha a praticar certos atos.

Todavia, este arcabouço intelectual somente pode ser tomado em consideração enquanto está conectado com a realidade circundante, ou seja, apenas quando o indivíduo apresenta-se consciente. Desta maneira, a capacidade de cognitiva ou consciência (vínculo *b*) é requisito para que o centro psíquico seja levado em consideração no suporte fático, pois qualquer comportamento realizado pelo homem na sua falta é orientado aleatoriamente e indiferente a contra-motivações.

III - Fato Próximo

Fato próximo, como fato que é, é uma mudança no mundo, mas não se trata de qualquer espécie de mudança. É um grupo restrito de alterações da realidade, caracterizadas por sua ligação ao elemento corporal humano. O corpo humano é o meio imediato de interação do ser humano com o mundo que o circunda (por isso ser adjetivado de “próximo”, em contraposição a outros fatos mais distantes da esfera de domínio do indivíduo). Logo, se um indivíduo pretende alterar a realidade, ele deverá

iniciar todo processo por meio de uma ação corporal. Por exemplo, se ele quiser causar a morte de um indivíduo ele terá que apertar o gatilho de uma arma ou simplesmente dar um comando verbal (falar é uma atividade corporal) a um indivíduo para que a realize.

Desta maneira, fato próximo deve ser entendido como a postura corporal de um indivíduo perante o mundo circundante¹¹, podendo se apresentar de duas maneiras básicas: a atividade corporal (ação) e a inatividade corporal (inação).¹²

Por óbvio para se falar em uma liberdade de postura corporal, pressupõe-se a existência de capacidade de inervação muscular (vínculo *a*) pelo indivíduo. Os portadores de tetraplegia não possuem capacidade de movimentar seus membros, sendo plenamente impossível falar em postura corporal em relação às partes paralisadas, pois a única que estas podem assumir é a natural de distensão.

A condição de elemento do suporte fático de um ato jurídico demanda ao fato próximo uma característica especial: a dirigibilidade (vínculo *c*) pela mente humana. Sem este vínculo, não se estará diante de um ato ou conduta, mas sim de um mero fato (*strictu sensu*) biológico humano, como, por exemplo, os atos reflexos. Importante destacar que ao falar de dirigibilidade, refere-se a uma capacidade, ou seja, algo puramente potencial. Costuma buscar a doutrina elementos concretos (e não potenciais), como vontade e finalidade, no sentido de configurar uma conduta (ação, na linguagem penal corrente). Por óbvio que estes elementos estão associados ao comportamento humano, mas como se operam puramente na esfera interna do ser humano, a sua utilização no suporte fático traria problemas aos operadores do direito, pois teriam dificuldades em detectá-los e, por conseguinte, em declarar o ato jurídico como existente.

Neste sentido, não exige a norma que o comportamento corporal seja determinado efetivamente por um elemento psíquico, mas sim, de acordo com saberes

¹¹ A postura corporal não precisa ser entendida estritamente como apenas o movimento muscular, pelo contrário, deve ser abordada com o contexto que ocorre. O fato próximo não se trata só de fazer o movimento de contração do dedo, mas sim de apertar o gatilho de uma arma carregada.

¹² A idéia de comportamento corporal é característica da compreensão do fenômeno da conduta por Ernst von BELING (**Esquema de Derecho Penal**. Buenos Aires: Depalma, 1944, pp. 19-20), a dividindo, igualmente em movimento corporal e distensão muscular. Pecava, porém, o autor em denominar a distensão muscular de *omissão*, que é um fenômeno valorativo e não fático. Omissão é imputação de responsabilidade penal pela prática de uma conduta (movimento corporal ou inação) diversa daquela determinada pelo dever de agir ao qual o indivíduo estava adstrito.

neurológicos, que seja passível de controle pela mente humana¹³. Logo, não entram no suporte fático do delito as posturas corporais que não têm ingerência do centro psíquico do indivíduo, como os atos reflexos, convulsões e a *vis absoluta*, assim como aquelas que são praticadas diante da falta de consciência, como o sonambulismo, pois se trata de uma possibilidade de domínio aleatória e alheia a realidade circundante (e, conseqüentemente, aos comandos normativos), o que impede qualquer juízo de censura sobre o indivíduo.

IV – Fato Remoto

O Direito Penal, na previsão normativa de delitos, não trabalha somente com os fatos atrelados imediatamente à esfera corporal do agente. Por vezes, resolve se valer da ocorrência de certos fatos (*strictu sensu*) que reputa nocivos, como, por exemplo, a morte de indivíduos, atribuindo o caráter de ilícita a toda conduta que der ensejo a processos causais que neles culminem (comissão) ou que sejam diversas daquelas demandadas pelo dever de evitar a sua ocorrência (omissão).

Estes fatos não integram diretamente a esfera de postura corporal do agente, estando deles separados fisicamente e temporalmente, sendo, por isso, denominados fatos remotos. Assim, as regras jurídicas que deles se valem demandam uma dupla ocorrência fática (fato próximo e remoto) bem como alguma espécie de vínculo entre eles, que pode ser fático, chamado de nexos causal (vínculo *d*), ou pode ser jurídico (valorativo, logo, pertencente a outro plano de análise), denominado nexos de evitação¹⁴.

A exigência de um fato remoto demanda uma superficial configuração de vínculo com o centro psíquico humano, que posteriormente será aprofundada no plano valorativo, que é a previsibilidade do fato pelo intelecto humano (atente-se que não se falou em “pelo indivíduo”, pois esta análise subjetiva será realizada no plano valorativo). Cabe aqui saber se o fato remoto ocorrido tinha alguma possibilidade de

¹³ Esta compreensão do fenômeno da conduta se faz ainda mais coerente quando se pensa o Direito Penal como um sistema punitivo de condutas (contrárias ao Direito) realizadas diferentemente das desejadas (conforme ao Direito). Assim, a idéia que norteia o sistema penal é o da exigibilidade de uma atuação diversa; apenas se pune condutas em que era exigível um comportamento distinto. Agora, é evidente que para se recriminar um indivíduo por não ter realizado um comportamento devido, deve ele possuir a capacidade de praticá-lo. Para tanto, basta saber se a postura corporal inicialmente praticada era sujeita a interferência (dirigibilidade) do centro psíquico do indivíduo, hipótese em que o indivíduo poderia ter assumido uma postura corporal diversa.

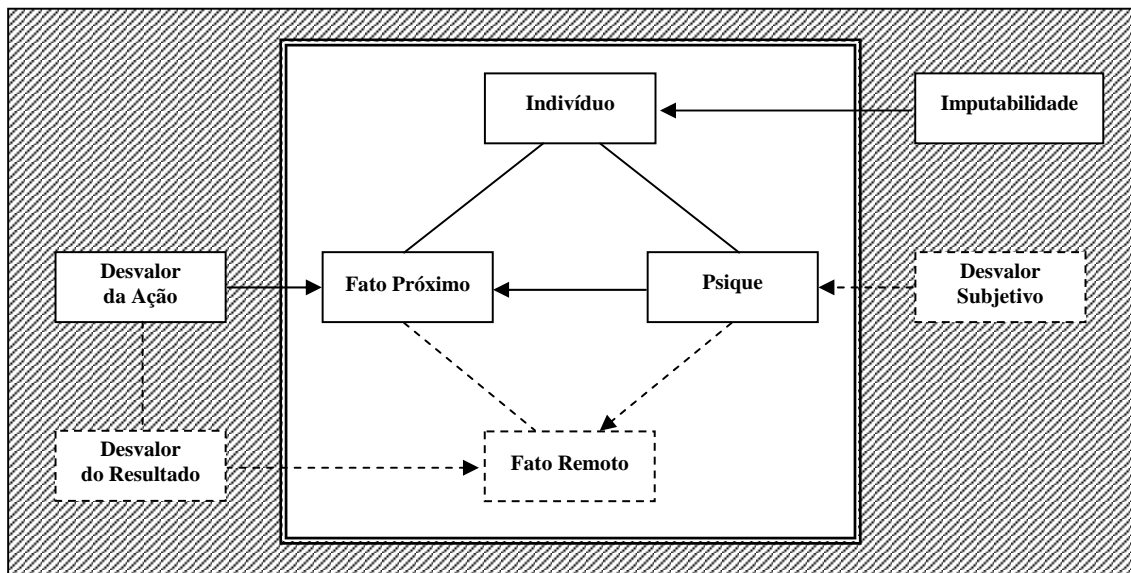
¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Derecho Penal: parte general**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, pp. 574-575.

previsão pelo conhecimento humano, no momento em que ocorreu o fato. Assim, se haviam limitações científicas à compreensão das causas de um específico fato remoto, não há sentido algum que uma norma jurídica atribua responsabilidade penal a um indivíduo pelo acontecimento que, à época, era imprevisível.

2.2 Plano de análise de elementos valorativos

Para o nascimento de um ato ilícito penal e, conseqüentemente, a aplicação de uma sanção penal, não basta só a ocorrência de um ato por um indivíduo. Faz-se necessário um juízo no sentido de averiguar a nocividade da conduta e a exigibilidade de uma distinta conforme ao Direito, para que se possa o ato possa ser caracterizado de ilícito. Em outras palavras: a incidência da norma pressupõe a existência de uma valoração sobre os fatos.

Com a devida delimitação dos elementos fáticos que conformam a base concreta do suporte fático do delito realizada, pode-se agora realizar a construção de seu edifício valorativo que é constituído por um juízo valorativo inicial, que será denominado tipicidade fática, e quatro posteriores, imputabilidade e desvalor da ação, do resultado e subjetivo, cada um incidindo sobre um dos elementos fáticos apontados. O suporte fático, agora completo com as valorações, pode ser assim representado:



☐ Tipicidade fática

De igual forma, foi utilizada a linha contínua para designar aqueles elementos e vínculos que são essenciais, enquanto a linha tracejada indica eventualidade. Aos elementos essenciais (imputabilidade e desvalor da ação) deve-se acrescentar a

tipicidade fática, da qual a ausência igualmente acarreta a prejudicialidade do plano de análise dos elementos valorativos, e conseqüentemente do suporte fático.

I – Tipicidade fática

A realidade fática é extremamente complexa, uma vez que é dotada de uma vastidão de fatos, entes e coisas, que, por sua vez, possuem uma ampla gama de propriedades particulares, elevando ao infinito a quantidade de detalhes que podem ser objeto de valorações. Diante disto, é imprescindível a realização de um juízo de seleção dos elementos que são pressupostos para valoração jurídica necessária a concreção do suporte fático, com suas respectivas qualidades. A este juízo valorativo se dará a alcunha de tipicidade fática.

Esta nomenclatura é justificada pelo fato de que tipicidade e suporte fático são sinônimos. Ambos são traduções do vocábulo alemão *Tatbestand*. Neste sentido, como este juízo de recorte delimita os elementos fáticos do suporte fático, utilizou-se a especificação de “fática” para diferenciá-la da tipicidade completa (fática + valorativa).¹⁵

A tipicidade fática é um potente filtro que funciona de acordo com as nuances de cada norma penal¹⁶, sempre trazendo para o plano de valoração aqueles fatos próximos que são aptos a dar ensejo ao nascimento do fato jurídico, mas certamente não se resume só a isto. Eventualmente, ainda nesta função de recorte, demanda qualidades especiais do indivíduo (crimes próprios), a ocorrência de motivações especiais (elementos subjetivo do tipo), ou mais elementos fáticos, como o fato remoto (delitos de resultado) e o nexos de causalidade (delitos de resultado comissivos). Às vezes, vai além da sua função valorativa-seletiva, assumindo uma postura valorativa-axiológica ou até mesmo valorativa-normativa prévia em relação a certos elementos fáticos (elementos normativos do tipo).

¹⁵ É bem verdade que a palavra *Tatbestand* ganhou uma diversidade de utilizações em meio à doutrina penal, como bem demonstra BELING (**La doctrina del delito-tipo**. Buenos Aires: Depalma, 1944, pp. 22-24), podendo ser utilizado para representar a adequação de uma situação fática ao tipo legal ser chamada de tipicidade, todavia, para evitar problemas, optou-se, mesmo diante de uma possível redundância, pela adjetivação de “fática”.

¹⁶ Existem, assim, tantas tipicidades quanto normas penais. Por exemplo, não existe somente uma tipicidade de homicídio simples, mas sim as de homicídio simples comissivo doloso, omissivo doloso, comissivo culposo e omissivo doloso.

Transposto o filtro de valoração geral da tipicidade fática, cada elemento fático deve ser submetido a uma valoração específica.

II – Imputabilidade

Imputabilidade é a capacidade, conferida pelo ordenamento jurídico, que permite aos indivíduos praticarem atos ilícitos criminais e de poder ser alvo de sanções penais. Trata-se de um *status* individual que habilita os “seus titulares a integrar suportes fáticos na condição de sujeitos de direitos”¹⁷. Via de regra, todos os indivíduos são imputáveis perante o ordenamento penal pátrio, excetuando-se apenas os menores de dezoito anos e os absolutamente incapazes, por questão de desenvolvimento mental, de entender a natureza ilícita de seu ato ou de determinar-se segundo esse entendimento.

A imputabilidade é o único elemento valorativo que não é constituído a partir de valorações negativas acerca de um elemento fático. Em verdade, representa uma questão político criminal de prévia delimitação daqueles indivíduos que o Direito Penal reputa sujeitos a sua drástica intervenção, pois são inteiramente aptos a compreender seus comandos normativos proibitivos, lhes sendo exigível que se comportem conforme o Direito. Desta maneira, a imputabilidade do sujeito que praticou a conduta¹⁸ é pressuposto necessário para a configuração de um ato ilícito criminal, integrando, assim, seu suporte fático.

III – Desvalor Subjetivo

A maioria das previsões normativas penais incluiu no suporte fático do delito a necessidade de ocorrência de um desvalor subjetivo, que se caracteriza pela aferição de dois elementos contidos no centro psíquico do agente: o *conhecimento* do contexto fático nos moldes delineados pela tipicidade fática e o *propósito* ou *aceitação* de

¹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.82.

¹⁸ Interessante notar que a adoção de um conceito de ação fundado em idéias de vontade consciente ou finalidade apresenta problemas diante dos casos de inimputabilidade por fatores de deficiência mental. Como seria possível afirmar, nesta hipótese, que um inimputável praticou uma ação final? Esta constatação reforça ainda mais o entendimento que o elemento subjetivo da conduta deve ser uma avaliação genérica de capacidade de controle pelo centro psíquico humano, que não retira o caráter de conduta destes comportamentos.

concreção do fato remoto (resultado)¹⁹. Nota-se que se fala aqui de dolo, direto e eventual, em nada diferente em relação ao entendimento tradicional da doutrina.

O suporte fático dos delitos culposos, por sua vez, não contém o desvalor subjetivo, afinal suas hipóteses de ocorrência decorrem exatamente da ausência dos elementos que o compõem. Se o *conhecimento* do contexto fático não era efetivo, mas era plenamente possível que o indivíduo o conhecesse, é possível a punição a título de culpa por erro de tipo inescusável. Por outro lado, se o fato remoto era previsível pelo agente, mas ele não o desejava (ou seja, não o queria nem o aceitava), igualmente factível é a modalidade culposa. Claro que ambas as hipóteses estão condicionadas a previsão típica da modalidade culposa para aquela espécie de contexto fático.

O fato de que apenas os elementos conhecimento e propósito/aceitação serem valorados para a composição do desvalor subjetivo, não significa que eles são os únicos elementos subjetivos alvo de juízos no plano de análise dos elementos valorativos. O desvalor da ação se valerá se alguns dados subjetivos, como os conhecimentos do agente sobre o risco criado, para a realização da prognose póstuma objetiva.²⁰

IV – Desvalor da Ação

O desvalor da ação é o elemento valorativo mais importante do suporte fático de um ato ilícito criminal, não só por ter como objeto central de valoração a conduta do agente, mas também pelo maior grau investigativo que demanda. Será utilizada aqui uma concepção de desvalor da ação com base da teoria da imputação objetiva (mas não de forma idêntica), em especial nos moldes propostos por ROXIN²¹, entendo-o como a criação de um risco juridicamente desaprovado.²²

Em verdade, os delitos de mera conduta não demandam muito esforço para configuração do desvalor da ação. Sua previsão normativa é fundada justamente em um risco presumido, que sendo previsto pela própria regra jurídica penal, já pressupõe a sua desaprovação jurídica. Assim, basta que a conduta seja típica e que não haja nenhuma

¹⁹ Esta estruturação é válida apenas para os delitos de resultado. Nos delitos de mera atividade, basta a ocorrência do conhecimento do contexto fático para caracterizar o desvalor subjetivo.

²⁰ Inclusive, este detalhe permite afirmar que, apesar de não possuir como elemento do seu suporte fático o desvalor subjetivo, a modalidade culposa depende de valoração de elementos subjetivos.

²¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**, pp. 362-402.

²² Esta é uma perspectiva orientada aos delitos comissivos de resultado. Quanto aos delitos omissivos de resultado (omissivos impróprios), parece adequado falar em *manutenção de risco juridicamente desaprovado*, devendo ser entendido como juridicamente desaprovado a manutenção de risco por infração a um dever de diminuição ou anulação do risco (garante).

permissão jurídica (exercício regular de direito, estrito cumprimento de dever legal ou consentimento do ofendido) para que se caracterize o desvalor da ação.

Nos delitos de resultado a tarefa já não é tão simples, o que recomenda, assim como faz Luis GRECO²³, dividir a explanação, que aqui será sintética, em duas etapas: a criação do risco e a sua desaprovação jurídica.

A avaliação sobre a criação do risco é realizada através de um processo denominado pela doutrina penal de prognose póstuma objetiva. Trata-se de uma análise da conduta realizada por um terceiro (o juiz na seara judicial), através de uma perspectiva *ex ante* que leva em conta os dados conhecidos por um homem prudente no momento de sua prática, buscando afirmar seu caráter de criadora de risco pela possibilidade real de lesão a um determinado bem jurídico.²⁴ Assim, se após este juízo se concluir que a conduta não cria riscos ou os diminui, está prejudicada a configuração do desvalor da ação.

Caso a prognose póstuma objetiva aponte pela criação do risco, passa-se a avaliar a sua desaprovação jurídica, postura justificada pelo fato de que nem toda ação perigosa está proibida. Aqui, para ser considerada desaprovada juridicamente a conduta do agente deve ter violado algum dever jurídico específico, ganhando relevo aqueles estabelecidos por normas de segurança. Caso dever específico não haja, a desaprovação também pode ser caracterizada pela conduta estar desconforme com o *standard* geral do homem prudente, pois, em verdade, revela a violação de um dever abstrato geral de não exposição da esfera jurídica alheia a perigo desnecessariamente, dever no qual é difícil delimitar a sua violação. Deve-se indagar se na mesma situação o homem prudente não teria realizado a conduta, configurando, assim, a desnecessidade da exposição a perigo de lesão ao bem jurídico. Conclui-se que não haverá desaprovação jurídica do risco quando não houver violação de um dever²⁵ ou quando o risco criado for fruto de uma conduta que guarda conformidade com o Direito, como o exercício regular de direito, o estrito cumprimento do dever legal e o consentimento do ofendido, pois considerar que houve infração de um dever por comportamentos fomentados ou impostos pelo Direito,

²³ GRECO, Luis. **Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 19-81.

²⁴ GRECO, Luis. **Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva** p. 26.

²⁵ Nesse sentido, os estudos da teoria da imputação objetiva vêm sistematizando hipóteses que carecem de desaprovação pelo ordenamento jurídico, a saber: contribuição a uma auto-colocação em perigo, contribuições socialmente neutras, proibição de regresso, adequação social e os cursos causais hipotéticos.

ou que é anuído pelo titular do bem jurídico colocado em perigo, representaria uma contradição lógica do sistema, prevalecendo o caráter lícito destes atos.

V – Desvalor do Resultado

O desvalor do resultado é um juízo valorativo sobre o fato remoto que guarda algum nexos com o fato próximo criador de risco juridicamente desaprovado. Ele se caracteriza pela total dependência em relação ao desvalor da ação, demandando a investigação de se a concretização do risco, consubstanciada no fato remoto, ocorreu nos moldes potencialmente contidos na idéia de risco proibido configurada pelo desvalor da ação. Desta maneira, “*só haverá realização do risco se a proibição da conduta for justificada para evitar a lesão de determinado bem jurídico por meio de determinado curso causal, os quais venham ocorrer*”²⁶.

Sobressai-se nesta última passagem os elementos que compõem o desvalor do resultado, a lesão (ou perigo de lesão) de um bem jurídico e o curso causal, que devem ser analisados de acordo com a proibição da conduta que visava evitar a sua ocorrência. Assim, como “a norma proibitiva busca evitar que um certo bem jurídico seja afetado de certa maneira”²⁷, deve ser o desvalor do resultado investigar o fato remoto buscando averiguar se a lesão ao bem jurídico dele decorrente e o curso causal que a ele origina guarda relação com o “fim de proteção da norma”.

A idéia de “fim de proteção da norma” é intimamente dependente da análise concreta do caso, demandando exemplificações.

No que tange a correspondência necessária entre a lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico e o fim de proteção da norma, elucidativo é o caso concreto trazido por ROXIN²⁸. Dois ciclistas circulam de noite, um atrás do outro, sem faróis. Devido à falta de iluminação, o ciclista que estava à frente colide com um outro ciclista que vinha em sentido contrário. O fato de que o acidente ser evitável caso o ciclista de trás estivesse equipado com iluminação, não é suficiente para configurar o desvalor do resultado. Houve sim, um incremento do risco do acidente ocorrido com o primeiro ciclista, mas, por outro lado, “o fim do preceito que impõe a iluminação consiste em evitar acidentes que procedam diretamente da própria bicicleta, porém não em que se ilumine outras

²⁶ GRECO, Luis. **Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva**, p. 95.

²⁷ GRECO, Luis. **Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva**, p. 95.

²⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal : parte general**, p. 377.

bicicletas e evitem-se choques com terceiros”²⁹, não lhe sendo justificada a imputação de responsabilidade.

Já em relação à contemplação dos cursos causais lesivos pelo “fim de proteção da norma”, tome-se o clássico exemplo da ambulância. Um indivíduo esfaqueia outro na rua. Em virtude das lesões, é socorrido por uma ambulância que a caminho do hospital sofre um gravíssimo acidente, falecendo, em virtude deste, todos os seus ocupantes. Aqui não se pode falar em desvalor do resultado morte, pois “a proibição de esfaquear outrem quer evitar (entre outras coisas) que esta pessoa morra em razão das lesões – por hemorragia, infecção etc. –, sendo estes cursos causais possíveis que legitimam a proibição”.³⁰

3 NORMAS PRÉ-EXCLUDENTES DE JURIDICIDADE

Até então se foi dada atenção ao estudo da juridicização como geradora de fatos jurídicos, buscando-se delimitar quais são os elementos que compõem o suporte fático sob o qual incide a norma jurídica penal para o nascimento dos atos ilícitos criminais. Todavia, não só de normas juridicizantes é composto o sistema penal, havendo um certo grupo de normas que surgem no sentido de impedir a incidência de normas criadoras de fatos jurídicos por questões jurídico-penais ou jurídico-políticas: as normas pré-excludentes de juridicidade.

Neste seu propósito, se valem este grupo de normas de duas estratégias: “(a) tornar insuficiente o suporte fático de outra norma jurídica, impedindo, assim, a entrada no mundo de fato jurídico que formaria, ou (b) mutilar a norma jurídica, excluindo seu preceito”³¹⁻³². A funcionalidade da primeira atuação é de fácil compreensão: faltando elemento no suporte fático não pode incidir a norma. Já a segunda é deveras

²⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal : parte general**, p. 378.

³⁰ GRECO, Luis. **Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva**, p. 103.

³¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico : Plano da Existência**, p. 224.

³² No âmbito penal, o primeiro grupo contém as duas espécies mais importantes de normas pré-excludentes: a legítima defesa e o estado de necessidade. Ele é caracterizado pela eliminação do desvalor do resultado, pois as condutas que integram o seu suporte fático são realizadas na busca do fim essencial do Direito Penal que é a proteção de bens jurídicos. Assim, não se adequam ao fim de proteção da norma penal incriminadora.

O segundo grupo é composto por aquelas normas que prevêm a isenção de pena, desta forma mutilando o preceito da norma e impedindo a sua incidência. Elas são fundamentadas, via de regra, ou na inexigibilidade de outra conduta conforme a Direito diante da situação fática delineada (erro de proibição escusável, coação moral irresistível, obediência hierárquica) ou por uma opção do próprio sistema penal de não interferir em situações em que reputa desnecessária ou indevida a sua ingerência (como questões familiares, por exemplo)

interessante, pois não afeta o suporte fático, mas sim a norma jurídica, retirando o seu preceito (no caso do Direito Penal, a pena), o que igualmente impede a incidência da norma, pois é sem utilidade a criação de fatos jurídicos sem efeitos.

O Direito Penal possuiu uma série de normas pré-excludentes de juridicização, como as causas excludentes de antijuricidade e culpabilidade, que, inclusive, são equivocadamente incluídas pela doutrina tradicional em meio ao suporte fático, sendo, em verdade, como visto, elementos externos a estrutura da norma juridicizante. Elas são criadas em decorrência do fato de que o sistema penal é imperfeito. Se apenas se valesse das normas juridicizantes, vários comportamentos que não são interessantes ao Direito Penal originariam delitos, acarretando na aflição de mal desnecessário aos agentes pela aplicação da sanção penal. Assim, tenta o Direito Penal estabelecer previsões gerais (p.ex., legítima defesa) e específicas (p.ex., crimes patrimoniais contra ascendentes) de exclusão de interesse nesta condutas, retirando-as da sua drástica égide de intervenção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo quanto foi exposto até então, faz-se possível a realização de uma análise do esquema proposto partindo-se dos preceitos do sistema tradicional, que possui o plano valorativo tripartido (tipicidade, ilicitude e culpabilidade).

Quanto à tipicidade, algumas mudanças teriam sido perpetradas. Haveria um aumento de carga material, pois foi incluído um novo elemento que seria a imputabilidade, além do fato da proposta de que o exercício regular de direito, o estrito cumprimento do dever legal e o consentimento do ofendido sejam hipóteses de exclusão do desvalor da ação e, conseqüentemente, da tipicidade

A ilicitude, por sua vez, perderia todos os seus elementos negativos. Três deles, como já anunciado supra, migraram para a tipicidade, os outros dois restantes, legítima defesa e estado de necessidade, seriam transferidos para um âmbito externo, pois não constituem elementos do suporte fático do delito. Tornou-se, então, uma categoria vazia? Não, apenas lhe foi dado a oportunidade de abandonar a sua faceta dualista arbitrária. A ilicitude do fato sempre foi apurada na tipicidade. O segundo momento, que recebia o seu nome, apenas servia para confirmá-la diante de um juízo negativo perante as causas de justificação. Com a retirada deste segundo momento, pode ser ela avaliada, agora sem dúvidas, no momento que sempre lhe foi particular. Ou seja, neste

esquema, é a ilicitude o plano de análise dos elementos valorativos do suporte fático (tipicidade valorativa) que é o que justamente permite adjetivar de *ilícito* os atos contrários ao Direito Penal.

Por fim, a culpabilidade igualmente restou esvaziada, pois a imputabilidade migrou para a tipicidade e as suas causas de exculpação foram transpostas para um plano externo ao suporte fático do delito. O que fazer com ela? Descartá-la! Realmente soa estranho ouvir isto, crime sem culpabilidade. Mas não é isto que está se propondo. A idéia é descartar a *categoria* culpabilidade.

A culpabilidade é um juízo difuso no sistema penal, afinal, ele não é um elemento previsto pela norma na composição do seu suporte fático, em verdade é a essência do suporte fático em si. Toda norma jurídica penal representa, antes mesmo de incidir sobre algum fato, um juízo de valor sobre aquela espécie de conduta. É este juízo abstrato de valor negativo que fundamenta a previsão proibição de um determinado contexto fático, imputando-lhe uma pena, que, inclusive, tem estabelecidos seus marcos por um juízo genérico de culpabilidade daquele grupo abstrato de condutas.

Se no patamar de previsão normativa a idéia que funda a criação de proibições penais é uma culpabilidade abstrata das condutas, no momento de incidência e aplicação das normas proibitivas, não deixa de haver a busca de culpabilidade, só que agora em um juízo concreto que é norteado pela idéia de exigibilidade de uma conduta diversa da proibida. Neste sentido, todos os momentos de verificação do suporte fático do delito buscam em menor ou maior medida avaliar se ao autor era exigível um comportamento conforme ao Direito Penal. Por exemplo, se constatamos que a conduta realizada por um indivíduo não cria um risco proibido, significa dizer que seu comportamento era conforme o Direito Penal, não lhe sendo exigível que agisse de outra forma.

Assim, conclui-se que o esquema aqui desenvolvido propõe simplesmente uma reorganização da teoria do delito tradicional e não a sua substituição por uma nova. Isso pode se afirmar essencialmente, pois: a) nenhum de seus elementos foi descartado (imputabilidade, dolo, legítima defesa, etc.), todos foram aqui previstos; e b) a conversão do sistema tripartido em um monista, não dá prevalência a um estrato descartando-se aos demais, e sim os funde em um momento único análise, tomando as idéias que fundam cada um deles para a sua construção.

REFERÊNCIAS

BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho Penal**. Buenos Aires : Depalma, 1944.

_____. **La doctrina del delito-tipo**. Buenos Aires : Depalma, 1944.

GRECO, Luis. **Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. Rio de Janeiro : Borsoi, 1954.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal : Parte Geral**. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 2005.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal : parte general**. 2ª ed. Madrid : Civitas, 1997.

SCHÜNEMANN, Bernd. La función de la delimitación de injusto y culpabilidad. IN: DIAS, Jorge de Figueiredo; SCHÜNEMANN, Bern (coords.). **Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal**. Barcelona : Bosch, 1995

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Derecho Penal : parte general*. 2ª ed. Buenos Aires : Ediar, 2002.