

TIPO PENAL OU CIRCUNSTÂNCIA MAJORANTE: ‘VEXATA QUAESTIO’

BONNI DOS SANTOS

Professor da UNESA. Procurador de Justiça do MP/RJ

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Desde tempos imemoriais, percebemos em torrencial doutrina, em consolidada jurisprudência de tribunais do país e também em textos legais, o uso de nomenclatura nem sempre condizente com a real natureza de figuras dispostas pelo legislador penal. Ainda nos bancos escolares, foi comum ouvirmos em exposições de mestres e, posteriormente, ao longo de 25 anos integrando o Ministério Público Estadual, em debates travados entre operadores do Direito, formulações equivocadas ou de técnica jurídica descompromissada, confundindo figuras típicas derivadas, com outras que implicavam majoração ou circunstâncias especiais de aumento da pena.

O equívoco de interpretação pode estender-se para outras situações fáticas, notadamente as que envolvem pluralidades de participantes e de condutas, motivos e meios de agir, estados anímicos especiais e similares, deixando vulnerados os princípios *nullum crime sine lege* e da taxatividade como, de resto, o sistema da tipicidade penal.

Faz-se, então, necessária a interpretação dos preceitos penais chamados simples, primários ou fundamentais, os tipos derivados e as circunstâncias especiais majorantes com correção de técnica, ao fundamento de ser o fato típico ou atípico, na convicção de que o elenco da lei penal não admite ampliações (RT, 594:365). Tais cuidados são imprescindíveis, para que o sistema penal seja instrumento de salvaguarda dos bens da vida e não permanente fonte de perplexidade ao cidadão.

Sobre o princípio da reserva legal, são elucidativos trabalhos como os de Magalhães Noronha (1978, v.1, p. 77-80), Heleno Cláudio Fragoso (1976, Parte Geral, p. 99-108), Anibal Bruno (1967, v. 1, p. 206-10) e Luiz Flavio Gomes (RT, 656:257), entre outros.

Concordamos com a inspirada manifestação do poeta, quando reivindicou: “*liberdade, liberdade, abre as asas sobre nós...*”. É que, através dos tempos, o homem sempre cedeu em favor da sociedade, como fica claro, quando mergulhamos no pensamento de filósofos e pensadores sociais, destacando-se Platão, Aristóteles, Rousseau, Hobbes e outros, igualmente eminentes. Essas contribuições, associadas às vivências humanas, deram origem à máxima, hoje praticamente consensual: “*o homem é um ser gregário, a tal ponto que é praticamente inviável a sobrevivência humana, em situação de isolamento*”.

A despeito disso, não há como ignorar a triste realidade do mundo moderno: os avanços científicos e tecnológicos não garantiram a evolução da qualidade de vida, em níveis minimamente satisfatórios; os mais elevados valores morais obtêm destaque na retórica; porém, hoje como no passado, continuamos à mercê da insaciável ambição de determinados grupos e indivíduos, com conseqüências desastrosas para a maioria.

Nessa linha de pensamento, é lamentável admitir que o Direito Penal, como, aliás, o aparato judiciário em termos gerais, historicamente, operou como instrumento de reforço à opressão dos pobres e à repressão de intelectuais inconformados com o *status quo*. Nessa trajetória, privilegiaram-se a norma e a forma, em detrimento do humano, em sua dimensão de direitos individuais e coletivos.

Diante da magnitude desses desafios, hoje inaceitáveis, cumpre enviar esforços no sentido da compreensão e da ação, para que o Direito Penal seja aplicado com exata correção, tomando-se como bússola o princípio de democratização do direito e da universalização do acesso à justiça.

Com base nesses argumentos, elaboramos o presente artigo, cujo objeto de reflexão está centrado na interpretação da norma de direito criminal, segundo o enfoque de: circunstâncias, condições e causas especiais do aumento da pena. Do ponto de vista metodológico, privilegiamos a legislação, doutrina e jurisprudência como fontes dos dados.

2. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA DE DIREITO CRIMINAL

Para a adequada aplicação do que enuncia a lei, é mister que se conheçam a mensagem explícita e a que lhe é subjacente. As normas penais têm assento na legislação constitucional ou ordinária; eventuais lacunas são preenchidas através de analogia, com apoio nos princípios gerais do direito, destacando-se, para fins da presente reflexão, a *reserva legal* e a *taxatividade*.

Nessa linha de pensamento, considerando-se as conseqüências onerosas do preceito penal, é indispensável a compreensão exata de seus elementos e circunstâncias, como de resto das causas especiais de majoração da pena cominada. Como elucidou Hélio Tornaghi (1959, p. 118): *Chama-se compreensão o conjunto de elementos de uma idéia, seu conteúdo interno. Chama-se extensão o conjunto de objetos a que uma idéia convém, sua dimensão externa. Acrescenta o insigne mestre: compreensão é profundidade: extensão é superfície. Compreender é incluir, conter, encerrar. Estender é alcançar, atingir, tocar. Quanto maior é a compreensão de uma idéia, menor a extensão. Já interpretar é trazer à luz todos os elementos que uma idéia compreende, é buscar-lhe o conteúdo.*

A interpretação, completa o doutrinador referido (op. cit. p.119), consiste exatamente em exteriorizar, mostrar, exhibir, ostentar o conteúdo da norma, trazer à tona o que nela se encerra”.

Com intenção classificatória, merecem destaque, porque pertinentes com o tema em testilha: a interpretação histórica, a interpretação sociológica e a interpretação teleológica. Por meio da primeira, podemos conhecer a evolução do direito, suas raízes, conseqüências e determinantes, bem como as tendências e propostas do presente. A segunda favorece a análise das relações interpessoais, intergrupais e de classes, o sistema axiológico, a orientação ideológica hegemônica, as formas predominantes (ou não) de poder, as cisões e articulações estabelecidas através de formas de convivência, bem como os nexos entre pessoas/grupos e instituições existentes em determinada sociedade, num tempo e espaço definidos. Essa abordagem obriga o intérprete a levar em consideração as aspirações, tendências e cultura de determinada comunidade, aspectos extremamente interessantes para que se compreenda o sistema jurídico.

A esse respeito é elucidativo o Código Civil, quando prescreve: *Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.* (Art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil).

Por último, lembramos que a interpretação teleológica vincula-se ao conhecimento da causa final da lei; que, em termos amplos e genéricos pode ser resumido na busca incessante da Justiça.

Ainda na perspectiva de precisão conceptual, emerge a definição legal de crime como ponto nodal para o trabalho do operador/pensador do Direito Penal. Para chegarmos à concepção atual do que é crime, ressaltaremos,

em apertada síntese, os conceitos resultantes de uma doutrina secularmente desenvolvida por consagrados pensadores do Direito, destacando-se Franz Von Liszt, Immanuel Kant, Ernest Von Beling e Hans Welzel, com suas teorias, deixando à ilharga os antecedentes da moderna conceituação de delito.

O conceito clássico, desenvolvido por Von Liszt e Beling, atribui ênfase ao fundamento do nexos de causalidade da conduta ao resultado. Tal conceito foi modificado por influência da filosofia de Kant, através da teoria teleológica do delito, dando margem à *concepção neoclássica do delito*, que substituiu uma concepção naturalista e objetivada da conduta, reconheceu a existência dos elementos normativos e subjetivos do tipo (tipicidade) e estabeleceu uma graduação entre o injusto (injuricidade) e a gravidade da lesão, resultante da ação.

No *conceito finalista* do delito, desenvolvido por Welzel, o crime é ação típica, antijurídica e culpável, em oposição ao conceito causal da ação, com o deslocamento do dolo e da culpa para o centro do injusto.

A Lei de Introdução ao Código Penal (Dec. Lei 3.914, de 09 de dezembro de 1941, assim define crime:

“Art. 1º. Considera-se infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”

Ressalte-se que o legislador pátrio, no Código Penal vigente (1940 e 1984), não definiu crime, deixando tal conceito em discussão aberta aos doutrinadores.

Modernamente, muitos pensadores do Direito, formando corrente majoritária (doutrina dualista) fazem referência, na estruturação do conceito analítico de crime, a uma ação típica e antijurídica, que encontra na culpabilidade o pressuposto da pena (Celso Delmanto, Juarez Tavares, José Frederico Marques e Damásio Evangelista de Jesus são alguns autores que dão suporte a essa abordagem).

Como se percebe, a compreensão exata do tipo penal, sua classificação em penal simples ou fundamental e tipo penal derivado, com seus elementos integrativos, bem assim as causas, condições ou circunstâncias de aumento

da pena assumem a maior relevância para o sistema penal, particularmente para a real garantia do *ius libertatis*, que, sem dúvida, constitui indicador de autêntica cidadania.

Outro conceito de particular interesse para a presente reflexão é o *crime qualificado ou agravado pelo resultado*. A reforma da Parte Geral do Código Penal realizada em 1984 trouxe algumas novidades, dentre as quais destacamos o Art. 19, que estabelece: “*Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente*”.

Com esse dispositivo, o legislador penal afastou totalmente a possibilidade de alguém ser punido por reconhecimento de responsabilidade objetiva. Para melhor compreensão do assunto, é pertinente correlacionar crimes qualificados pelo resultado e crimes preterdolosos, para os quais, na ótica de Celso Delmanto (1991, p. 32-33), não há diferença prática. Com propósitos ilustrativos, transcrevemos as seguintes definições do celebrado doutrinador:

“Crimes qualificados pelo resultado são aqueles aos quais a lei prevê, além de pena maior, quando ocorrer resultado mais grave do que aquele cogitado na figura simples.

Crimes preterdolosos são mistos, pois o agente é punido a título de dolo e também por culpa. Por sua vontade é punido por dolo, pois agiu visando àquele fim. E é sancionado por culpa, por ter causado outro resultado além daquele que sua vontade desejava.”

Como exemplo clássico de crime preterdoloso ou preterintencional, podemos indicar, nos termos do art. 129, § 3º, do Código Penal: “*Art. 129 (...) (omissis), § 3º - Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo*”.

Do texto legal em tela, inferimos que não pode estar presente o dolo direto ou mesmo eventual no resultado, posto que, se assim fosse, estaria caracterizado o homicídio do tipo fundamental, previsto no art. 121, do mesmo estatuto penal.

Celso Delmanto (1991, p. 33) alerta para a afirmação contida na Exposição de Motivos da reforma operada em 1984. Realmente, dizer que a regra do novel artigo 19 é extensiva a todas as causas de aumento, situadas no desdobramento causal da ação, pode levar a mais uma interpretação

equivocada, por confusão entre crimes qualificados pelo resultado e circunstâncias majorantes ou agravantes.

O legislador usa, como elemento indicador do resultado agravado, as expressões: *se resulta, se em conseqüência, se sobrevem morte, lesões corporais graves, grave sofrimento físico ou moral etc*, encontradas nos dispositivos dos artigos 127 (crime de aborto); 129, § 1º, inciso II, § 2º, inciso V, e § 3º (crimes de lesões corporais de natureza grave, gravíssima e seguida de morte); 137, parágrafo único (crime de rixa); 260, § 1º (crime de desastre ferroviário); 264, parágrafo único (crime de arremesso de projétil) e outros.

Todas essas situações constituem figuras típicas, também denominadas *formas qualificadas*, derivadas do tipo simples ou fundamental. Sobre razão, portanto, para se exigir, na identificação do tipo qualificado pelo resultado, a presença do dolo ou, ao menos da culpa, a teor do supracitado artigo 19.

Com análogos propósitos elucidativos, conferimos relevo à exata compreensão dos termos **circunstância**, **condição** e **elementar**. De Plácido e Silva (2001) explicita o valor semântico de circunstância e condição, permitindo concluir que os mesmos têm peculiaridades que os distinguem. Diz ele:

*“Circunstância, derivado do latim **circumstantia**, de **circumstare** (rodear, cercar), dá bem a idéia de tudo, seja qualidade, acidente, ou atributo, que se acerca ou vem anexo ao fato ou ao direito, para, por vezes, lhe mudar a própria substância ou natureza. É, assim, a particularidade que acompanha o fato ou o direito, nem sempre se mostrando uma peculiaridade, mas um elemento, que lhes era estranho e que a eles se uniu ou se juntou. Bem por isso a circunstância pode vir como qualidade ou como acidente ou apresentar-se como um fato novo, evento ou condição, que se anexa, acompanha ou segue outro fato, a ele se integrando.*

Condição, na terminologia jurídica, possui o sentido de cláusula ou disposição, que se insere em um contrato, para que dele dependa a eficácia de um ato jurídico.”

A acepção mais apropriada de *condição* indica evento futuro e incerto de cuja ocorrência depende o cumprimento de uma obrigação ou de uma disposição. Pelo exposto, embora a lei penal material não estabeleça

distinção entre circunstância e condição, ficamos com o significado conferido à primeira, para designar o que é acidental ou acessório no fato; não constituindo, portanto, uma elementar. Isto porque, feita a comparação dos dois vocábulos, por meio de uma análise mais detida das particularidades intrínsecas de um e de outro, podemos concluir que a circunstância pode ser entendida como condição. Todavia, a recíproca não é verdadeira, ao menos para todas as situações de natureza jurídica.

Sobre a questão, adverte Cezar Roberto Bitencourt (2000, p. 514), que a reforma do Código Penal de 1984 ampliou o conflito de interpretação entre condição, circunstância e elementar. A respeito de circunstância, esclarece:

“Circunstâncias são dados, elementos ou peculiaridades que apenas ‘circundam’ o fato principal. Não integram a figura típica, podendo contribuir, contudo, para aumentar ou diminuir a sua gravidade. As circunstâncias podem ser objetivas ou subjetivas. Objetivas são as que dizem respeito ao fato objetivamente considerado, à qualidade e condições da vítima, ao tempo, lugar, modo e meio de execução do crime. E subjetivas são as que se referem ao agente, às suas qualidades, estado, parentesco, motivos do crime etc.”

Referindo-se a condições, o eminente estudioso busca respaldo teórico em Julio Fabbrini Mirabete (1990, p. 236) e distingue: *“Condições (...) (omissis) são as relações do agente com o mundo exterior, com outros seres, com estado de pessoas, de parentesco etc”*. Com o propósito de definir elementares, arremata:

“Elementares do crime são dados, fatos, elementos e condições que integram determinadas figuras típicas. Certas peculiaridades que normalmente constituiriam circunstâncias ou condições podem transformar-se em elementos do tipo penal e, nesses casos, deixam de ‘circundar’ simplesmente o injusto para integrá-lo.”

A partir dos conceitos anteriormente apresentados, estamos em condições de refletir sobre as *causas especiais de aumento da pena*.

Conforme expressamos na introdução deste trabalho, através dos tempos, doutrinadores e julgadores parecem ter encontrado dificuldades na

compreensão de *tipo penal derivado e causas especiais de aumento da pena*, entendendo-as como *circunstâncias ou condições qualificadoras*.

Convenhamos que as qualificadoras constituem verdadeiros tipos penais, derivados dos tipos simples ou fundamentais, e, por isso, são acompanhadas de cominação de pena em limites mínimo e máximo. As causas majorantes, por sua vez, só são presentes a partir de quando uma pena já está fixada pelo julgador, que, então, examina sobre ser legal a exasperação.

Em síntese, se o preceito é acompanhado de pena cominada (mínima e máxima), temos uma figura típica fundamental ou derivada. Se, todavia, o legislador cogita uma variação da pena, para mais ou para menos (majorante ou atenuante), temos causa ou circunstância de modificação. Com propósitos exemplificativos, citamos: a) crime de lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º - se resulta a morte – pena = reclusão de 4 a 12 anos) = tipo derivado; crime de roubo com emprego de arma (art. 157, § 2º, I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma – a pena é aumentada de um terço até metade = circunstância majorante.

Para que se possa aferir a dificuldade que a imprecisão da terminologia implica, transcrevemos, em continuidade, alguns resumos de decisões judiciais expressas através de linguagem carente de boa técnica:

Do Tribunal de Justiça –RJ:

“Roubos duplamente qualificados pelo emprego de arma e concurso de agentes, em continuidade delitiva e cúmulo material com estupro qualificados pelo concurso de agentes em continuidade delitiva (...) (omissis). –Apelação Criminal 1323/98 – Duque de Caxias – Oitava Câmara Criminal. Unânime. Desembargador Liborni Siqueira – Julg. 20/08/98;

Roubo qualificado. Concurso de Agentes. Comete roubo qualificado pelo concurso de agentes, quem, em companhia de menor, transporta em veículo automotor previamente roubado mercadorias subtraídas de uma Kombi de entrega de cigarros. – Apelação Criminal 423/98 – Capital – Quinta Câmara Criminal. Unânime. Desembargador Manoel Alberto Santos – Julg. 26/05/98;

Roubo. Concurso de Agentes e emprego de arma (...) (omissis). A mera existência de duas qualificadoras – emprego de arma e concurso de agentes – não basta, por si só, para fundamentar o aumento

acima do grau mínimo, devendo para isso a sentença basear-se em outros dados concretos e objetivos. – Apelação Criminal 62.356/97 – Nilópolis – Quinta Câmara Criminal. Unânime. Desembargador Alexandre Herculano Varella – Julg. 14/05/98;

Roubo. Prisão em flagrante, quando tinha ainda em seu poder a bicicleta roubada minutos antes. Reconhecimento seguro por parte da vítima como sendo um dos autores do crime. Qualificadora demonstrada. (...) (omissis). – Apelação Criminal 62.799/98 – Capital – Oitava Câmara Criminal. Por Maioria. Desembargador Flávio Nunes Magalhães – Julg. 21/05/98;

Emprego de arma. Afastamento. Tendo em vista que revólver de brinquedo não é arma, é brinquedo, desclassifica-se o delito para afastar-se a respectiva qualificadora. – Apelação Criminal 870/98 – Barra do Piraí – Segunda Câmara Criminal. Unânime. Desembargador Luiz Leite Araújo – Julg. 09/06/98;

Roubo duplamente qualificado. Concurso de agentes e emprego de arma (...) (omissis). – Apelação Criminal 62.834/98 – Capital. Unânime. Desembargador Carlos Brazil – Julg. 26/05/98.”

No mesmo sentido: HC 932/98 – Comarca da Capital – Primeira Câmara Criminal. Unânime. Des. Valmir Oliveira Silva – Julg. 18/06/98; Apelação Criminal 62.567/97 – Comarca da Capital – Sétima Câmara Criminal. Unânime. Des. César Augusto Leite - Julg. 14/04/98; Apelação Criminal 61.316/97 – São João da Barra – Sétima Câmara Criminal – Por Maioria. Des. Giuseppe Italo Vitagliano – Julg. 07/04/98; Apelação Criminal 322/98 – Comarca da Capital – Quarta Câmara Criminal. Unânime. Des. Bias Gonçalves – Julg. 12/05/98.

Do Supremo Tribunal Federal:

“Arma de brinquedo ou descarregada qualifica o roubo, se intimidou a vítima. STF, R.T.J. 113:401;

Não incide a qualificadora, se o agente não empregou a arma de brinquedo, que a vítima apenas viu em sua cintura”. STF, R.T.J. 92:1368.

Não menos equivocadas as manifestações doutrinárias seguintes:

Celso Delmanto (1991, p. 278):

“Dupla qualificadora: Ainda que esteja comprovada mais de uma qualificadora, há uma só incidência e não duplo ou triplo aumento; a outra, ou outros, servirão de circunstâncias agravantes, se cabíveis.”

Weber Martins Batista (1987, p. 15):

“Como se sabe, o problema da caracterização do roubo praticado com arma de brinquedo, bem como com qualquer arma ineficaz, tem dividido doutrina e jurisprudência. Para uns, a qualificadora (...) (omissis).”

Heleno Claudio Fragoso (1962, p. 261):

“ROUBO QUALIFICADO – 242. A pena cominada ao roubo será aumentada de um terço até metade, nos seguintes casos: 1. se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma; 2. se há concurso de duas ou mais pessoas; (...) (omissis).”

_____ 1982, p. 542:

“Roubo Qualificado. Arma de fantasia. (...) (omissis). Pedimos licença para divergir. Não basta para qualificar o crime.”

Nelson Hungria (1953, p. 292):

“Aborto qualificado. Do aborto qualificado cuida o art. 127: As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto (...) (omissis).”

Finalmente, ilustramos com alguns equívocos verificados em linguagem legislativa:

“Forma qualificada. (rubrica marginal). Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevem a morte.” (Código Penal de 1940, reformado em 1984).

“DO ROUBO E DA EXTORSÃO. Art. 168 (...) (omissis). Roubo Qualificado § 2º. As penas aumentam-se de um terço até metade: I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma; (...) (omissis).” (Código Penal de 1969 – revogado).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Derivamos do exposto que o uso de nomenclatura não condizente com a real natureza de figuras dispostas pelo legislador penal pode estender-se sobre situações fáticas, deixando desguarnecidos os princípios *nullum crime sine lege* e da taxatividade, e, de resto, o sistema da tipicidade. Se a imprecisão ocorrer no contexto de curso de Direito, a distorção pode refletir-se negativamente na formação dos acadêmicos, com efeito multiplicador em sua atuação profissional futura.

Diante da magnitude dessas consequências, formulamos as seguintes conclusões:

a) o vocábulo circunstância deve ser reservado para as hipóteses majorantes da pena, particularmente aquelas que estão ao redor do tipo e não o integrando, eis que são simplesmente causas modificativas ou de variação da pena;

b) qualificadora configura tipo penal – tipo derivado – com novos limites de pena (mínimo e máximo);

c) elementares do crime são dados, fatos, elementos e condições que integram determinadas figuras típicas. ◆