



Università degli Studi di Sassari

SCUOLA DI DOTTORATO IN DIRITTO ED ECONOMIA DEI SISTEMI

PRODUTTIVI – FACULTÀ DI GIURISPRUDENZA

Ciclo XXIII

INSIDER TRADING NO DIREITO COMPARADO

ORIENTADOR:
PAOLO CARBONE

DOUTORANDO:
FERNANDO JOSÉ DA COSTA

2011

Sommario

CAPÍTULO I

1. Conceito de crime	3
2. Do fato típico	7
2.1 Da conduta	10
2.2 Do resultado	16
2.3 Do nexo de causalidade	21
2.4 Da tipicidade	27
3. Da antijuridicidade.....	33
4. Da culpabilidade	37
CAPÍTULO II – INSIDER TRADING	40
Bibliografia	43

CAPÍTULO I

1. Conceito de crime

Magalhães Noronha, professor de direito penal no Brasil, ensinava que o crime pode ser visto por diversos aspectos e, de cada aspecto em que se olha, é possível a extração de um conceito diferente.¹

Neste diapasão, crime, partindo da lei como referência, é a “conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal”.²

Numa concepção mais positivista, própria do grande Aníbal Bruno, “crime é todo fato que a lei proíbe sob ameaça de uma pena”.

Sustentou o positivista Garofalo, embebido de uma visão naturalista do crime, que este seria a violação dos sentimentos altruístas fundamentais de piedade e de probidade, na medida média em que se encontram na humanidade civilizada, por meio de ações nocivas à coletividade.³

Pode-se dizer também, em consonância com os ensinamentos do grande mestre Basileu Garcia, seguidor da concepção de Garofalo, que o crime nada mais é que o acontecimento a que a lei relaciona a pena.

Comungamos da invencível lição clássica de Nelson Hungria, para quem o crime, consiste num fato típico, antijurídico e culpável.

Aliás, toda a doutrina que sucedeu o grande mestre, dele não ousou discordar. Nesse sentido Guilherme de Souza Nucci leciona que o crime, analisado sob um aspecto analítico, é

¹ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, vol 1. 32ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997. pág. 96

² NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, vol 1. 32ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997. pág. 97

³ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. pág. 283

uma conduta típica, antijurídica e culpável [...] uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito.⁴

Mais modernamente, o conceito de crime é estudado, salienta Mirabete, sob outros dois aspectos além do analítico. Quais sejam o formal e o material. Entendimento do qual é adepto também Heleno Fragoso.

Todavia, como sói acontecer com o direito penal, matéria essencialmente dogmática, alerta o ilustre professor que em todas as suas abordagens se encontrará um conceito jurídico.

Pela perspectiva do aspecto material, busca-se entender o conteúdo da norma violada. Tem-se aqui campo fecundo para outras ciências tais como sociologia, psicologia, sociologia, psiquiatria etc.

Sob o aspecto formal do crime, diversos autores apontam, com pequenas diferenças conceituais, a faceta contraditória entre fato e norma. Têm em comum, tais autores, o entendimento de que o crime, quando analisado em seu aspecto formal, sempre terá por base uma norma violada.

Regis Prado apresenta o crime sob duas visões, a saber, a nominal e a substancial.⁵

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. pág. 158

⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol 1. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. pág. 241

Entende o professor que o delito, quando analisado nominalmente, é definido de forma positiva, isto é, somente será crime o que a lei assim tiver definido previamente.

Cuida-se do já sagrado princípio estampado no artigo 1º do Código Penal brasileiro e no mesmo artigo do Código Penal italiano, de que a lei anterior é condição de existência do crime.

A forma substancial de se estudar o crime é adentrar-lhe seu desvalor, seu conteúdo. Reside aqui o sentimento do injusto que permeia toda e qualquer sociedade. Trata-se de estudar o caráter moral da norma incriminadora.

A sociedade, em determinados momentos históricos repudia algumas condutas. Estas condutas, quando desaprovadas, são erigidas à condição de crime, e é este desvalor a matéria do crime.

Apenas para exemplificar, no Brasil, até pouco tempo atrás, vigia o artigo 217 do Código Penal com a seguinte redação: “Seduzir mulher virgem, menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (catorze), e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança: pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos”.

Na ocasião em que foi pensado o Código Penal do Brasil, em 1940, era plenamente justificável a previsão de tal conduta como criminosa, pois assim exigiam os valores sociais da sociedade brasileira. Porém esta não é a realidade atual, motivo pelo qual não mais existe razão para subsistir este tipo penal naquele estatuto repressivo.

Trocando em miúdos, quando há uma “banalização” de condutas tidas por criminosas, tais condutas passam a ser comuns e aceitáveis no meio social, condição bastante para que sejam extirpadas do ordenamento punitivo.

Quando se estuda a norma penal para dela inferir o conceito de crime, faz-se mister que se visualize o real interesse do legislador de forma que se

saiba o que este pretendeu proteger com a norma penal. Tanto assim que Noronha, ao lado de tantos outros penalistas, nos chama a atenção para o fato de que o crime lesa um bem jurídico protegido por norma penal.

Por fim, pelo critério analítico é possibilitada a dissecação do conceito de crime em todas as suas partes. Valendo-se de metáfora corriqueira de aulas de introdução ao estudo do direito, tem este estudo para o direito penal, o mesmo valor que tem a anatomia para a medicina.

Neste sentido, leciona Hungria:

Em sentido amplo, crime é o ilícito penal. Mais precisamente: é o fato (humano) típico (isto é, objetivamente correspondente ao descrito *in abstracto* pela lei), contrário ao direito, imputável a título de dolo ou culpa e a que a lei contrapõe a pena (em sentido estrito) como sanção específica.⁶

Do conceito do mestre é possível extrair um dogma: É imprescindível, para a vida do delito, a existência de um fato típico e não só, mas também seus predicados que são a antijuridicidade e a culpabilidade.

A tipificação de determinada conduta em lei é apenas um dos aspectos da norma penal. É o aspecto objetivo. Porém sempre haverá de ser cotejada com a antijuridicidade e a culpabilidade.

Sobre o fato típico, destinamos um item próprio. O mesmo fizemos com seus predicados que o elevam à condição de crime. Todavia não há que se perder de vista que a falta de qualquer um dos elementos acima descritos, desconstitui o crime. Sua dissecação não pode ir além da comodidade para o estudo e entendimento da conduta criminosa.

⁶ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1955. pág. 6

2. Do fato típico

O crime imprescinde, para a sua caracterização, de um fato. Não havendo fato, não há que se falar em crime.

Não subsiste o crime sem que tenha ocorrido um fato humano, eis que um instituto eminentemente humano. Animais outros, que não o homem, não praticam crimes, tampouco as coisas podem-lho praticar.

Nos dizeres de Regis Prado, “o tipo é a descrição abstrata de um fato real que a lei proíbe”.⁷ O tipo, portanto, é a perfeita adequação de um fato humano à conduta previamente descrita em lei. Como já se disse, a sociedade repudia determinadas condutas, determinados portar-se.

Deste modo, tem o direito o condão de, atendendo aos padrões morais, o sentimento de injusto existente em determinado círculo social em relação a um agir ou a um não agir, incriminar determinadas condutas.

Para incriminá-las, contudo, vale-se de uma “técnica” que transforma a mera reprovação moral, que é desprovida de sanção, em delitos providos de sanção, de pena (não obstante entendimentos vários de que a sociedade pune os seus membros que desrespeitam certas imposições morais, tais punições não gozam da prerrogativa de poderem ser impostas por meio da força. Tais regras morais não são dotadas de coercitividade, atributos exclusivos da norma penal).

Esta transformação de um injusto moral em um injusto penal, não é feita de modo qualquer. O direito penal, sancionador que é, deve ser aplicado com medidas milimetricamente preordenadas, sob pena de ser taxado inconstitucional.

⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol 1. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. pág. 352

Assim sendo, é de se esperar que o direito penal seja uma ciência que não dê margem a dúvidas, a demasiadas interpretações.

Faz-se necessário que a conduta elevada à condição de crime pelo direito penal, seja previamente descrita em lei. A descrição, além de ser prévia, há de se exaurir em si mesma.

Não se abre a possibilidade de “adaptar” uma norma a um fato. Ou o fato se enquadra na norma que o incrimina de forma perfeita, tal qual apenas uma chave serve a uma fechadura, ou não existe o crime.

Esta perfeita descrição do fato em uma norma é chamada de tipicidade. A tipicidade tem a missão de descrever de forma clara qual o direito tutelado pela lei penal, bem como qual a conduta que o agride ou o expõe a perigo.

Assim, Régis Prado ensina que tipicidade é a subsunção ou adequação do fato ao modelo previsto no tipo penal. É um predicado, um atributo da ação, que a considera *típica* (juízo de tipicidade *positivo*) ou *atípica* (juízo de tipicidade *negativo*).⁸

Daí vai, a ação típica é a sobreposição de uma conduta a uma norma que a abraça. É o preenchimento de uma norma abstrata por uma conduta humana. É o permissivo constitucional (artigo 5º, XXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil e da Constituição italiana) para que o imoral seja punido pelo direito penal, servindo de ponte entre um e outro.

Muito embora dediquemos um tópico adiante para discorrermos sobre a ilicitude do fato típico, apontamos por ora que esta não se confunde com a tipicidade, tampouco a ela deva estar atrelada⁹.

⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol 1. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. pág. 352

⁹ A Teoria da Identidade e a Teoria dos Elementos Negativos do Tipo, defendidas por Mezger-Sauer e Merkel, Frank, Radbruch e Baumgarten respectivamente, entendem de forma contrária. Para estas correntes o tipo está intimamente ligado à ilicitude, formando um todo unitário (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol 1. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. pág. 353)

São, na verdade, a tipicidade e a ilicitude, apenas duas das integrantes de um conceito maior que é o fato típico.

Ao debruçar-se sobre a tipicidade de uma conduta, deve-se ter sempre por objetivo apenas inferir se determinada conduta subsume-se ou não ao tipo penal. Não cabe, neste mister, qualquer aferição sobre a ilicitude ou não do ato.

O crime é cometido de forma completa, mas o seu estudo convém ser feito em partes. Busca-se, nesta fase, tão-somente a verificação da tipicidade ou não da conduta praticada, a definição, de forma objetiva, se há ou não lei que a defina como crime.

Afinal, sendo o fato típico, porém lícito, no momento adequado do seu estudo, que é o da verificação da presença ou não da ilicitude, perceber-se-á a sua ausência de sorte que o fato, embora típico, não constituirá crime.

Por outro lado, entendida determinada conduta como ilícita, porém não lhe precisando a tipicidade, classificar-se-lhe-á como qualquer coisa, porém nunca como crime. Este o motivo pelo qual se defende o estudo do crime de forma dissecada.

Neste diapasão, para estudarmos o fato típico, devemos voltar os olhos aos conceitos de tipo penal, tipicidade, conduta, resultado e nexos causal, pois o fato típico é a síntese da conduta ligada ao resultado pelo nexos causal, amoldando-se ao modelo legal incriminador.¹⁰

A adequação da conduta à norma penal perfaz a tipicidade. Em outras palavras, tipicidade é nome dado à junção do fato ao tipo.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. pág. 182

Pois bem. Delineados alguns apontamentos gerais sobre a tipicidade (tipo penal + fato), cumpre-nos explicitar que o fato pode e deve ser dividido em um trinômio, a saber, conduta, resultado e nexos de causalidade.

Apenas para recapitular e sintetizar, o crime é composto, segundo a teoria clássica, de três elementos: o fato típico, a antijuridicidade do fato e a sua culpabilidade. Em sede do fato típico, vimos que este tem vez quando o fato pode ser subsumido à norma penal, portanto quando se mostra o fato dotado de tipicidade.

Mas a tipicidade deve ser estudada de forma um pouco mais detalhada. É a tipicidade um conceito amplo que engloba outros três menores conceitos: conduta, resultado e nexos de causalidade. Estudaremos, desta forma, cada um deles a seguir.

2.1 Da conduta

Conduta é, segundo Damásio Evangelista de Jesus, “a ação ou omissão humana consciente e dirigida a determinada finalidade”.¹¹

Ao direito penal não é dado punir o homem por simples posição. A condição em que se encontra, ou à classe social a que pertence não é, segundo a teoria finalista da ação hoje vigente, motivo bastante para a punição.

Valoriza-se não o homem, mas sua conduta. O mero “ser” não é punível, mas sim a vontade externada em uma conduta que pode ser comissiva ou omissiva.

A ação ou omissão, para que se caracterizem em conduta, haverá de ser humana. Por mais que nos queira parecer óbvio tal apontamento, a

¹¹ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 1.

colocação nos livra do peso de tomar por conhecido o não dito. Antes pecar pelo excesso.

Assim, não praticam os animais outros que não o homem, condutas. Da mesma forma pessoas jurídicas não praticam condutas, mas sim seus administradores.

Também integram o conceito de conduta, a ação e a omissão. É o manifestar-se de acordo com a vontade.

A vontade em praticar determinada conduta faz-se presente tanto em crimes dolosos quanto em crimes culposos, com a diferença de que apenas naqueles existe a fase da intelecção do crime ainda na abstração do agente.

Apenas quando se faz presente a conduta é que a vontade humana toma importância jurídica, mais notadamente no direito penal.

Em nosso direito, não se punem os pensamentos. Se não se identificar uma conduta, não haverá o que ser punido. Para que se possa pretender uma repressão criminal, faz-se mister uma ação ou uma omissão. Nem sempre esta será fator suficiente, todavia, sempre será imprescindível.

Tanto a ação, como a omissão, expressam um comportamento humano. Este comportamento, quando antijurídico, interessará ao direito penal. Isto porque um crime se caracteriza não só por um agir humano, mas também por um não agir, quando o agir é exigido.

Mira Y Lopez, citada por Costa Junior ensina que a ação é primeiro elaborada no mundo intrapsíquico, para, ao depois, se exteriorizar no mundo material. Por esta ação voluntária, planejada no plano da *gnósis*, entende-se a movimentação dos membros, na palavra dita ou em outras

deslocações parciais do corpo. São punidos os fatos, os escritos e as deliberações¹².

Lembra Capez que a conduta é “ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dolosa ou culposa, voltada a uma finalidade, típica ou não, mas que produz ou tenta produzir um resultado previsto na lei penal como crime”.¹³

O pensamento, enquanto encastelado na consciência, não representa absolutamente nada para o Direito Penal.

Quanto à omissão, esta consiste em um não fazer. Defende Costa Junior que o agir diversamente também constituiria uma omissão juridicamente relevante, porquanto não se tenha feito aquilo que deveria ser feito.

Com a licença do ilustre professor, discordamos neste aspecto, pois entendemos por omissão o “não fazer o que se espera” e, dentro desta omissão, qualquer outra conduta praticada pelo agente, sendo diversa daquela que tinha por obrigação legal praticar, se torna indiferente.

Afinal, difícil seria imaginar que o agente, ao não praticar a conduta que se lhe impunha, também outra não praticaria.

Ao se omitir de prestar socorro, tanto faz tenha o agente ficado estático no local do acidente ou tenha fugido para local distante. Sua conduta será sempre omissiva, pois o que deveria ter feito, não fez.

Contudo, esta diferenciação não vai além de discussão acadêmica, pois tanto num quanto noutro entendimento, a conduta é igualmente punível.

¹² COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. pág. 14/15

¹³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Parte Geral* vol 1. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005. pág. 114.

Insurge-se ainda como característica da conduta a vontade. Tanto na omissão quanto na ação, a vontade desponta como um elemento psicológico comum.

A vontade é o impulso responsável pela conduta humana, o que não se confunde com a intenção, porquanto esta se resume no fim pretendido pelo agente.¹⁴

Há ainda que se apontar para outra modalidade de conduta, a omissiva imprópria. No fato omissivo próprio, do qual falamos há pouco, o agente falta a um comando da lei penal ao não praticar uma conduta imposta por ela.

Diferentemente, no fato comissivo impróprio, a conduta se caracteriza quando o agente alcança o resultado previsto no crime comissivo, por meio de uma omissão.

Entendemos, contudo, que esta modalidade de conduta é já contemplada na modalidade de conduta ativa, ou seja, a comissiva.

Como a conduta se caracteriza pela omissão que leva a uma conduta proibida por lei e tipificada como crime, em última análise a conduta é também punível.

A distinção é meramente doutrinária. A mãe que deixa de amamentar seu filho (conduta omissiva) ocasionando-lhe a morte por inanição, pratica, outrossim, o crime de homicídio..

Para que exista a conduta, é necessária a presença da vontade livre e consciente. Não constituem conduta os movimentos executados sob coação

¹⁴ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. pág. 15

de uma força exterior, irresistível e absoluta.¹⁵ Sem essa vontade que o impulsione, o gesto humano não alcança a dignidade de uma conduta.¹⁶

A ação regida pela vontade é sempre uma ação final, pois sempre será direcionada à obtenção de determinado fim.¹⁷

No mesmo sentido é a lição de Zaffaroni, citado por Rogério Greco, quando afirma que “a vontade implica sempre uma finalidade, porque não se concebe haja vontade de nada ou vontade para nada; sempre a vontade é vontade de algo, quer dizer, sempre a vontade tem um conteúdo, que é uma finalidade”.¹⁸

Registre-se, entretanto, que a vontade é analisada no início na conduta. Como já se disse, não há se confundir vontade e intenção.

É o bastante que o agente tenha praticado a conduta de forma livre e consciente, ou seja, baseando-se tão-somente em sua vontade, para que possa ser punido pelo ordenamento penal. Tanto assim que aquele que pratica uma conduta porque movido por violência exterior, do crime não é autor em última análise, pois sua vontade não é livre. O ato ou a omissão, neste caso, é imputado a quem coage.

De outro modo, o débil mental que pratica uma conduta punível, a pratica com vontade livre, porém viciada. Sua culpabilidade será excluída, mas a sua vontade livre e consciente é já o bastante para erigir seu ato à condição de conduta.

¹⁵ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. pág. 18

¹⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. pág. 298

¹⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral vol 1*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2006. pág. 158.

¹⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral vol 1*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2006. pág. 158.

Assim como a conduta não subsiste sem o elemento psicológico consubstanciado no querer íntimo, também não persiste em âmbito penal a vontade sem uma exteriorização material que vise satisfazê-la.

Não tem relevância jurídica o mero desejo de praticar uma conduta. Se “X” deseja a morte de “Y” pouco importa para o direito penal, conquanto que não manifeste seu desejo em conduta, procurando o fim desejado.

Como já assinalado, não se pune meras abstrações mentais – *cogitationis poenam nervo partitur*.

Fácil notar, destarte, que sendo a conduta dolosa, ou seja, praticada por livre e espontânea vontade do agente, ela sempre será fracionada em duas fases. Uma interna (que é a que ocorre na esfera do pensamento e é composta pela antecipação na mente do agente do resultado visado, escolha do *modus operandi* e algumas vezes pelo julgamento feito pelo próprio agente acerca dos efeitos de sua conduta eleita). Outra externa (que é a fase na qual o agente concretiza seus planos levando-os a cabo no mundo real, ou ao menos tentando levá-los a cabo).

Mais que isso. Essa manifestação externa deve produzir um resultado. Não há uma ação que seja penalmente reprovável, sem que dela tenha advindo um resultado.

O resultado, como bem salientado por Aníbal Bruno “se incorpora à ação como seu momento final e juridicamente mais relevante, quando a ação se apresenta de relevância para o direito”¹⁹, mas há que se advertir que o resultado eventualmente ligado à ação pelo nexos de causalidade pertence ao tipo penal e não à ação.

Ensina ainda o aplaudido penalista que por modificação do mundo exterior, entende-se também a que se apresenta no interior psíquico de outrem

¹⁹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. pág. 299

quando provocado pelo atuar do agente, como é o caso da emoção, da dor, da humilhação, da injúria, da intimidação, do sentimento de insegurança, na ameaça.

Arremata o preclaro autor invocando Von Liszt que “o mundo interior de outrem é mundo exterior em relação ao agente”.²⁰

Não se negue acerto ao grande mestre, porquanto a conduta que quando praticada, modifica o mundo interior alheio, em última análise, modifica também o mundo naturalístico, eis que o terceiro é também contemplado no conceito natureza.

Por fim, a conduta é composta de atos, mas com eles não se confunde. Os atos são, na verdade, as partes em que a conduta pode se decompor.

Assim, uma conduta pode ser composta por vários atos ou pode se encerrar num único ato, como sói acontecer nos crimes unissubsistentes.

A agressão consistente em soco seguido de um pontapé e de uma facada, desde que todos os atos tenham por objetivo a morte da vítima, encerra uma só conduta, qual seja, o homicídio.

Da mesma forma uma única facada, se desferida com o *animus necandi*, constituirá o crime de homicídio, caso morra a vítima.

2.2 Do resultado

A conduta incriminada pela norma penal não é o bastante para que exista o crime. Assim, o resultado desponta como segundo elemento do fato típico.

Partindo-se de um conceito naturalístico chega-se à conclusão que o resultado é a modificação do mundo exterior provocada pelo comportamento humano voluntário.²¹

²⁰ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. pág. 299

Entende-se que o resultado é o decorrente lógico da conduta penalmente punível, seu efeito natural.

Como o Código Penal brasileiro, em seu artigo 13, reza que só haverá crime se também houver resultado, não pode ser verdade que o natural é o único resultado possível em uma conduta, eis que tal premissa nos levaria ao silogismo de que não são puníveis crimes tais como injúria feita oralmente, ato obsceno dentre outros.

Como solução deste problema, apresentou-se o argumento de que o resultado a que faz alusão a lei penal é o resultado jurídico, ou seja, existirá crime se a conduta voluntária do agente ofender dispositivo penal incriminador, seja lesando direito, seja ocasionando-lhe perigo.

Pode-se, desta forma, classificar os crimes em materiais (quando o resultado naturalístico é previsto e exigido), formais (quando embora previsto o resultado naturalístico, sua ausência não descaracteriza o crime) ou de mera conduta (quando se trata de crime que não admite resultado naturalístico, cite-se como exemplo o crime de desobediência).

A teoria do delito nos mostra, em sua evolução, que a assertiva que nos leva a interpretação literal do artigo 13 do Código Penal brasileiro, apenas e tão-somente nos será válida se entendermos por resultado, o resultado jurídico da violação da norma.

De festejada lição de Rogério Greco, pode-se apreender que existem crimes que possuem resultado naturalístico, causando modificação no mundo exterior. Outros por sua vez, não são aptos a produzir qualquer modificação no mundo fenomênico. Todos, entretanto, produzem um resultado jurídico,

²¹ Mirabete, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – Parte Geral* vol 1. 21ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2004. pág. 110.

que, em sua objetiva lição é “a lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado pela lei penal”.²²

Assim, Sheila Bierrenbach, citada por este autor afirma que

a relação de causalidade (a que o Código Penal faz alusão) refere-se, exclusivamente, aos delitos de resultado, cuja superveniência coincide com a consumação. Trata-se do nexo de causa e efeito que há de existir entre a conduta do agente e o evento descrito no tipo.²³

Em que pese o entendimento de Luiz Flávio Gomes de que não existe crime sem resultado, porque assim expressamente afirma o artigo 13 do Código Penal brasileiro, correta entendemos ser a assertiva de que o nexo de causalidade, limitado aos delitos materiais, não tenha sentido em relação aos delitos de simples atividade ou aos omissivos próprios.

Tanto assim que Flávio Gomes ao afirmar que o artigo 13 do Código repressivo é aplicável a todas as espécies de delito, o fez nos seguintes termos:

Não existe crime sem resultado, diz o artigo 13. A existência do crime depende de um resultado. Leia-se: todos os crimes exigem um resultado. Se é assim, pergunta-se: qual resultado é sempre exigido para a configuração do crime? Lógico que não pode ser o resultado natural (ou naturalístico ou típico), porque esse só é exigido nos crimes materiais. Crimes formais e de mera conduta não possuem ou não exigem resultado (natural). Consequentemente, o

²² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral* vol 1. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2006. pág. 228.

²³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral* vol 1. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2006. pág. 228.

resultado exigido pelo artigo 13 só pode ser o jurídico. Este sim é que está presente em todos os crimes.²⁴

Como se vê, não obstante seu entendimento seja diverso do defendido por Greco, na verdade chega ao mesmo fim: a despeito da redação do artigo 13 expressamente afirmar que o crime depende de um resultado, crime existirá ainda que este resultado não seja perceptível aos nossos sentidos.

Em recente publicação, Fernando Galvão, professor da Universidade Federal de Minas Gerais/BR, escreveu que, sem embargos da máxima de que relevância social da norma penal incriminadora advenha da produção do resultado naturalístico indesejado, nem sempre o resultado será perceptível no mundo natural.²⁵

Percebe-se mais uma vez na lição do autor que resultado e conduta são institutos que não se confundem.

O resultado não faz parte da conduta, não obstante possa integrar a descrição típica quando expressamente previsto em lei.

Aliás, o professor Paulo José da Costa Junior, citado por Galvão advertiu que

se é verdade que todo crime abarca em seu bojo estrutural um evento jurídico, não é menos verdade que o evento naturalístico não existe indefectivamente em toda espécie de delito [...]. Prescindem algumas espécies delituosas de eventos naturalísticos, sendo providas, contudo, de evento jurídico, que se consubstancia na ofensa ao patrimônio jurídico-penal [...]. O evento naturalístico (material, físico) é elemento accidental do delito. Sua presença não pode ser

²⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral* vol 1. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2006. pág. 229.

²⁵ DA ROCHA, Fernando A. N. Galvão. *Direito Penal – Curso Completo – Parte Geral*. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. pág. 204.

divisada em todas as figuras delituosas. O evento jurídico (formal) pelo contrário, constitui integrante necessária e essencial da morfologia do delito. Sua ausência na estrutura do crime implica sua desapareição.²⁶

Sem prejuízo do entendimento de que o resultado tratado pela norma penal é o jurídico e não o natural, tracemos algumas linhas sobre o que vem a ser o resultado físico de um crime, mesmo porque a maioria dos crimes previstos em nossa legislação penal são materiais.

Primeiramente é de se apontar que não se confundem resultado e evento. Este, qualquer acontecimento. Aquele, consequência de uma conduta.

Assim, pode-se com certa comodidade definir o resultado naturalístico como sendo a modificação do mundo exterior provocada por uma conduta (a perda patrimonial no crime de estelionato, a conjunção carnal no crime de estupro, a morte no homicídio etc.).

No mesmo sentido escreveu Roque de Brito Alves em recente obra publicada em Recife/BR:

Pode-se conceituar-se ou considerar-se o resultado, para o efeito jurídico-penal, tanto naturalisticamente como a alteração ou modificação de realidade, do mundo exterior devido à conduta do agente como normativamente em termos de lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico penalmente tutelado. Assim sendo, juridicamente pode ser afirmado que não pode haver delito sem resultado (sic).²⁷

Sendo certo que nem toda conduta reprovável criminalmente produz uma transformação do mundo fenomênico, pode-se afirmar que nem de todo

²⁶ DA ROCHA, Fernando A. N. Galvão. *Direito Penal – Curso Completo – Parte Geral*. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. pág. 205.

²⁷ ALVES, Roque de Brito. *Direito Penal – Parte Geral*. 1ª edição. Recife: Ed Do Autor, 2008. pág. 207.

crime advém um resultado natural. Porém todo crime tem um resultado jurídico.

Conceitua-se então resultado jurídico como sendo a lesão ou ameaça de lesão a um interesse penalmente relevante.

2.3 Do nexo de causalidade

Reale já advertia para o fato de que o nexo de causalidade é matéria que apresenta dificuldades teóricas, embora na prática sua compreensão não seja tão árdua,²⁸ razão pela qual nos parece oportuno iniciar este capítulo com alguns conceitos aptos a distinguir causa, condição e concausa.

A conceituação nos permitirá entender mais facilmente o complexo e intrincado fenômeno que é a relação de causalidade.

Assim, traz-se à baila o conceito do sempre cultuado Basileu Garcia, citado por Ariel Dotti, acerca da causa: “causa é a energia criadora do resultado”.²⁹

Nucci, que diz inexistir qualquer distinção entre causa e condição, define causa como “toda ação ou omissão que é indispensável para a configuração do resultado concreto, por menor que seja o seu grau de contribuição”.³⁰

O Código Penal brasileiro também trouxe seu conceito de causa estampado na cabeça do artigo 13: “considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”

Por condição entende-se “o fenômeno (que pode ser humano ou natural) que admite a previsão de um fato como provável”.³¹

²⁸ REALE JR, Miguel. *Teoria do delicto*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. pág. 172.

²⁹ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pág. 316.

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. pág.195.

Para os que diferem causa e condição, enquanto a causa desponta como aquilo que produz um efeito, a condição aparece como aquilo sem o qual não se atinge o efeito. Para efeitos penais, entretanto, não faz o menor sentido distinguir um termo de outro.

Quanto à concausa, esta um pouco mais relevante no estudo do direito, porquanto embora não mais admitida no nosso sistema como causa de diminuição de pena, ainda permeia o direito penal. Isto porque a ocorrência de causa superveniente relativamente independente interrompe a cadeia causal iniciada pelo agente e dá início à outra cadeia causal.

A concausa pode ser assim definida: “um elemento causal a concorrer com outro, de modo a determinarem, em influência conexa, o resultado”, conforme ensinamentos de Basileu Garcia, a quem Dotti faz referência.³²

Cita-se, a título de ilustração, o sempre recorível exemplo daquele que, em virtude dos tiros que levara de seu desafeto, é socorrido por ambulância que vem a acidentar-se a caminho do hospital, explodindo-se e levando a óbito o ferido por projéteis de arma de fogo.

Resta clara a hipótese de concausa. Por mais que se queira defender que os tiros causariam apenas uma lesão corporal, não se tem como escapar da realidade de que não fossem os tiros, na ambulância não estaria o infeliz.

Diferente do que ocorre quando uma pessoa envenenada sobre a cama de sua casa, morre por conta do teto que sobre ela desabara.

Com o intuito de tornar latente a existência de nexos causalidade, tanto em crimes com resultado naturalístico quanto em crimes desprovidos desta

³¹ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pág. 316.

³² DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pág. 317.

espécie de resultado, Fernando Capez, em socorro de Luiz Flávio Gomes, aponta, em clara confusão entre nexos de causalidade e culpabilidade, para a existência de dois tipos de nexos causais, o natural e o normativo.

Diz que o primeiro consiste em uma mera constatação acerca da existência de relação entre conduta e resultado, ao passo que o segundo estaria mais voltado à verificação de culpa ou dolo do agente.³³

Dito isto, apto estamos a entender que o nexo de causalidade é o liame que estabelece o vínculo entre a conduta e o resultado por esta produzido.

O nexo de causalidade permite concluir se o resultado é ou não derivado da conduta do agente (seja ela um fazer ou um não fazer).

Ensina Mirabete que “para haver fato típico é ainda necessário que exista *relação de causalidade* entre a conduta e o resultado”.³⁴ É um elo necessário que deve jungir a conduta do agente ao resultado por ela produzido.

Ausente este elo, o resultado não pode ser atribuído à conduta do agente e, por conseguinte, crime, este não terá praticado, pois ausente uma das integrantes do fato típico (a relação de causalidade).

O nexo de causalidade é próprio dos crimes que apresentam resultado naturalístico. Assim, encontrar-se-á o nexo de causalidade nos crimes materiais (tais como estelionato, homicídio, furto) e nos omissivos impróprios (ou comissivos por omissão).

Nos crimes formais, não haverá que se falar em nexo de causalidade, eis que, sendo crime de resultado antecipado por vontade legal, consuma-se antes mesmo da ocorrência do resultado naturalístico.

³³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Parte Geral* vol 1. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005. pág.154.

³⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – Parte Geral* vol 1. 21ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2004. pág. 110

O mesmo se diga acerca dos crimes de mera conduta e dos omissivos próprios, pois para os de mera conduta o legislador não exigiu qualquer resultado natural e para os omissivos próprios basta a inação do agente para que o crime se caracterize.

É preciso se tenha em bom entendimento que não se confundem nexos de causalidade e culpabilidade. Enquanto o nexo causal é próprio do plano material, ou seja, tem por objetivo a análise da existência ou não da relação de causa e efeito, a culpabilidade deve ser analisada ao depois, quando já estabelecida esta relação.

Pode-se mesmo dizer que condição da culpabilidade é a relação de causalidade, mas não por isso a recíproca seja verdadeira.

A noção de causalidade em sentido estrito é escorregadia ao direito. Explicável com maior propriedade pela física, pela natureza.

A simples relação de causa e efeito não é o suficiente para a caracterização do delito, a ela deve estar somada também a culpabilidade.

Pois bem. Apontado não se tratar do mesmo instituto, falemos então do nexo de causalidade que se desponta como requisito para o estudo da responsabilidade penal.

O nexo de causalidade, como já se disse, tem o condão de ligar a conduta, e conseqüentemente o agente, ao resultado material percebido.

O mérito da sistematização deste tema é da doutrina alemã e mais tardiamente da italiana, conforme noticia Aníbal Bruno.³⁵

Várias teorias surgiram dentre estes estudiosos no afã de esclarecer o que vem a ser a relação de causalidade. Podemos, assim, apontar cinco principais teorias existentes acerca da relação de causalidade.

³⁵ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. pág. 321

Teoria da totalidade das condições: considera como causa do resultado todas as condições concorrentes. Esta teoria sofre críticas no sentido de que pouco importa ao Direito Penal as demais condições que não a ação humana.

Em outras palavras, dizem seus críticos que importa saber se determinada causa posta pelo agente humano pode ou não ser considerada a causa do resultado, não as demais causas impostas pela natureza.

Teoria da equivalência das condições: Buscou esta corrente limitar a amplitude que maculava a Teoria da totalidade das condições. É também chamada esta corrente de Teoria da *conditio sine qua non*.

Defendem seus adeptos que não se deve levar em conta o conjunto de todas as condições concorrentes, mas sim abstrair mentalmente a condição posta pelo agente no sentido de que, se eliminada esta condição, também estivesse eliminado o resultado, bastante seria para determinar que sua conduta guarda um nexo de causalidade com o resultado (processo hipotético de eliminação).

A crítica que se faz a esta teoria, diz Miguel Reale Junior, é que, pelo método eliminatório, alcançar-se-ia a mais remota das condições, atribuindo-se a qualidade de causa à contribuição pelo simples fato de que, mesmo longinquamente, necessária à realização do resultado.

Soluciona a questão este autor ensinando que devem ser estabelecidos dois momentos quando da apuração da condição: a verificação da ação como imprescindível para o resultado; e a redução do âmbito da relevância causal, por meio de um exame do aspecto psicológico que atua como fator limitativo da imputação estritamente causal.³⁶

³⁶ REALE JR, Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. pág. 176.

Teoria da causalidade adequada: segundo esta teoria, causa é a condição que se desponha mais adequada a produzir o resultado. Elimina, portanto, esta corrente, aquilo que se chamou de equivalência das condições.

Importa para esta teoria apenas se há um nexos que prende o atuar do agente como causa, ao resultado como efeito.

Sendo o resultado consequência normal e previsível do agir ou do não agir humano, aperfeiçoado estará o nexos de causalidade.

Tem por principal característica um critério de probabilidade, excluindo-se o acidental imprevisível. Peca esta teoria por sair do domínio da causalidade e adentrar no da responsabilidade, eis que se vale em seu mister, de um cálculo subjetivo.

Teoria da predominância: prega os seus defensores e mais acentuadamente o criador desta teoria, Binding, que existem forças que levam ao resultado e também forças que o impedem a ocorrência. A condição rompedora do equilíbrio existente entre estas duas forças é o que se dá o nome de causa. Portanto causa será a última condição que prepondera sobre as outras.

Para Binding, a conduta humana é que dá preponderância a uma das condições do resultado.

Teoria da relevância jurídica: Esta teoria teve a missão de unir e combinar as teorias da equivalência e da causa adequada, introduzindo o domínio da causalidade no domínio da responsabilidade penal.

Entende-se por esta teoria que a causalidade deve ser resolvida pela teoria da equivalência das condições, ao passo que cabe à teoria da adequação não analisar a causalidade, mas sim a relevância jurídica da condição resolvendo a questão da responsabilidade penal.

O ponto positivo desta teoria consiste no fato de que apenas ela deu a devida importância à exigência da relevância jurídica da causa.

Por outro lado, merece críticas no sentido de que adentrou, assim como a teoria da causalidade adequada, no âmbito da responsabilidade penal, que na verdade mais interessa no estudo da culpabilidade que no da causalidade.

Embora não seja este o objeto desta monografia, não podemos deixar de registrar que se entende hoje em nosso meio não ser a concausa o bastante para afastar o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado, a menos que totalmente independente a causa posterior da anterior. Na verdade estar-se-ia, contudo, diante de duas causas e não de uma concausa.

Como se vê, distante de um consenso está a doutrina. Quer nos parecer que maior acerto assiste à teoria da equivalência das condições³⁷, embora não seja isenta das também corretas críticas no sentido de que tal teoria permite a regressão ao infinito. Entretanto o regresso deve ser estudado na seara da culpabilidade e não no da causalidade.

2.4 Da tipicidade

Não se confundem fato típico e tipicidade. “Tipicidade é instrumento de adequação, enquanto o fato típico é a conclusão desse processo.”³⁸

Para entendermos o fato típico, faz-se necessário que nos atenhamos aos conceitos de tipo penal, tipicidade, conduta, resultado e nexo causal, como bem previne Nucci, pois o fato típico é a síntese da conduta ligada ao resultado por meio do nexo de causalidade.

³⁷ Neste mesmo sentido ensina Mirabete citando Fragoso: “Para que se possa reconhecer se a condição é causa do resultado, utiliza-se o *processo hipotético de eliminação*, segundo o qual causa é todo antecedente que não pode ser suprimido *in mente* sem afetar o resultado. (Mirabete, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – Parte Geral* vol 1. 21ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2004. pág. 111)

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. pág. 181.

Tipicidade, conforme este entendimento, é a mera adequação do fato ao tipo penal, a mera confluência do que é real ao que foi previsto de forma abstrata.

Na mesma esteira Dotti diz que

a tipicidade é a adequação do fato humano ao tipo de ilícito contido na norma incriminadora. Ou, em outras palavras: é a conformidade do fato à imagem diretriz traçada na lei, a característica que apresenta o fato quando realiza concretamente o tipo legal. A distinção entre tipo e tipicidade é muito bem colocada por Zaffaroni, ao dizer que o tipo é uma figura que resulta da imaginação do legislador, enquanto que o juízo de tipicidade é a averiguação que sobre uma conduta se efetua para saber se apresenta os caracteres imaginados pelo legislador.³⁹

O tipo penal é um dos requisitos básicos do direito penal.

Na medida em que a Constituição da República e o Código Penal expressamente consagram que a existência do crime depende de prévia lei que o defina, e que a pena fica restrita à cominação legal, a lei deve, sem exceções, definir de forma clara e perfeita quais são as condutas que constituem crimes.

Deve ainda a lei a cada uma delas cominar uma sanção penal, como forma de garantir a segurança jurídica e do mesmo modo afastar a arbitrariedade.

Lembra Cernicchiaro, em citação feita por Capez, que

impõe-se a descrição específica, individualizadora do comportamento delituoso. Em outras palavras, a garantia há de ser real, efetiva. Uma lei genérica, amplamente genérica,

³⁹ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pág. 311.

seria suficiente para, respeitando o princípio da legalidade, definir-se como delito qualquer prejuízo ao patrimônio ou a outro bem jurídico. Não estaria, porém resguardando, efetivamente, o direito de liberdade. Qualquer conduta que conduzisse àquele resultado estaria incluída no rol das infrações penais. Inviável, por exemplo, o tipo que descrevesse: ‘ ofender a honra de alguém’ – Pena de ‘tanto a tanto’. O tipo exerce função de garantia. A tipicidade (relação entre o tipo e a conduta) resulta do princípio da reserva legal. Logicamente, o tipo há de ser preciso para que a ação seja bem identificada.⁴⁰

Diferentemente do Pentateuco, o Código Penal brasileiro esmiúça, assim como todos os códigos repressivos democráticos, cada uma das condutas penais.

Não basta que o mero imperativo bíblico “não matarás” seja desrespeitado para que a pena humana seja aplicada.

O imperativo do Pentateuco tem justiça divina e esta é aplicada por Deus que não falha, tampouco é arbitrário.

Ao homem, por não reunir características divinas, não é e nem pode ser dado tamanho poder de generalização para elaboração de normas, principalmente em se tratando de normas repressivas.

Admitindo-se a possibilidade de tipos penais genéricos, o próprio tipo penal perderia a sua razão de existir, pois dada margem à arbitrariedade e à insegurança jurídica que, como já se disse, é o alvo que a criação do tipo penal teve por objeto extinguir.

⁴⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Parte Geral* vol 1. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005. pág. 185.

Se a conduta não corresponde a uma figura tipificada como crime em lei anterior, qualquer investigação em relação à culpabilidade em esfera penal é ociosa.

Por esta razão, Aníbal Bruno define o tipo como sendo

o conjunto de elementos do fato punível descritos na lei penal [...] à qual tem de ajustar-se o fato para constituir crime. Tipicidade é essa conformidade do fato àquela imagem diretriz traçada na lei, a característica que apresenta o fato quando realiza concretamente o tipo legal.⁴¹

Desta forma, o tipo penal se torna referência obrigatória para apreciação jurídica do fato, pois que apenas ocorrerá a tipicidade se e quando houver a subsunção ou adequação do fato ao modelo previsto no tipo penal.⁴²

Enquanto o fato típico é a soma dos elementos conduta, resultado e nexo de causalidade, a tipicidade é o fenômeno que indica a adequação do fato típico à norma penal.

Por esta razão, pouco importa seja a conduta capaz de produzir um resultado, caso não seja este conjunto de elementos (conduta, resultado e nexo de causalidade) subsumido perfeitamente à norma penal incriminadora.

Assim, entendemos ser a melhor definição de tipicidade a que nos traz Vicente Greco Filho quando afirma que a tipicidade é a

subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, isto é, a um tipo penal incriminador, ou conforme preceitua Muñoz Conde, ‘é a adequação de um fato cometido à descrição que dele se faz

⁴¹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. pág. 341.

⁴² PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol 1. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. pág. 352.

na lei penal. Por imperativo do princípio da legalidade, em sua vertente do *nullum crimen sine lege*, só os fatos tipificados na lei penal como delitos podem ser considerados como tal⁴³

Exemplificando o que foi dito até aqui, pode-se dizer que se “A” obtém para si uma vantagem ilícita em prejuízo alheio, mediante artifício, ardil ou outro meio fraudulento, mas sem que com isso tenha induzido qualquer pessoa em erro, não haverá que se falar em estelionato, pois, embora a conduta, o resultado e o nexo de causalidade estejam presentes, a conduta não se subsume de forma perfeita à lei penal em abstrato.

A tipicidade deve ter, portanto, exata correspondência entre o fato natural concreto e a previsão abstrata da lei.

Casos há em que a tipicidade não é dada de forma direta, malgrado seja igualmente punível a conduta que se subsume abstratamente à prevista em lei.

Ocorre a chamada tipicidade indireta quando para tipificar como penalmente punível, a conduta se subsume à uma norma incriminadora disposta na parte especial em combinação com outra norma prevista na parte geral do Código Penal, como acontece, por exemplo, nos crimes tentados.

Nesses termos, atuar tipicamente é agir nos estreitos limites da norma penal incriminadora.

O tipo penal compõe-se, de regra, do núcleo designado por um verbo (por exemplo, matar), de referências ao sujeito ativo, ou seja, condições ou qualidades que se devem encontrar no agente⁴⁴, ao sujeito passivo (por

⁴³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral* vol 1. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2006. pág. 165.

⁴⁴ Embora nem sempre presente, alguns tipos penais exigem certas características do agente, tais como ser ele médico, militar, mãe, funcionário público etc.

exemplo, Estado, mãe, filho, criança etc.), ao objeto material (coisa móvel, selo etc.) que por vezes se confunde com o sujeito passivo.

Não é incomum tipos penais que fazem referência ao tempo, lugar, ocasião e meios empregados.⁴⁵

Sem embargos não serem estas todas as partes integrantes do tipo penal, haja vista que outros elementos (elemento do injusto e elemento normativo) podem aparecer em sua composição (dá-se a estes tipos penais o nome de “anormais”), via de regra, são os mais corriqueiramente encontrados nos ordenamentos jurídicos democráticos.

⁴⁵ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, vol 1. 32ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997. pág. 99.

3. Da antijuridicidade

Poder-se-ia neste intróito indagar se não constituiria uma redundância afirmar que um fato típico (conduta + nexos causal + resultado) é antijurídico.

Para elidir qualquer tipo de questionamento neste sentido, basta advertir que o homicídio praticado pelo algoz, em países que admitem a pena de morte, embora típico em todo país democrático, não constitui crime, porquanto não dotado de antijuridicidade.

Percebe-se que embora o homicídio seja punido juridicamente por lei específica, está ele inserto em um ordenamento maior, que é o Direito, e que permite o algoz tire a vida do condenado.

Da mesma forma não comete crime o que se vale dos meios necessários para repelir mal injusto próximo, ainda que para tanto tenha que ferir direito alheio, pois acobertado pela legítima defesa. “A ação é antijurídica ou ilícita quando é contrária ao direito”.⁴⁶

A antijuridicidade, que é tida por grande parte da doutrina como termo sinônimo de ilicitude indica uma real oposição entre o fato e o direito.

Embora tenha sido também o termo ilicitude adotado pelo Código Penal brasileiro, preferimos e adotamos o já tradicional termo “antijuridicidade”, termo que tem guarida na jurisprudência daquele país e também foi utilizado pelos grandes penalistas.

Aníbal Bruno ensina que a antijuridicidade é

um dos elementos do crime. Não basta que a ação seja típica, isto é, que retrace na realidade da vida a definição da norma penal; é necessário ainda que seja antijurídica para que sobre ela recaia a reprovação da ordem de Direito, e que

⁴⁶ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, vol 1. 32ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997. pág. 100.

o agente penetre no processo da sua realização com os atributos da culpabilidade para que se venha a ter um fato punível. A antijuridicidade é, entretanto, um atributo geral, em relação a toda ordem jurídica, não particular ao direito punitivo.⁴⁷

É, para Greco, a antijuridicidade “a relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico”.⁴⁸

Sendo o direito uma ciência eminentemente valorativa, suas normas são feitas para proteger um bem da vida. Qualquer conduta que lhe agrida, taxar-se-á como antijurídica.

O delito, assim sendo, é a violação de uma dessas normas, razão pela qual se diz que todo delito, de forma estrita, é antijurídico.

Ocorre que, para dizer-se antijurídica ou não uma conduta, não basta se faça uma aodada análise acerca da tipicidade. Não é o bastante adequar a conduta a um tipo penal incriminador para que se conclua pela existência de um crime.

Ensina Noronha que ao conceito de antijuridicidade chega-se por exclusão. Levam-se em conta causas que excluem a antijuridicidade da conduta, de forma que apenas será antijurídico o fato definido na lei penal que não estiver acobertado pelo manto das causas justificativas, também estabelecidas em lei, como por exemplo, a legítima defesa.

Dessa forma, se “A” mata “B” em legítima defesa, realiza tipicamente um homicídio, mas crime não comete por não existir antijuridicidade.

Em situações excepcionais, a lesão ao bem jurídico é admitida, dès que também previamente definida em lei.

⁴⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. pág. 355.

⁴⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral* vol 1. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2006. pág. 333.

Afirma-se que a tipicidade significa apenas a contrariedade da conduta com a norma proibitiva, ao passo que a antijuridicidade indica contrariedade da conduta com todo o ordenamento jurídico, no qual, por ser mais amplo, figuram as normas proibitivas e as permissivas ou dirimentes.

Assim, Wessels, citado por Galvão, leciona que

o juízo de desvalor definitivo da ordem jurídica sobre o fato concreto não se pronuncia assim imediatamente com a determinação da ‘tipicidade’, mas tão só com a afirmação da ‘antijuridicidade’. A valoração de um acontecimento como ‘injusto’ percorre respectivamente duas fases: a investigação da tipicidade da conduta (= valoração com o auxílio do tipo legal) e a determinação de não incidência de causas justificantes (= valoração com o auxílio da ordem jurídica total).⁴⁹

A antijuridicidade de uma conduta é analisada na segunda fase de sua investigação.

Primeiramente se tem por lógica a análise da tipicidade da conduta. Sendo a conduta perfeitamente moldável ao tipo penal incriminador, autorizada estará a análise da sua antijuridicidade.

Uma conduta nunca será antijurídica se antes não puder ser classificada como típica. Por mais anti-social que seja a conduta, jamais será antijurídica (em âmbito penal), se não contrariar uma lei incriminadora.

Assim, não assiste qualquer razão para querer se valorar a antijuridicidade do rapto, por exemplo, eis que esta conduta, outrora definida como crime, hoje já não mais subsiste em nosso ordenamento.

⁴⁹ DA ROCHA, Fernando A. N. Galvão. *Direito Penal – Curso Completo – Parte Geral*. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. pág. 274.

Não há que se procurar causa de exclusão de antijuridicidade da qual falamos há pouco, quando a conduta não pode ser definida como típica, pois a tipicidade é elemento condicionante da existência do crime.

Em outras palavras, a regra é a existência do crime por conta da tipicidade ser atributo do fato penalmente incriminado. Certo da tipicidade, a antijuridicidade funciona como uma espécie de carimbo que certifica que aquele fato, perfeitamente subsumido à norma penal incriminadora, não está coberto pelo manto da excludente de ilicitude.

Desta forma podemos afirmar que na esfera penal, fato antijurídico é também típico, mas nem todo fato típico será antijurídico.

Daí vai: a tipicidade é um elemento indiciário de antijuridicidade. Isso quer dizer que, constatado um fato típico, recai sobre ele uma presunção de existência de crime, uma vez que a antijuridicidade é exceção ao tipo penal incriminador.

A atipicidade é um juízo definitivo sobre a juridicidade, enquanto que a tipicidade é um juízo provisório sobre a antijuridicidade, pois o fato típico, até que se prove o contrário, é também antijurídico.⁵⁰

Por esta razão, o estudo da antijuridicidade se faz por meio da análise de hipóteses de sua exclusão. Ausentes estas causas dirimentes, o fato, que já era típico, será também antijurídico, de forma que numa análise conceitual do crime, antijuridicidade pode ser definida como ausência de causas excludentes de ilicitude.

⁵⁰ Mirabete, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – Parte Geral* vol 1. 21ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2004. pág. 173.

4. Da culpabilidade

René Ariel Dotti define a culpabilidade como sendo “a reprovabilidade de um fato típico e ilícito, quando seu autor, na situação concreta, podia sujeitar-se aos comandos e às proibições do Direito”.⁵¹

De seu conceito se extrai que a aferição da culpabilidade é intelecção a ser feita após a constatação da existência do crime.

Cury Urzúa, citado por Rogério Greco afirma que “a culpabilidade é reprovabilidade do fato típico e antijurídico, fundada em que seu autor o executou não obstante que na situação concreta podia submeter-se às determinações e proibições do direito”.⁵²

A culpabilidade, assim, apresenta dois efeitos práticos: o de se permitir seja punido o agente de um delito e; orientar o juízo na dosimetria da pena a ser imposta, conforme preceitua o artigo 59 do código repressivo.

Seguindo estas orientações, para aferir a punibilidade de um indivíduo, necessariamente os passos devem ser dados na seguinte ordem: a) análise da conduta de modo a averiguar se esta é perfeitamente erigida à condição de típica pela norma penal; b) se houve ofensa ou ameaça a um bem juridicamente tutelado (em crime material) ou à norma jurídica; c) se a ofensa ou ameaça de ofensa pode ser ligada à conduta por meio de um nexo de causalidade; d) se a conduta, além de perfeitamente prevista na lei penal como típica é também contrária ao ordenamento; e) e por fim, se o agente é culpável ou não pela conduta que praticou.

⁵¹ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pág. 335.

⁵² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral* vol 1. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2006. pág. 407.

A culpabilidade é a possibilidade de considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal, conforme ensinamentos de Capez⁵³ e, como é tal, necessariamente há de se concluir ser a culpabilidade um juízo de valor sobre a conduta praticada.

Em âmbito penal, a culpabilidade apenas se torna importante se a conduta sobre a qual recai o juízo de valor for, além de reprovável, também típica, ou seja, se amoldar à conduta prevista na lei penal e for a causa de um resultado.

Toda norma penal tem uma reprovação moral, mas nem toda reprovação moral é também acolhida pela norma penal. Assim, apenas se identificadas a tipicidade e a antijuridicidade é que se está autorizado a perquirir a responsabilidade do agente, sua culpabilidade.

O que se pretende demonstrar é que o crime é sempre condição da culpabilidade e esta, por sua vez, é condição de punibilidade do agente. Por tal motivo, a culpabilidade não está dentro do conceito de crime. Aliás, como, já se disse, a culpabilidade é um conceito de valor que se faz sobre o crime. Daí Capez afirmar que não se pode admitir esteja a culpabilidade dentro do crime, como seu elemento e ao mesmo tempo fora como juízo de valor.

A culpabilidade tem o condão de afirmar se o agente deve ou não ser punido pela conduta praticada (que necessariamente será criminosa).

Diferentemente do que ocorria no passado, ocasião em que para se punir o indivíduo era o bastante que se demonstrasse a relação de causalidade entre a sua conduta e o resultado, o direito penal moderno exige seja demonstrada também a culpabilidade do agente consistente em sua

⁵³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Parte Geral* vol 1. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005. pág. 297.

imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude da conduta e a exigibilidade de conduta diversa.

A culpabilidade é fruto da evolução da responsabilidade penal objetiva para a responsabilidade penal subjetiva.

Com a evolução normativa, várias foram as teorias que se sucederam no afã de apontar os requisitos para a responsabilização do agente.

Por aqui nos limitamos a apontar que o Código Penal brasileiro hoje vigente adota a teoria limitada da responsabilidade, para a qual os elementos da culpabilidade são a imputabilidade (capacidade de entender o caráter ilícito da conduta e ainda assim praticá-la), a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa (consistente no comportamento esperado pela sociedade naquela circunstância).

Em que consistiria a culpabilidade na prática afinal? Como vimos, para que esta se caracterize faz-se mister o agente que pratica a conduta seja imputável, a tenha praticado com consciência de sua ilicitude e, ainda, que sua conduta não seja a esperada em circunstâncias como as vividas pelo agente quando da sua prática.

Aponta-se que tais requisitos da culpabilidade devem se mostrar presentes de forma cumulativa. A ausência de qualquer dos requisitos torna a conduta não punível. Pode-se com Mirabete afirmar que a conduta deve ser de acordo com o direito.⁵⁴

A culpabilidade do agente pode, e até deve, ser demonstrada com a ausência de causas que excluem a culpabilidade, eis que tais causas são taxativas.

Talvez por esta razão, Noronha quando elaborou seu curso de Direito Penal pouco tenha se detido sob a culpabilidade e, por outro lado, tenha tecido

⁵⁴ Mirabete, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – Parte Geral* vol 1. 21ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2004. pág. 197.

comentários minuciosos sobre cada causa de exclusão de culpabilidade, quais sejam, o erro, a coação irresistível e a obediência hierárquica, a doença mental e desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a menoridade, a embriaguez acidental (ou fortuita), o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de um direito. Portanto ausente *todas* as causas de exclusão referidas pelo grande mestre e pelo Código Penal Brasileiro, presente estará a culpabilidade.

CAPÍTULO II – INSIDER TRADING

Delineado o conceito de crime, podemos ater-nos ao estudo de uma espécie de forma mais detida. Nesse estudo nos propusemos a estudar o insider trading. Trata-se de espécie antiga de crime, se pensada de forma a inseri-la no mundo globalizado. Todavia, se acomodado na história do direito penal, figura o insider trading como um dos caçulas das espécies delitivas.

Trata-se de figura delitiva concernente à negociação de valores mobiliários de uma empresa, motivada pelo conhecimento prévio de uma informação não divulgada ao público em geral.

Via de regra a informação é obtida por empregado interno, normalmente um dirigente da própria companhia que a divulga antecipadamente a um certo grupo de pessoas com o objetivo de obter lucro ou vantagem.

Como se pode imaginar, pelo simples fato de ferir a livre concorrência, o insider trading é conduta ilícita. Em outras palavras, trata-se de usar indevidamente uma informação privilegiada com vistas a manipular resultados e obter lucros ou vantagens.

Normalmente o agente, pelo fato de ocupar uma posição destacada no quadro de funcionários de uma empresa, quase sempre com poderes decisórios ou próximo a quem o detém, fica sabendo de uma fusão ou

incorporação que está sendo negociada com outra empresa e, por meio de interposta pessoa, compra para si ações relacionadas a empresa que esta sendo adquirida, pois imagina o aumento do seu valor nominal após o anúncio ao mercado.

No Brasil a conduta é punida atualmente por força da Lei 6.385 de 1976, com a redação que lhe deu a Lei 10.303 de 2001.

Mencionada Lei dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários.

O insider trading, em mencionada lei, é tipificado nos seguintes termos:

Uso Indevido de Informação Privilegiada

Art. 27-D. Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

No Brasil, em meados de 2006, uma operação comercial ficou em evidência por muito tempo e ainda hoje é utilizada como exemplos em salas de aula, por conta do descobrimento da prática de insider trading.

À época, a Sadia, empresa privada do ramo alimentício fez uma oferta pública voluntária para comprar o controle de uma concorrente: a Perdigão. Caso a proposta fosse aceita a transação redundaria na maior fusão da história do direito brasileiro após a fusão da Brahma e da Antarctica (da qual resultou a AmBev em 1999. Todavia, acionistas detentores de 55% do capital da Perdigão recusaram a proposta.

Em 2009, portanto três anos depois da fracassada tentativa do negócio, descobriu-se que três executivos envolvidos na operação teriam se utilizado das informações que detinham para comprar ações em benefício próprio.

A título de curiosidade convém assinalar que, também em 2009, a Perdigão, empresa que a Sadia tentou adquirir em 2006, a comprou e se transformou na gigante do ramo alimentício sob o nome Brasil Foods (BRF)

Volvendo ao tipo penal em comento, tem-se que por meio dele o direito pretendeu resguardar princípios éticos e morais com vistas a obrigar executivos de empresas que mantêm ações em bolsas de valores, a manter sigilo das informações que detém até que as mesmas sejam divulgadas ao mercado por inteiro.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Roque de Brito. *Direito Penal – Parte Geral* . 1ª edição. Recife: Ed Do Autor, 2008.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Parte Geral* vol 1. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DA ROCHA, Fernando A. N. Galvão. *Direito Penal – Curso Completo – Parte Geral* . 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral* vol 1. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2006.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 1.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – Parte Geral* vol 1. 21ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, vol 1. 32ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol 1. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

REALE JR, Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.