

O elemento subjetivo na parte especial do direito penal brasileiro

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

1. Introdução

A divisão presente nos códigos penais em parte geral e especial se deu a partir de preocupações quanto às regras de imputação e responsabilidade que deveriam valer para todas as infrações, a fim de serem estabelecidas normas gerais capazes de proteger o indivíduo frente ao Estado e conferir equidade no ordenamento jurídico-penal⁹¹. Antes disso, havia apenas catálogos de crimes individualizando as condutas puníveis.

A referida separação decorreu do movimento jurídico-cultural disseminado na Europa desde os finais do século XVIII até o início do século XX, marcado pela generalização e acompanhado de uma crítica feroz ao culto do individual e do particular, de modo que os projetos de codificação penal passaram a ser compostos, quase como uma condição de validade científica e de aceitação pública, por uma parte geral e uma parte especial⁹².

Assim, não apenas os códigos, mas também a doutrina, passaram a dividir o direito penal em duas partes. Na parte geral passaram a constar as normas e princípios aplicáveis à generalidade dos crimes, ao passo que a especial passou a corresponder à descrição das figuras criminosas individualmente, com suas características específicas. Exemplo dessa constatação é o fato de que os primeiros elementos que passaram a ser tratados de maneira

⁹¹ PADOVANI e STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose: introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna: Il Mulino, 2002, p. 16 e 17.

⁹² FARIA COSTA, *Relações entre a parte geral e a parte especial do código penal*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXI, 1995, p. 125.

genérica foram justamente aqueles que definem os elementos constitutivos dos crimes, tais como conduta, resultado, nexos de causalidade, sujeitos ativo e passivo etc⁹³.

No exame da parte especial, verifica-se que os tipos penais diferenciam-se entre si a partir dos elementos que compõem a estrutura de cada figura criminosa, e que são comumente divididos pela doutrina em elementos objetivos e subjetivos. Os primeiros correspondem ao sujeito ativo, à espécie de conduta, ao tipo de resultado, ao objeto material da ação, ao meio utilizado, ao tempo e ao lugar; quanto aos segundos, dizem respeito à forma do elemento subjetivo (dolo ou culpa), ao motivo e à finalidade específica da ação⁹⁴. Segundo LUNA, os elementos objetivos do tipo são considerados gerais quando comuns a todos os crimes, que é o que se dá em relação à ação ou omissão, como formas da conduta humana; são especiais, entretanto, quando figuram apenas em determinados tipos, tal como acontece com o resultado, o objeto material, o instrumento; já os elementos subjetivos, por sua vez, são também gerais quando comuns a todos os crimes, como o dolo e a culpa; e são elementos especiais quando presentes em apenas alguns tipos, tais como o dolo específico, o motivo, a intenção⁹⁵. Importante destacar não ser necessária a presença de todos os elementos acima referidos em cada um dos tipos penais, desde que haja pelo menos um elemento, que é a conduta, por si suficiente para descrever um crime⁹⁶.

O estudo dos elementos subjetivos na parte especial do direito penal corresponde, portanto, à análise dos requisitos típicos presentes nas específicas figuras incriminadoras e que, por isso, atribuem sentido e valor a cada uma das incriminações.

2. A importância dos elementos subjetivos para a caracterização da conduta delituosa

⁹³ FLORA, Manuale per lo studio della parte speciale del diritto penale (Vol. I – Il sistema della parte speciale), Padova: CEDAM, 1998, p. 46.

⁹⁴ ANTOLISEI, Introduzione alla parte speciale del diritto penale, *in* Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1953, p. 405.

⁹⁵ LUNA, O resultado no direito penal, São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 15 e 16.

⁹⁶ GRISPIGNI, Diritto Penale Italiano, volume secondo: la struttura della fattispecie legale oggettiva, Milano: Giuffrè, 1952, p. 146.

Conforme demonstrado até aqui, é possível verificar, ao redor do núcleo de cada tipo incriminador, elementos relacionados à ação, eventual referência aos sujeitos ativo e passivo, ao objeto material, ao tempo, ao lugar, aos meios que caracterizam o comportamento proibido. Neste conjunto, importa verificar, também, que os elementos subjetivos do tipo não podem ser desconsiderados, muito menos separados do referido núcleo central⁹⁷.

Como observou RONCO, se a ação pudesse ser reduzida ao movimento corpóreo, perderíamos a experiência de vida expressa pelo agente em sua ação⁹⁸. Complementar, neste sentido, é a constatação, com REALE JÚNIOR, de que a intencionalidade é um dado real inafastável da estrutura da ação, de modo que não se pode permitir que o aspecto subjetivo, ou seja, o nexó psicológico entre a pessoa e sua conduta, venha a constituir um elemento ou aspecto do crime alheio à ação e ao tipo⁹⁹.

Não é por outro motivo que TOLEDO ensina que os tipos penais, lidos conjuntamente com o artigo 18 e seu parágrafo único do código penal¹⁰⁰, devem conter sempre a nota da voluntariedade. Para o autor, caso os fatos não possam ser relacionados de alguma forma à vontade do agente, por se apresentarem puramente causais, devem ser considerados atípicos. É que, para ser agente de um crime não basta figurar fisicamente na cadeia causal como natureza morta, sendo necessário contribuir para o resultado como pessoa humana, dotada de vontade, mal utilizada (nos crimes de ação) ou não utilizada (nos crimes de omissão)¹⁰¹.

Assim, dolo e culpa apresentam-se como elementos essenciais que caracterizam, segundo juízos diferenciados de desvalor, as ações humanas. Descrevê-las prescindindo de seu caráter intencionalmente lesivo do bem ou de sua postura negligente em relação a ele

⁹⁷ LIFSCHITZ, Los elementos subjetivos del tipo legal, 2ª ed., Montevideo - Buenos Aires: Editorial IBdeF, 2008, p. 82.

⁹⁸ RONCO, Descrizioni penali d'azione, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, p. 481.

⁹⁹ REALE JÚNIOR, REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*, vol. I, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 136.

¹⁰⁰ Art. 18 do código penal - *Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; II - culposos, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.*

¹⁰¹ TOLEDO, *Princípios básicos de direito penal*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 138.

seria descrever um simulacro de ação humana, não correspondente a uma realidade significativa do ponto de vista jurídico-penal¹⁰².

Por isso, é correto dizer que o aspecto objetivo e o componente subjetivo do delito não são compartimentos estanques, autônomos e sem relação entre si. Daí que apenas metaforicamente pode-se falar na existência de um tipo objetivo e de um tipo subjetivo como setores em que se divide o sistema do delito, pois na estrutura do injusto típico, o objetivo e o subjetivo não constituem tipos separados, mas facetas da conduta típica que se relacionam mutuamente, aspectos que se combinam intrinsecamente entre si¹⁰³.

Como ilustra LIFSCHITZ, o significado da conduta material de apreender alguma coisa alheia aparece enriquecido em seu sentido quando a ele se agrega o elemento de natureza psicológica, de modo que a ação passa a ser “apropriar-se”; o mesmo acontece com o toque das partes sexuais quando o que o comanda é o impulso libidinoso, de modo que o comportamento material passa a ter um conteúdo particular; ou com a aquisição de moedas falsas para colocá-las em circulação, em que o propósito transcendente traduz uma antecipação da sensibilidade do bem tutelado. Dessa forma, as características subjetivas do comportamento dão um colorido à ação, muitas vezes até determinando o seu sentido; ao compararmos a conduta de quem apreende coisa alheia com o objetivo de usá-la momentaneamente para depois restituí-las nas mesmas condições em que foi encontrada e o comportamento de quem apreende coisa alheia para incorporá-la a seu patrimônio, observamos que apenas no segundo caso estamos diante de um crime de furto, ou seja, somente ali está presente o *animus* de ter a posse, de ficar com a coisa definitivamente¹⁰⁴.

Assim, a existência dos elementos típicos subjetivos responde à complexidade que o próprio acontecer da vida oferece, pois, em alguns casos, a própria realidade objetiva de determinadas condutas é apreendida a partir da tendência interna transcendente ou do estado de consciência do autor, e, em outros, apenas através delas a conduta antijurídica adquire significação penal. Pela técnica legislativa, portanto, é possível evidenciar os

¹⁰² RONCO, op. cit., p. 491.

¹⁰³ POLAINO NAVARRETE, ¿Dolo genérico versus dolo específico? Reflexiones críticas sobre la relación entre el dolo y los elementos subjetivos del injusto, in Revista de Derecho Penal, nº 13, diciembre de 2002, p. 224.

¹⁰⁴ LIFSCHITZ, op. cit., p. 83.

elementos subjetivos dos tipos penais, já que o método objetivo de descrição típica é insuficiente frente àquelas condutas cujo exclusivo significado penal emerge da tendência interna ou do estado de consciência que tem seu autor¹⁰⁵ – como ocorre nos exemplos mencionados no parágrafo anterior.

3. Os elementos subjetivos essenciais: o dolo e a culpa

Uma vez que toda ação humana é voltada para uma finalidade, pode-se dizer que o dolo – concebido como a consciência e a vontade de realização dos elementos objetivos do tipo doloso – é seu elemento geral, de modo que compõe o tipo subjetivo¹⁰⁶. Nos termos do parágrafo único do artigo 18 do código penal¹⁰⁷, todas as condutas descritas na lei penal como típicas somente serão consideradas como tal se forem praticadas de forma dolosa, a menos que haja expressa previsão referindo-se à possibilidade de ser praticada por imprudência, negligência ou imperícia (culpa).

A própria presença do art. 18 do código penal, definindo crimes dolosos e culposos e, ainda, estabelecendo a excepcionalidade da punição dos últimos, é clara demonstração da necessária interação entre parte geral e parte especial do direito penal.

Nesse sentido, PULITANÒ se refere à tipificação que se dá na parte especial como “tipificação incompleta”, pois está relacionada com o conteúdo específico das diversas infrações, mas não com o conjunto de pressupostos do ilícito e da responsabilidade penal. Segundo o autor, a tipificação completa dos fatos penalmente relevantes resulta da combinação das espécies de crimes descritas nas normas incriminadoras com os institutos da teoria geral do crime¹⁰⁸. Da mesma forma, CADOPPI e VENEZIANI destacam o papel das

¹⁰⁵ HUERTA, Derecho Penal Mexicano, Tomo I: Introducción al estudio de las figuras típicas, 5ª ed., México: Editorial Porrúa, S.A., 1985, p. 87.

¹⁰⁶ PRADO, Curso de Direito Penal Brasileiro, vol. 1: parte geral, arts. 1º a 120, 10ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 335.

¹⁰⁷ Art. 18, parágrafo único, do código penal - *Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.*

¹⁰⁸ PULITANÒ, Introduzione alla parte speciale del diritto penale, Torino: Giappichelli Editore, 2010, p. 85.

normas da parte geral na integração das normas incriminadoras da parte especial; em outras palavras, pode-se dizer que a parte geral também participa da função prescritiva das normas da parte especial, integrando e definindo seu alcance¹⁰⁹.

Da análise do delito descrito no art. 163, *caput*, do código penal (crime de dano), por exemplo, que consiste em “destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia”, apreendemos que somente a pessoa que praticar um dos referidos comportamentos de forma dolosa poderá vir a responder pela prática da infração. É preciso, portanto, que o agente aja com a intenção de destruir a coisa, não caracterizando a infração penal o fato de, eventualmente, por imprudência na forma de se movimentar, esbarrar na coisa e deixá-la quebrar.

Assim, o dolo, enquanto representação e vontade psicológica de realização do fato, é elemento subjetivo que abrange todos os elementos objetivos do tipo legal. Para identificar os elementos subjetivos do tipo penal, a análise minuciosa do aspecto objetivo do crime apresenta-se como uma etapa necessária, uma vez que todos os elementos objetivos devem estar presentes na psique do agente, ou seja, devem ser primeiramente representados e desejados para, posteriormente, ser realizada a ação. É por isso que, segundo GRISPIGNI, descrevendo o elemento objetivo descreve-se, também, o subjetivo¹¹⁰.

Pode-se dizer, então, que o dolo está implícito na descrição objetiva dos tipos penais. Nesse sentido, desnecessário é estar presente na figura incriminadora referência à exigência de que a conduta seja praticada de forma dolosa, dolosamente, com dolo, intencionalmente, e assim por diante. Como aponta LIFSCHITZ, casos como a descrição do homicídio no código penal boliviano são exemplos de técnica legislativa defeituosa. Naquele tipo penal, proíbe-se a conduta de matar “intencionalmente”, sendo que esta referência à intenção nada acrescenta à ação típica (artigo 479) – ao contrário, observa o autor que cada vez que o legislador cuida de expressar explicitamente o dolo, um razoável realismo faz com que esta ênfase legal seja interpretada como uma chamada de atenção para conceder sempre, em tais casos, o benefício da dúvida¹¹¹.

¹⁰⁹ CADOPPI e VENEZIANI, *Elementi di diritto penale: parte speciale – introduzione e analisi dei titoli*, 2ª ed., Padova: CEDAM, 2007, p. 4 e 5.

¹¹⁰ GRISPIGNI, *op. cit.*, p. XIII.

¹¹¹ LIFSCHITZ, *op. cit.*, p. 84 e 85.

Com relação à culpa, conforme dito anteriormente, não cabe dizer que esteja implícita na descrição típica. A regra é justamente no sentido inverso, o que faz com que se presuma que as descrições típicas objetivas encontradas na lei penal somente são relevantes se praticadas com dolo, sendo essa regra excepcionada na parte especial do direito penal pelos específicos casos nos quais é feita a ressalva quanto à possibilidade de ser punido o comportamento culposos.

Assim, quando analisada a conduta descrita no *caput* do artigo 121 do código penal, que consiste em “matar alguém”, o que se observa é que a conduta, a princípio, somente pode ser praticada de forma dolosa. Ocorre, no entanto, que a própria norma cria uma exceção a esta regra, e nos termos do parágrafo 3º do referido dispositivo de lei, prevê a possibilidade de responder criminalmente a pessoa que, por imprudência, negligência ou imperícia vier a causar a morte de outrem¹¹².

Como observa PRADO, a diferença entre o delito doloso e o culposos se encontra na própria estrutura típica do crime: no crime culposos a censura penal fundamenta-se na infração ao dever objetivo de cuidado, o que produz um resultado material para o bem jurídico não desejado pelo agente, ao passo que, no crime doloso, a própria ação já é voltada para a contrariedade ao mandato ou proibição¹¹³.

4. Delitos subjetivamente configurados

Dentro da função exercida pelo dolo no sentido de contribuir para a fundamentação do injusto, é possível diferenciar duas categorias sistemáticas de delitos. A primeira delas é formada pelos tipos penais que não possuem, em sua redação legal, a descrição de elementos subjetivos, ou seja, não exigem do autor a concorrência de elementos subjetivos distintos do dolo quando pratica o comportamento objetivo previsto no tipo, ao passo que a segunda contém infrações que exigem, além do dolo em relação à conduta descrita, um

¹¹² Art. 121. *Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. § 3º Se o homicídio é culposos: Pena - detenção, de um a três anos.*

¹¹³ PRADO, op. cit., p. 345.

elemento subjetivo especial na vontade do autor. De acordo com POLAINO NAVARRETE, a primeira é formada por delitos objetivamente configurados, enquanto a segunda por delitos subjetivamente configurados¹¹⁴.

Assim, ao elaborar os tipos penais, o legislador pode fazer especial referência a uma determinada finalidade, direção ou sentido que o autor deve imprimir à sua conduta¹¹⁵, e o faz por observar que, com alguma frequência, há tipos de ilicitude cuja análise puramente objetiva não é suficiente para conferir-lhes o sentido de reprovação necessário para a caracterização da infração penal¹¹⁶, ou ainda porque a existência de tal elemento subjetivo *extra* confere ao comportamento um grau de reprovação diferenciado.

Uma vez que tais tipos exigem, como sua característica, a concorrência de específicos elementos subjetivos que passam a adquirir relevância jurídico-penal, pode-se afirmar que a ação será típica ou ficará fora do tipo em função da efetiva presença, na psique do autor, das referidas manifestações subjetivas descritas na norma¹¹⁷. Em outras palavras, pode-se dizer que a finalidade, a direção ou sentido são elementos que, assim como os objetivos e outros subjetivos, fazem parte da estrutura típica e, como tais, devem ser verificados no caso concreto sob pena de não restar configurado o respectivo tipo de delito.

Assim, há tipos penais nos quais já vem estabelecida, no plano legislativo, a finalidade com a qual o agente deve se comportar a fim de que a conduta adquira relevância para o direito penal. A esse respeito, lembre-se do caso dos crimes formais, em que o fim perseguido pelo agente está além da ação típica; trata-se de uma intenção ulterior que se dirige a um resultado especial que se encontra fora do processo executivo do delito, ou seja, o crime se consuma sem a obtenção do propósito final¹¹⁸. É o que se dá, por exemplo, no crime de extorsão mediante sequestro, em que a descrição típica exige que a finalidade do

¹¹⁴ POLAINO NAVARRETE, op. cit., p. 225.

¹¹⁵ HUERTA, op. cit., p. 87.

¹¹⁶ LIFSCHITZ, op. cit., p. 114.

¹¹⁷ POLAINO NAVARRETE, op. cit., p. 227.

¹¹⁸ BALESTRA, BALESTRA, Carlos Fontan. Derecho Penal Parte Especial, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962, p. 18.

agente seja “obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate”, embora tal obtenção seja desnecessária para a consumação do crime¹¹⁹.

É possível vislumbrar ainda, quanto à previsão legal da intenção que o agente deve ter no momento da prática delitiva, casos nos quais, perseguindo um fim ulterior, o resultado tende a ser alcançado com a própria execução típica. São hipóteses em que, diferentemente do exemplo dado no parágrafo anterior, o fim perseguido não requer uma atuação posterior e deve ser obtido com o mesmo ato típico¹²⁰. É exemplar, a esse respeito, o crime descrito no art. 121, parágrafo 2º, V, do código penal, pelo qual se pune mais gravemente (em relação ao delito na forma simples) o homicídio quando praticado com a finalidade de assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime¹²¹.

Outras vezes, o elemento subjetivo especial tem o papel de fundamentar o caráter ilícito da conduta, de forma que, se fosse praticada sem tal característica subjetiva, seria irrelevante para o direito penal. A esse respeito, já foi citado o exemplo do furto, cuja descrição típica contém a necessidade de que haja a intenção do agente no sentido de apropriar-se da coisa. Ao conter a exigência de que o agente pratique a subtração “para si ou para outrem”¹²², o legislador delimita as hipóteses em que a subtração é relevante para o direito penal, excluindo deste âmbito, por exemplo, o furto de uso.

Assim, a associação de três ou mais pessoas somente é relevante quando tiver por finalidade específica a comissão de crimes¹²³, a omissão de declaração que deveria constar em documento somente é relevante quando visar a prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante¹²⁴, a divulgação do conteúdo sigiloso de

¹¹⁹ Art. 159 do código penal - *Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: Pena - reclusão, de oito a quinze anos.*

¹²⁰ BALESTRA, op. cit., p. 19.

¹²¹ Art. 121 do código penal - *Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. § 2º Se o homicídio é cometido: V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime: Pena - reclusão, de doze a trinta anos.*

¹²² Art. 155 do código penal - *Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.*

¹²³ Art. 288 do código penal - *Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos*

¹²⁴ Art. 299 do código penal - *Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar*

concurso público somente é relevante se praticada com a finalidade de beneficiar o próprio agente ou outrem, ou de comprometer a credibilidade do certame¹²⁵. Ainda, o falso testemunho é punido mais severamente quando feito com o objetivo de produzir prova em processo penal¹²⁶ e o exercício ilegal da profissão quando praticado com o objetivo de lucro¹²⁷.

A partir desses exemplos é possível observar que os elementos subjetivos exigidos pelo tipo revelam complementarmente o valor tutelado, e sua presença na ação concreta contribui para demonstrar a posição axiológica do agente, se efetivamente contraposta ao valor protegido¹²⁸.

Há situações, portanto, nas quais não apenas a finalidade do agente é relevante na estrutura típica, mas também seus motivos – o que, em geral, é tido como afeto à culpabilidade¹²⁹.

Para diferenciá-los, LIFSCHITZ exemplifica: se Caio transporta seu amigo Mévio ao hospital para que seja submetido a uma cirurgia, é possível identificar que o fim que Caio pretende alcançar com sua conduta é a hospitalização de Mévio, embora o motivo que o fez transportá-lo tenha sido a amizade entre ambos. Da mesma forma, o fim perseguido pelo ladrão é ter a posse da coisa alheia, ao passo que os motivos que o levaram a praticar o crime podem ser os mais diversos, desde a necessidade de ajudar financeiramente sua família até o desejo de comprar drogas¹³⁰.

direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

¹²⁵ Art. 311-A do código penal - *Utilizar ou divulgar, indevidamente, com o fim de beneficiar a si ou a outrem, ou de comprometer a credibilidade do certame, conteúdo sigiloso de: I - concurso público; Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.*

¹²⁶ Art. 342 do código penal - *Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: Pena - reclusão, de um a três anos, e multa. § 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.*

¹²⁷ Art. 282 do código penal - *Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites: Pena - detenção, de seis meses a dois anos. Parágrafo único - Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se também multa.*

¹²⁸ REALE JÚNIOR, op. cit., p. 142.

¹²⁹ LIFSCHITZ, op. cit., p. 91.

¹³⁰ LIFSCHITZ, op. cit., p. 92.

Embora os motivos costumem aparecer mais nos catálogos de circunstâncias agravantes ou atenuantes, como expressão da culpabilidade do autor, é possível constatar que, não raro, apresentam-se como elementos constitutivos do tipo, necessários para individualizar um tipo de conduta relevante para o direito penal. São, portanto, hipóteses nas quais é o motivo e não o fim que contribui para fundamentar o desvalor da ação, o determinado mal em que consiste a figura típica¹³¹.

No ordenamento jurídico brasileiro, as circunstâncias agravantes de ter o agente praticado o crime por motivo fútil ou torpe (artigo 61, II, a) e de praticá-lo para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime (artigo 61, II, b) estão também presentes no crime de homicídio, qualificando-o. Além disso, não são poucas as hipóteses legais que preveem uma pena diferenciada quando o crime é praticado com o objetivo de lucro, por exemplo¹³².

5. O princípio da proporcionalidade na estrutura da parte especial: o papel dos elementos subjetivos dos tipos

A importância do princípio da proporcionalidade na organização da parte especial do direito penal relaciona-se com a necessidade de haver um vínculo axiológico entre a conduta tipificada e a cominação legal da sua pena¹³³. Mais do que isso, faz com que seja necessária uma relação proporcional também entre os crimes, de modo que os fatos mais graves devem ser apenados de maneira mais intensa, e vice-versa.

¹³¹ LIFSCHITZ, op. cit., p. 91 a 95.

¹³² Artigo 227, § 3º (mediação para servir a lascívia de outrem), artigo 228, § 3º (favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual), artigo 245, § 1º (entrega de filho menor a pessoa inidônea), artigo 261, § 2º (atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo), artigo 302, parágrafo único (falsidade de atestado médico), todos do código penal.

¹³³ PRADO, op. cit., p. 174 e 175.

Embora a hierarquia dos bens jurídicos seja importante para identificar os níveis de gravidade que determinam uma proporção adequada entre os delitos e suas penas¹³⁴, verifica-se que a ordenação dos bens jurídicos na parte especial, geralmente sob a forma de títulos, tem apenas o escopo de organizar os crimes, inseri-los em “famílias”, segundo suas características específicas; não tem, contudo, o objetivo de fazer uma escala para as penas ou assinalar a relativa gravidade¹³⁵.

Portanto, para existir proporcionalidade entre as infrações, devem ser observados não apenas os bens jurídicos tutelados em cada tipo incriminador, mas igualmente a forma como são ofendidos nas descrições típicas, o grau da ofensa descrita (dano ou perigo), todas as circunstâncias do fato e os elementos subjetivos previstos no tipo abstrato. Assim, a destruição de um bem jurídico mais importante deve ser mais severamente apenada do que a destruição de bem jurídico de valor inferior; crimes de dano devem ter pena mais grave do que crimes de perigo; delitos dolosos e culposos não podem ser apenados da mesma forma, ainda que representem idêntica afronta ao bem tutelado¹³⁶, e assim por diante. Em outras palavras, na definição das penas às infrações penais, devem ser observadas as diferenças e semelhanças entre as diferentes estruturas típicas – e, portanto, os elementos subjetivos das figuras incriminadoras não podem ser aqui desconsiderados.

A consideração de todos os elementos do tipo penal se justifica porque, com base no princípio da igualdade, o legislador está proibido de efetuar discriminações arbitrárias, sendo que situações iguais devem ser tratadas da mesma forma e situações diferentes de modo diferenciado. Significa, portanto, que deve haver uma igualdade no tratamento dos delitos que apresentarem o mesmo desvalor penal, ainda que sejam diferentes quanto à sua

¹³⁴ HASSEMER, ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?, *in* HEFENDEHL, Roland (org.), *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid e Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 99.

¹³⁵ FLORIAN, Introduzione ai delitti in specie e delitti contro la sicurezza dello Stato, *in* BABBONI, R., FLORIAN, E., GAVAZZI, U., GIURIATI, G., MANFREDINI, M., OLIVIERI, V., POZZOLINI, A., VIAZZI, P. e ZERBOGLIO, A., *Trattato di diritto penale*, 2ª ed., volume II, Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1915, p. 4.

¹³⁶ PADOVANI, La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale, *in* *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1992, p. 447; GOMES, O princípio da proporcionalidade no direito penal brasileiro, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 182 e 183.

estrutura e ao bem jurídico tutelado; de outro, as penas devem se diferenciar segundo uma escala vertical quando os juízos de reprovação abstratos assim se diversificarem¹³⁷.

Uma vez que o princípio da proporcionalidade exige uma concordância material entre ação e reação, causa e consequência, delito e resposta jurídico-penal, pode-se dizer que este princípio constitui parte do postulado de justiça, segundo o qual ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos por meio de medidas jurídicas desproporcionais. Nesse contexto, dolo e imprudência como graus desiguais de participação interna exigem, pois, uma distinta incidência da consequência jurídico-penal¹³⁸.

Embora o mandado para que a medida da pena atente ao grau de reprovabilidade da conduta tenha lugar, de maneira mais evidente, no momento de aplicação da lei penal ao caso concreto – onde o princípio da culpabilidade conduz o juiz à pena adequada à reprovabilidade ao agente –, resta de suma importância a observação a este específico aspecto também no momento legislativo, quando, no plano abstrato, já são indicados os diferentes desvalores das condutas culposas e dolosas, por exemplo.

Assim, na determinação legal da margem entre as penas mínima e máxima, deve o legislador considerar, além do bem jurídico e da gravidade da ofensa a este relacionada, a participação subjetiva do agente na conduta descrita. Deve, portanto, existir uma evidente diferença na quantidade de pena cominada se o delito for previsto como culposo, doloso ou preterdoloso. Como salienta CORBETTA, seria deseducativa, além de considerada injusta pela sociedade, uma pena para o homicídio culposo, por exemplo, que fosse mais grave, igual ou pouco inferior àquela ameaçada a quem pratique homicídio doloso¹³⁹.

Exemplo de distorção efetuada pelo legislador brasileiro é o tipo incriminador previsto no artigo 303 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97), que comina pena que varia de seis meses a dois anos de detenção para a conduta de causar lesão corporal *culposa* na direção de veículo automotor, ao passo que o mesmo comportamento, *doloso*, é

¹³⁷PAGLIARO, Principi di Diritto Penale – Parte Generale, 6ª edição, Milano: Giuffrè, 1998, p. 70; GOMES, op. cit., p. 183.

¹³⁸HASSEMER, Fundamentos del derecho penal, Barcelona: Bosch, 1984, p. 279.

¹³⁹CORBETTA, La cornice editale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1997, p. 159 e 160.

previsto na parte especial do Código Penal brasileiro, no artigo 129 *caput*, com uma pena que varia três meses a um ano de detenção.

Outro caso ilustrativo pode ser verificado na Lei nº 9.426/96, que conferiu a uma espécie de receptação, praticada com *dolo eventual*, um preceito sancionatório exacerbado, em três vezes, em relação a outra hipótese de receptação realizada com *dolo direto*. Segundo FRANCO, é inadmissível, sob o prisma constitucional, que o legislador ordinário estabeleça essa diferenciação quanto às penas cominadas, uma vez que “as duas dimensões de subjetividade ‘dolo direto’ e ‘dolo eventual’ podem acarretar reações penais iguais, ou até mesmo reações penais menos rigorosas em relação ao ‘dolo eventual’”. O que não se pode reconhecer é que a ação praticada com ‘dolo eventual’ seja três vezes mais grave (...) do que quase a mesma atividade delituosa, executada com dolo direto. Aí o legislador afrontou, com uma clareza solar, o princípio da proporcionalidade”¹⁴⁰. Nesse sentido, inclusive, foi a decisão proferida em sede de Medida Cautelar em *Habeas Corpus* pelo Supremo Tribunal Federal, quando diante da alegada inconstitucionalidade do preceito secundário sancionador inscrito no § 1º do art. 180 do Código Penal, fez-se constar que não se mostrava razoável punir mais severamente uma conduta que revela índice de menor gravidade¹⁴¹.

Cabe recordar, ainda, o tipo do latrocínio, quando equipara os roubos praticados com morte dolosa e culposa. Segundo BATISTA, o fato de estar contida no tipo a expressão “se resultar morte” dá a entender tratar-se de um crime de roubo qualificado pelo resultado *morte culposa*, embora a pena cominada seja severa demais quando comparada àquela prevista para o homicídio culposo; por este motivo, passou-se a admitir que a norma comporta tanto a hipótese do agente que mata a vítima de forma dolosa, como a de quem causa sua morte involuntariamente¹⁴² – o que, por sua vez, também não deixa de caracterizar um tratamento desproporcional sob o ponto de vista do elemento subjetivo do tipo.

¹⁴⁰ FRANCO, Código penal e sua interpretação jurisprudencial, volume 1, tomo II: parte especial, 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 2816.

¹⁴¹ STF, Med. Caut. em *habeas corpus* 92.525-1/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. 31/3/08.

¹⁴² BATISTA, O furto e o roubo no direito e no processo penal – Doutrina e Jurisprudência, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 277.

Outra observação a ser feita na análise do princípio da proporcionalidade na parte especial do direito penal relaciona-se com a diferenciação entre tipos penais incriminadores básicos e derivados, a depender das circunstâncias elementares que os compõem. De acordo com TOLEDO, os primeiros oferecem a imagem mais simples de uma espécie de delito, de modo que não é possível extrair qualquer elemento sem que se desfigure a imagem do delito de que ele é a expressão¹⁴³. Em contraposição às descrições típicas mais simples, quando às mesmas estruturas são acrescentados outros elementos que passam a caracterizá-las, formam-se os tipos penais derivados, que podem ser qualificados ou privilegiados, a depender dos seus efeitos agravantes ou atenuantes da pena, respectivamente.

Entre as circunstâncias que agravam ou atenuam a pena, estão a superveniência de resultado mais ou menos grave, o emprego de determinados meios, os modos de execução, a condição da vítima, a extensão do dano, a quantidade de agentes, as circunstâncias de tempo e lugar e, também, os motivos determinantes ou fins de agir¹⁴⁴.

Quanto a estes últimos, o tipo penal do homicídio pode bem ilustrar o que aqui se sustenta. Após a descrição básica de que a conduta consiste em “matar alguém”, o parágrafo 1º prevê que uma das hipóteses de diminuição da pena é ter o agente atuado por motivo de relevante valor social ou moral; por outro lado, entre as circunstâncias que fazem com que o delito tenha pena mais grave estão o motivo torpe, motivo fútil, a finalidade de assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime, e ainda razões da condição de sexo feminino¹⁴⁵.

6. Conclusões

¹⁴³ TOLEDO, op. cit. p. 139.

¹⁴⁴ FRAGOSO, Aspectos da teoria do tipo, in Revista de Direito Penal, nº 2, abr.-jun. 1971, p. 61.

¹⁴⁵ Art. 121. *Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. § 2º Se o homicídio é cometido: I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; II - por motivo fútil; V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime: Pena - reclusão, de doze a trinta anos. VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: Pena - reclusão, de doze a trinta anos.*

Embora os códigos penais contenham uma parte geral e outra especial, é possível constatar que ambas são igualmente importantes para a delimitação e aplicação das normas penais incriminadoras, devendo sempre serem lidas conjuntamente para que o alcance do direito penal seja verdadeiramente conhecido.

Quando são analisados os elementos subjetivos constitutivos dos delitos, apreende-se que a regra geral contida no art. 18 do código penal brasileiro aponta para a constatação de que todas as infrações penais são, em princípio, dolosas, podendo ser punidas a título de culpa quando expressamente prevista na parte especial, junto ao tipo incriminador.

De maneira específica, na parte especial podem estar presentes elementos dos tipos penais que se caracterizam pela atribuição de conferir específicos aspectos subjetivos da infração, relacionados aos motivos de agir. Tais circunstâncias são essenciais para a compreensão do desvalor atribuído ao comportamento incriminado, conferindo a ele um significado jurídico especial.

O especial desvalor contido nos elementos subjetivos expressos nas figuras da parte especial revela-se, essencialmente, pela pena atribuída a cada uma das infrações. Seguindo o princípio da proporcionalidade, crimes dolosos são mais reprováveis do que os correspondentes culposos, e os especiais motivos de agir moldam a pena de acordo com o maior ou menor grau de injusto por eles representado.

7. Referências

ANTOLISEI, Francesco. Introduzione alla parte speciale del diritto penale, *in* Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1953, p. 393 a 417.

BALESTRA, Carlos Fontan. Derecho Penal Parte Especial, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

BATISTA, Weber Martins. O furto e o roubo no direito e no processo penal – Doutrina e Jurisprudência, Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CADOPPI, Alberto e VENEZIANI, Paolo. Elementi di diritto penale: parte speciale – introduzione e analisi dei titoli, 2ª ed., Padova: CEDAM, 2007.

CORBETTA, Stefano. La cornice editale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale, *in* Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1997, p. 134 a 174.

FARIA COSTA, José de. Relações entre a parte geral e a parte especial do código penal, *in* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXXI, 1995, p. 117 a 144.

FLORA, Giovanni. Manuale per lo studio della parte speciale del diritto penale (Vol. I – Il sistema della parte speciale), Padova: CEDAM, 1998.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Aspectos da teoria do tipo, *in* Revista de Direito Penal, nº 2, abr.-jun. 1971, p. 59 a 84.

FRANCO, Alberto Silva *et alli*. Código penal e sua interpretação jurisprudencial, volume 1, tomo II: parte especial, 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade no direito penal brasileiro, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

----- Teoria Geral da Parte Especial do Direito Penal, São Paulo: Atlas, 2014.

GRISPIGNI, Filippo. Diritto Penale Italiano, volume secondo: la struttura della fattispecie legale oggettiva, Milano: Giuffrè, 1952.

HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?, *in* HEFENDEHL, Roland (org.), La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid e Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 95 a 104.

----- Fundamentos del derecho penal, Barcelona: Bosch, 1984.

HUERTA, Mariano Jiménez. Derecho Penal Mexicano, Tomo I: Introducción al estudio de las figuras típicas, 5ª ed., México: Editorial Porrúa, S.A., 1985.

LIFSCHITZ, Sergio Politoff. Los elementos subjetivos del tipo legal, 2ª ed., Montevideo - Buenos Aires: Editorial IBdeF, 2008.

LUNA, Everardo da Cunha. O resultado no direito penal, São Paulo: Bushatsky, 1976.

PADOVANI, Tullio. La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale, *in* Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1992, págs. 419 a 452.

PADOVANI, Tullio e STORTONI, Luigi. Diritto penale e fattispecie criminose: introduzione alla parte speciale del diritto penale, Bologna: Il Mulino, 2002.

PAGLIARO, Antonio. Principi di Diritto Penale – Parte Generale, 6ª edição, Milano: Giuffrè, 1998.

PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro, vol. 1: parte geral, arts. 1º a 120, 10ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. ¿Dolo genérico versus dolo específico? Reflexiones críticas sobre la relación entre el dolo y los elementos subjetivos del injusto, *in* Revista de Derecho Penal, nº 13, diciembre de 2002, p. 211 a 241.

PULITANÒ, Domenico. Introduzione alla parte speciale del diritto penale, Torino: Giappichelli Editore, 2010.

REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de direito penal, vol. I, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

RONCO, Mauro. Descrizioni penali d'azione, *in* Rivista italiana di diritto e procedura penale, 2004, p. 473 a 499.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.