Estratégia
Carreira Jurídica

Aula 00

Cartório do TJ-MT - Direito Penal - 2022 - Pré-Edital

Autor:
Equipe Materiais Carreiras Jurídicas, Michael Procopio Avelar

21 de Dezembro de 2021

INTRODUÇÃO AO DIREITO PENAL E TEORIA DO CRIME



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO AO DIREITO PENAL E TEORIA DO CRIME 1
SUMÁRIO 1
1. Apresentação do Curso 6
1.1 Direito Penal para Cartórios do TJ-MT *6*
2. Introdução ao Estudo do Direito Penal 7
2.1 Considerações Iniciais *7*
2.2 Conceito e Objeto *7*
2.3 Características *9*
2.4 Evolução Histórica *10*
2.5 Fontes *14*
2.6 Interpretação da Lei Penal *18*
2.7 Classificação das Leis Penais *22*
2.8 As Velocidades do Direito Penal ..... ***¡Error! Marcador no definido.***
2.9 Lei Penal no Tempo *23*
2.10 Leis de Vigência Temporária *27*
2.11 Lei Penal no Espaço *28*
2.12 O Direito Penal e o Estado Democrático de Direito ..... ***¡Error! Marcador no definido.***

3. Imunidades 34
3.1 Imunidades Diplomáticas 35
3.2 Imunidades Parlamentares 38
3.3 Inviolabilidade do advogado 41
4. Eficácia da Sentença Penal Estrangeira 42
5. Pena cumprida no estrangeiro 44
6. Prazo Penal 44
6.1 Frações não computáveis da pena 44
7. Conflito Aparente de Normas 45
7.1 Princípio da Especialidade 45
7.2 Princípio da Subsidiariedade 46
7.3 Princípio da Consunção (absorção) 47
7.4 Princípio da Alternatividade 50
8. Princípios em espécie 50
8.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana 50
8.3 Princípio do Devido Processo Legal 52
8.4 Princípio da Legalidade 52
8.5 Princípio da Intervenção Mínima (ultima ratio) 57
8.6 Princípio da Fragmentariedade 58
8.7 Princípio da Subsidiariedade 58
8.8 Princípio da Adequação Social 58
8.9 Princípio da Culpabilidade 59
8.10 Princípio da Ofensividade ou Lesividade 59
8.11 Princípio da Autorresponsabilidade 59
8.12 Princípio da Individualização da Pena 60
8.13 Princípio da Coculpabilidade ou da Corresponsabilidade 60
8.14 Princípio da Confiança 61

8.15 Princípio da Pessoalidade ou da Personalidade 61
8.16 Princípio da Alteridade ou da Transcendentalidade 61
8.17 Princípio da Exteriorização ou Materialização do Fato 62
8.18 Princípio da Proporcionalidade 62
8.19 Princípio da Presunção de Inocência (ou da Não Culpa) 63
8.20 Princípio da Vedação da Dupla Punição pelo Mesmo Fato 64
8.21 Princípio da Irretroatividade 64
8.22 Princípio da Insignificância (ou Bagatela) 64
*8.23 Princípios do Garantismo ..... **¡Error! Marcador no definido.***
9. Evolução Dogmática do Direito Penal 65
9.1 Teorias da Conduta 65
9.2 Teorias Funcionalistas 67
10. Conceito de Crime 69
10.1 Conceito Analítico de Crime: teorias 69
*10.2 Conceito Analítico de Crime e a teoria tripartida ..... **¡Error! Marcador no definido.***
11. Sujeitos do Crime 70
11.1 Sujeito ativo 70
11.2 Pessoa jurídica como sujeito ativo 70
11.3 Sujeito passivo 71
12. Objeto do Crime 71
13. Fato Típico 72
12.1 Elementos do fato típico 72
14. Conduta 73
14.2 Elementos da conduta 73
14.3 Causas de exclusão da conduta 73
14.4 Formas da conduta: ação e omissão 74
14.5 Espécies da conduta quanto ao elemento subjetivo 74

15. Tipo Doloso 74
15.1 Elementos do dolo: *75*
15.2 Teorias do dolo *75*
15.3 Espécies de dolo *75*
16. Tipo Culposo 78
16.1 Elementos do crime culposo *78*
16.2 Modalidades de culpa *79*
16.3 Espécies de culpa *79*
17. Tipo Qualificado pelo Resultado 80
17.1 Crimes qualificados pelo resultado e seus elementos *80*
17.2 Crime Preterdoloso *82*
18. Tipo Omissivo 82
18.1 Teorias da omissão ..... ***¡Error! Marcador no definido.***
18.2 Espécies de Crime Omissivo *82*
18.3 Requisitos da omissão *84*
18.4 Crimes de conduta mista *85*
19. Erro de tipo 85
19.1 Espécies *86*
19.2 Erro de tipo essencial *87*
19.3 Erro de tipo acidental *88*
19.4 Descriminantes putativas *90*
19.5 Erro de tipo causado por terceiro *91*
20. Resultado 91
21. Nexo Causal 93
21.1 Teoria da equivalência dos antecedentes *94*
21.3 Teoria da causalidade adequada *94*
21.4 TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA *95*

21.5 O Nexo Causal e o Direito Penal Brasileiro 95
22. Tipicidade 97
22.1 Espécies de tipicidade 97
23. Ilicitude 98
23.1 Conceito de ilicitude 98
24. Causas excludentes de ilicitude 99
24.1 Estado de necessidade 100
24.2 Legítima defesa 101
24.3 Estrito Cumprimento do Dever Legal 101
24.4 Exercício Regular de um Direito 102
*24.5 Ofendículos ..... **¡Error! Marcador no definido.***
24.6 Causas Supralegais de Exclusão da Ilicitude 102
24.7 Excesso Punível 102
25. Culpabilidade 103
25.1 Conceito de culpabilidade 103
25.2 Teorias sobre a culpabilidade 103
25.3 Elementos da culpabilidade 104
25.4 Causas excludentes da culpabilidade 106
26. Lista de Questões sem comentários 113
27. Gabarito 117
28. Lista de Questões com comentários 117
28. Considerações Finais 129

1. APRESENTAÇÃO DO CURSO

1.1 Direito Penal para Cartórios do TJ-MT

Iniciamos nosso **Curso de Direito Penal Simplificado para Cartórios do TJ-MT** em **teoria** e **questões**, voltado para provas objetivas e discursivas de concursos públicos.

Ainda que o Direito Penal não seja a disciplina mais cobrada em tais concursos, é um importante ramo do Direito, com assuntos complexos, e cuja compreensão pode ser o diferencial para a sua aprovação. Por isso, **recomenda-se o uso dessa versão simplificada apenas para revisões**.

Apresentação Pessoal



Faço uma breve apresentação pessoal. Meu nome é Michael Procopio Avelar, Mestrando em Direito Penal (USP), especialista em Teoria e Filosofia do Direito (PUC Minas) e em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais (Università di Pisa).

Fui Oficial de Promotoria I (MPSP), Analista Judiciário – Especialidade Execução de Mandados (TRF1), Juiz de Direito (TJSP) e atualmente sou Juiz Federal (TRF1). Fui aprovado, ainda, nos concursos para Procurador do Município de Campinas e Consultor da Câmara dos Deputados, para a área criminal. Também sou Professor, dedicando-me à aprovação de novos agentes públicos.

Quanto à atividade docente, leciono atualmente a disciplina de Direito Penal para concursos, tanto na elaboração de materiais em *pdf* quanto em videoaulas, e em uma disciplina de Direito Penal Constitucional em curso de especialização.

Deixarei abaixo meus contatos para quaisquer dúvidas ou sugestões. Responderei o quanto antes. Quero que saibam que estamos juntos até a aprovação!

E-mail: michael.avelar@estrategiajuris.com.br

Instagram: professor.procopio

2. INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO PENAL

2.1 Considerações Iniciais

Nesta aula, trataremos dos assuntos iniciais do Direito Penal. São temas muito relevantes para a compreensão de toda a disciplina, sendo conhecimento pressuposto para o estudo dos crimes em espécie, sejam os da Parte Especial do Código Penal, sejam os da legislação penal extravagante.

Boa a aula a todos!

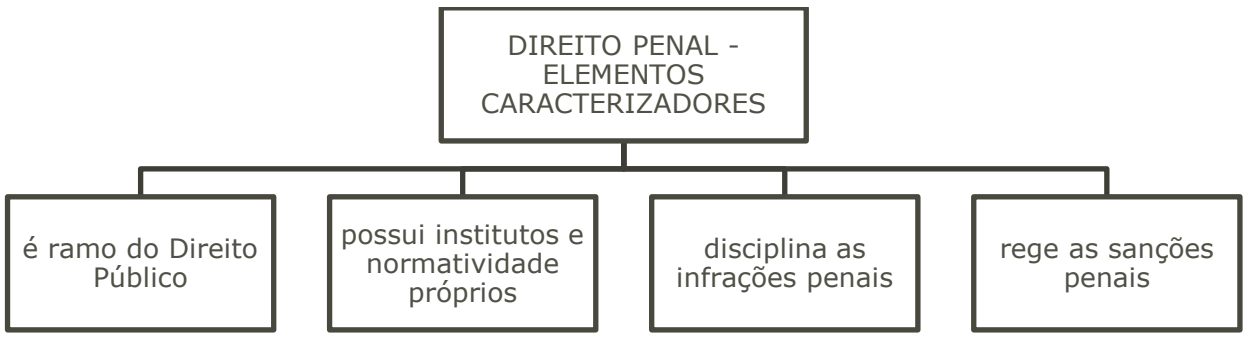
Antes de iniciar, gostaria de deixar um convite a vocês: **SIGAM O PERFIL PROFESSOR.PROCOPIO NO INSTAGRAM.** Lá, haverá informações relevantes de aprovação de novas súmulas, alterações legislativas e tudo o que houver de atualização, de forma ágil e com contato direto.

2.2 Conceito e Objeto

O Direito é didaticamente dividido em vários ramos, como o Direito Constitucional, o Direito Administrativo, o Direito Civil, o Direito Penal, entre outros. Ainda que seus institutos estejam interligados, essa divisão facilita o estudo das regras e princípios específicos de cada uma das disciplinas.

O **Direito Penal** é a disciplina que trata das sanções penais, que envolvem as penas e as medidas de segurança. Regulamenta, portanto, a disciplina das infrações penais, gênero de que são espécies os crimes e as contravenções penais. Como todo ramo do Direito, é composto por regras e princípios, que compõem o conjunto das normas penais. Pertence ao ramo do Direito Público.

Cumpre enumerar, sucintamente, **os elementos que caracterizam o Direito Penal:**



Esses elementos são a base para formularmos um conceito de Direito Penal, considerando que a conceituação de determinado objeto deve levar em conta seus elementos principais. Ainda que a cobrança de conceitos seja mais própria de fases orais de concursos jurídicos, sua compreensão é de suma importância para o estudo da matéria. Vejamos:



DIREITO PENAL	É o ramo do Direito Público, com institutos e normatividade próprios, constituído pelas normas (princípios e regras) que regulam a determinação das infrações penais (crimes e contravenções penais) e as respectivas sanções penais (penas e medidas de segurança).

De outra forma, podemos dizer que Direito Penal é **o conjunto de normas (princípios e regras) que regulam a determinação das infrações penais (crimes e contravenções penais) e as suas respectivas sanções (penas e medidas de segurança).**

Seu objeto é justamente o que se extrai desse conceito: o estudo das infrações penais e das respectivas sanções.

Por fim, é preciso diferenciar o Direito Penal da Ciência Penal, da Criminologia e da Política Criminal, por possuírem aspectos comuns e outros diferenciadores. De início, vale dizer que o Direito Penal estuda o "dever ser", isto é, as normas penais tais como elaborados pelo legislador, os princípios explícitos e implícitos e sua relação com todo o sistema jurídico (normais constitucionais e infraconstitucionais, tratados internacionais, etc.). Quanto às demais ciências mencionadas, temos que:

- **Ciência Penal ou Ciência do Direito Penal**: é o aspecto do Direito Penal que busca exercer uma função criadora, sem se ater ao Direito Positivo. Tem uma visão a respeito do que deve ser alterado, das transformações por que deve passar o Direito Penal, acompanhando a sociedade que regula.

  Cuida-se de um estudo crítico do Direito Penal.
- **Criminologia**: é a ciência empírica (baseada na observação e na experimentação) que busca analisar o crime, o criminoso, a vítima e os meios de controle social.

  Estuda o "ser", os fatos.
- **Política criminal**: é a ciência que busca a aplicação prática dos estudos da criminologia, valorando-os, para a criação e reelaboração de estratégias de intervenção estatal na atividade

da repressão dos delitos. Busca ser um instrumento para o Estado se utilizar dos estudos criminais para orientação da sua atuação, com elaboração das políticas públicas na área de segurança pública e no trato da população carcerária.

2.3 Características

O Direito Penal pode ser classificado de determinados modos:

Direito Penal comum é aquele aplicado pela chamada Justiça Comum, que se subdivide em Justiça Federal e Justiça Estadual. O **Direito Penal Especial**, por sua vez, é da competência dos órgãos judiciários ditos especializados. São parte da Justiça Especial a Justiça do Trabalho, a Justiça Eleitoral e a Justiça Militar, sendo que apenas as duas últimas exercem jurisdição criminal. Assim, o Direito Penal Especial abrange o Eleitoral e o Militar.

Direito Penal objetivo é o direito posto, positivo, isto é, as normas penais. O conjunto de leis penais vigentes formam o Direito Penal objetivo. Já o **direito subjetivo**, como se estuda na Teoria do Direito, nasce c+om a violação de um direito positivo. Da violação da norma, nasce a pretensão do sujeito de exigir sua reparação. No campo do Direito Penal, o direito subjetivo corresponde ao chamado *ius puniendi*, pertencente de modo exclusivo ao Estado.

A classificação do Direito Penal em substantivo e adjetivo é antiga e tem caído em desuso. **Direito Penal Substantivo (ou Material)** é o Direito Penal, o que define as infrações penais e suas sanções. Pode também ser considerado o próprio Direito Penal Objetivo, isto é, o conjunto de leis penais vigentes no ordenamento jurídico. O **Direito Penal Adjetivo (ou Formal)**, por sua vez, corresponde ao Direito Processual Penal, ou seja, o conjunto de regras e princípios referentes à forma de aplicação do Direito Penal.

Direito Penal do autor é a denominação que se utiliza para a criminalização da personalidade, ou seja, daquilo que alguém é, e não da conduta, ou seja, daquilo que a pessoa fez. O fato passa a ocupar um segundo plano, sendo considerado como uma exteriorização da forma de ser do autor, como algo sintomático, ou seja, que espelha uma personalidade indesejada.

O modelo aceitável na República Federativa do Brasil, dada sua natureza, seria o do **Direito Penal do fato**. Neste, somente se pode criminalizar e sancionar o fato cometido pelo autor, em razão da sua culpabilidade. Não se busca penalizar pessoas por sua natureza (por exemplo, por sua etnia ou por serem tidos como perigosos), mas condutas que são típicas e ilícitas. O que se penaliza é o agente, em razão de sua responsabilidade penal, em relação à conduta por ele apresentada, na medida da sua culpabilidade.

2.4 Evolução Histórica

Ainda que de forma bastante breve, é importante ter uma visão geral da evolução histórica do Direito Penal desde seus primórdios.

2.4.1 - Vingança Penal

Nas origens, a sociedade ligava as infrações cometidas por seus indivíduos a pecados contra os deuses. Têm-se a fase dos "Totens", o estabelecimento de tabus e a punição para desagravar a ofensa às divindades. As sanções constituíam autênticas vinganças com quem praticava um mal à sociedade e aos valores religiosos. Houve as fases da vingança em divina, privada e pública.

Vingança Divina

A fase da vingança divina é aquela em que as infrações penais eram consideradas uma ofensa às divindades, que deveriam ser corrigidas por um sacrifício, seja da própria vida do transgressor ou de algum objeto ou animal. As oferendas serviam para se aplacar a ira dos deuses. São exemplos desta fase, além dos Totens, o Código de Manu, da Índia, o Pentateuco (ou Torá), do povo hebreu, o Avesta, da Pérsia e o Livro das Cinco Penas, da China.

Vingança Privada

Na fase da vingança privada, o mal causado pelo infrator era considerado uma ofensa à própria vítima, ao seu clã ou à própria comunidade. Quando a infração era cometida no seio do clã do seu autor, era comum a pena de banimento, com a expulsão do indivíduo daquele grupo. Se a infração envolvia um terceiro, não pertencente àquele grupo, ocasiona-se a chamada vingança de sangue, que podia gerar guerras entre os grupos envolvidos.

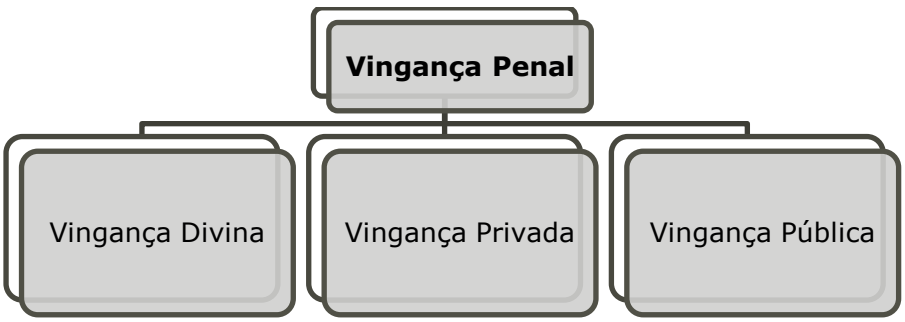
Posteriormente, com as mudanças da sociedade, passou-se a adotar a lei de talião, utilizada, por exemplo, no Código de Hamurábi. A lei de talião apresentou uma evolução, por trazer proporcionalidade entre as infrações cometidas e as sanções impostas. Uma regra decorrente de referida lei seria a célebre determinação de olho por olho e dente por dente. Ademais, surgiu também, neste contexto, a autocomposição.

Vingança Pública

Com o tempo, houve a formação dos Estados e, com isso, a assunção deles, para si, do poder-dever de punir. Inicialmente, o fundamento da punição estatal era religioso. Com a infração penal, havia uma violação das leis das divindades e, dada a interconexão entre o poder temporal e a religião, o soberano deveria punir os transgressores. Aponta-se como exemplo as cidades-estados na Grécia.

Com a contribuição dos filósofos, o fundamento da punição passou a ser o de dar uma resposta ao indivíduo pelo mal causado ao corpo social. Passa-se a se falar em defesa social, que justificaria a imposição das penas aos indivíduos que violavam seus deveres com a sociedade.





2.4.2 - Direito Penal Romano

O Direito Penal do Império Romano passou pelas fases da vingança privada, divina e pública. Cuida-se de direito inicialmente consuetudinário, ou seja, baseado nos costumes. Houve a divisão das infrações em crimes públicos (*ius publicum*) e crimes privados (*ius civile*).

De início, a punição era exercida pelo *pater famílias*, espécie de chefe do clã que exercia diversos poderes em relação a sua família e escravos. Posteriormente, este poder vai sendo tomado pelo Estado, que passa a exercer o *ius puniendi*, restringindo-se o poder do *pater familias*. Significativo exemplo da contribuição do período romano para o Direito Penal é a Lei das XII Tábuas, legislação sistematizada e que contava com a proporcionalidade da lei de talião.

2.4.3 - Direito Penal Germânico

O Direito Penal Germânico, em seu período primitivo, também era tipicamente consuetudinário, ou seja, sua base eram os costumes, e não leis escritas. Os costumes e regras sociais representavam uma ordem de paz, enquanto o crime era visto como uma ruptura de referida ordem. Houve também a diferenciação de crimes públicos e crimes privados.

De início, a responsabilidade era objetiva, ou seja, o Direito Penal Germânico não se importava com o elemento subjetivo (o dolo ou a culpa). Esse entendimento pode ser resumido no seguinte aforisma: *o fato julga o homem*.

Sofreu nítida influência do Direito Romano. Deixou como legado a ideia da autocomposição como pena e também como ressarcimento pelo delito praticado. Houve a aplicação de "ordálias" ou "juízo de deus" no processo penal, com aplicação de castigos físicos para se apurar se o acusado as suportava, o que provaria sua inocência. Ademais, utilizaram-se duelos judiciários, em que os litigantes decidiam a causa em um combate, seja empreendido entre eles mesmos, seja por mercenários.

2.4.4 - Direito Penal na Idade Média

A Idade Média se caracterizou por um Direito Penal essencialmente ligado à religião. A Igreja Católica possuiu um grande poder, instituindo, inclusive, o Tribunal da Santa Inquisição.

As regras religiosas do período integram o chamado Direito Canônico, formado pelas normas do catolicismo. Exemplo de legado deste período é o *Corpus Iuris Cononici*. As infrações penais eram consideradas transgressões contra o Estado e contra a religião.

Neste período, aponta a doutrina que houve o surgimento da prisão. Da palavra utilizada para se designar a penitência no âmbito religioso (*poenitentiae*), surge a denominação "penitenciário".

2.4.5 - Direito Penal e o Iluminismo

Iluminismo (Século XVIII)

No século XVIII, com o advento do Iluminismo, tomam corpo as preocupações com a crueldade das sanções penais, com a origem de um movimento por sua humanização. As ideias iluministas colocam a razão como centro do pensamento humano, o que faz refletir sobre a infração penal e sua punição.

É deste período a obra Dos Delitos e Das Penas, escrita por Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria. Nesta clássica obra, o autor defende um caráter humanitário do Direito Penal, com a proscrição das penas cruéis, das ordálias e dos testemunhos de natureza sigilosa. Defendeu, ainda, que as penas deveriam estar previstas em lei, cabendo aos juízes sua aplicação.

Também são expoentes deste período John Howard, que é considerado o precursor do penitenciarismo, o estudo dos estabelecimentos prisionais, e Jeremias Bentham, estudioso do tema arquitetura penitenciária, criador do modelo Panóptico, posteriormente adotado em estabelecimentos penais em alguns países, como ocorreu em Cuba.

2.4.6 - As escolas do Direito Penal

As maiores escolas, que representam pontos de vista diversos e serviram como ponto de partida para as demais, são a Clássica e a Positiva. Posteriormente, surgiram escolas ecléticas ou mistas, que mesclaram as ideias das duas principais. Em um estudo mais sucinto, analisaremos apenas as duas principais escolas.

Escola Clássica

Para os pensadores desta escola, o crime é visto como um ente jurídico, surgido da violação de um direito. A pena, por sua vez, possui natureza retributiva. **O pensamento extraído dessa escola se fundamenta no individualismo, em que a infração é vista como a violação contra o ordenamento jurídico realizada por um indivíduo, o qual deve sofrer a retribuição pelo mal causado**. A sanção tutela os bens jurídicos violados com a prática de infrações penais. A responsabilização penal é moral.

Aponta-se como seu maior expoente Francesco Carrara, autor da obra *Programa del corso di Diritto Criminale*. Entende o crime como algo causado por duas forças, a física e a moral. Além disso, fundamenta a responsabilização criminal no **livre-arbítrio**. São também autores ligados a essa escola Gioavanni Carmignani e Cesare Beccaria.

Escola Positiva

São expoentes desta escola Cesare Lombroso (fase antropológica), Enrico Ferri (fase sociológica) e Rafael Garofalo (fase jurídica). Essa corrente surgiu ligada ao pensamento positivista na filosofia, ao desenvolvimento das ciências sociais e ao surgimento das teorias evolucionistas. **A pena passa a ser vista como reação do organismo social. Há uma valorização dos interesses sociais**.

A obra de Lombroso, *L'Uomo Delinquente*, traz a ideia do criminoso nato, atávico, que possui características físicas específicas. Com isso, o autor faz um estudo das características que seriam comuns aos delinquentes, após estudo experimental realizado em unidades prisionais.

Essa escola é conhecida como precursora da criminologia, por seus estudos baseados no método empírico. Os seus integrantes defenderam que a pena seria uma forma de defesa social e que a responsabilidade penal tem natureza social, por ser o crime um fenômeno social, além de natural.

2.5 Fontes

As fontes do Direito revelam tanto a forma pela qual as normas são elaboradas, quanto as modalidades de sua "roupagem", sua estrutura formal.

2.5.1 - Conceito

Fontes do Direito, portanto, designam tanto os **modos de elaboração** quanto os **de revelação da norma jurídica**. A palavra fonte remete à ideia de origem, de gênese, de nascedouro, de surgimento. Daí podemos extrair o conceito de fonte utilizado no Direito:

Fonte é o órgão de onde provém o Direito e a origem das normas jurídicas.

Sobre a origem do Direito Penal, aí compreendido o surgimento das normas penais, podemos pensar em Código Penal, Constituição Federal, Lei das Contravenções Penais etc. Da mesma forma, podemos apontar o Congresso Nacional, ou, de forma mais ampla, a União, que elabora as leis penais, como fonte do Direito.

2.5.1 - Classificação

As fontes podem ser classificadas em diversas formas, o que facilita a compreensão e o estudo da matéria. São possíveis as seguintes classificações, elaboradas pela doutrina:

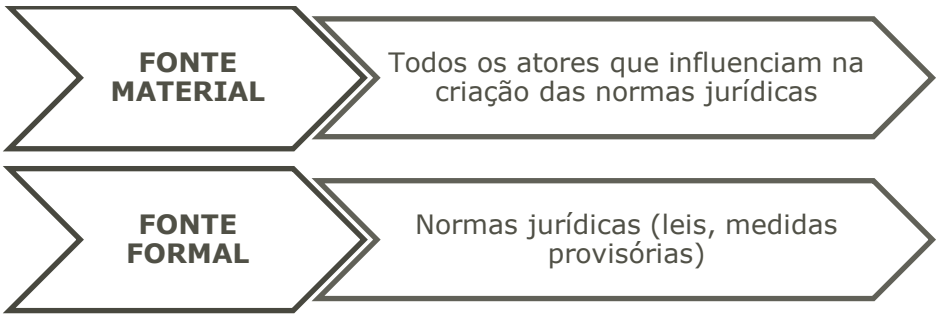
- **fontes materiais** e **fontes formais**;

As fontes **materiais, substanciais ou de produção** representam todos os **fatores que causam a elaboração de uma nova norma penal**. Parte da doutrina, entretanto, em uma visão mais restritiva, entende que a única fonte material é o Estado, que possui a prerrogativa de elaboração de leis penais. Compete à União, de forma privativa, legislar sobre Direito Penal, nos termos do artigo 22, I, da Constituição da República.

Entretanto, **lei complementar federal** pode **autorizar os Estados-Membros** a legislarem sobre **questões específicas de Direito Penal**, consoante prevê o artigo 22, parágrafo único, também da Constituição. A doutrina aponta que essa possibilidade de autorização também abrange o Distrito Federal, que possui as atribuições dos Estados e dos Municípios.

As **fontes formais, de conhecimento ou de cognição**, a seu turno, constituem **o produto das fontes materiais**, ou seja, aquilo que é produzido a partir dos movimentos sociais e políticos de elaboração do Direito. De forma simples, as fontes formais são as próprias normas jurídicas. Dizem respeito **à "roupagem" que as regras e princípios de Direito Penal** apresentam, ou seja, a sua forma.

Para facilitar a memorização, temos o seguinte esquema:



- **fontes diretas** e **fontes indiretas**.

A fonte direta e imediata do Direito Penal é a **lei**. Lei, neste ponto, é vista de forma restritiva, de lei em sentido formal. Devido ao princípio da legalidade, que será estudado mais detidamente no decorrer do curso, as infrações penais e suas sanções devem estar previstas em lei (reserva legal).

O artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) elenca outras fontes, denominadas pela doutrina como indiretas, mediatas ou subsidiárias. São elas os costumes e os princípios gerais de direito.

O **costume** possui dois elementos, um objetivo e um subjetivo. O objetivo é a reiteração da conduta, a habitualidade. O seu elemento subjetivo é a convicção de sua obrigatoriedade. Reconhece-se sua influência na interpretação e na aplicação da norma penal, considerando que há elementos que vão sendo lidos conforme a conjuntura sociocultural. Por exemplo, o crime de ato obsceno abrange o conceito de "obsceno", o que varia conforme a época da sociedade.

Há discussão sobre a possibilidade de o costume revogar uma lei penal, o que ocorreria, por exemplo, com a contravenção de jogo do bicho. Questiona-se se, com a aceitação social dessa conduta e a consequente tolerância das autoridades, o ato não teria passado a ser atípico, ou seja, um indiferente penal. Entretanto, como aponta a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), a lei terá vigência até que outra a modifique ou revogue. Deste modo, não se pode considerar que um costume revogou a lei.



Neste âmbito, a doutrina classifica o costume em *contra legem*, aquele que contraria a lei, *secundum legem*, aquele que não contraria o sentido da lei e é aplicado por determinação dela, e, por fim, o *praeter legem*, aquele que complementa o sentido da lei, sem a contrariar.

Os princípios gerais do direito consubstanciam normas com maior grau de abstração, que exprimem valores e são extraídos do ordenamento jurídico. São valores norteadores do sistema jurídico, que são compreendidos por meio das normas penais, direcionando o intérprete na aplicação da lei penal.

A **doutrina mais moderna inclui a doutrina e a jurisprudência como fontes do Direito**, considerando que a jurisprudência cria ou recria o direito[1].

No mesmo sentido, há a **analogia**, que inclusive é mencionada pelo artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). A doutrina aponta não se tratar de fonte do direito, mas sim de técnica de integração das normas penais. A analogia é a forma de se suprir as lacunas da lei, determinando a aplicação de regras previstas para um caso semelhante. No caso do Direito Penal, **só se admite a analogia *in bonam partem***, como veremos durante o curso.

A **equidade**, por sua vez, é um vetor interpretativo, por se referir ao valor ético-social, de se decidir com Justiça. Não se trata de fonte do Direito, mas sim de recurso que o juiz deve utilizar quando da interpretação da lei penal.

2.5.2 - Competência Legislativa em Matéria Penal

A competência para legislar em matéria penal está prevista no artigo 21 da Constituição da República. Este dispositivo determina **competir à União legislar privativamente sobre Direito Penal**.

Vejamos o que determina a Constituição:

> *Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*
>
> *I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (...)*



A competência privativa em matéria penal pertence à União.

[1] PRADO, Luiz Régis. Curso de direito penal brasileiro: parte geral e parte especial. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 57-59. CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral. 8 ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2020, p. 64. No mesmo sentido, apesar de recomentar cautela quanto à visão sobre a doutrina: MASSON, Cleber. Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1. 13 ed. São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 14-16.

Entretanto, **cumpre ressaltar que o parágrafo único do artigo 22 da CF prevê a possibilidade de a União, por meio de lei complementar, autorizar os Estados a legislarem sobre questões específicas** previstas nos incisos do art. 22.

2.5.3 - Lei Delegada Penal

Devido à excepcionalidade desta forma de elaboração legislativa, há determinadas vedações a respeito da matéria que pode ser tratada por esta modalidade legislativa. Dentre tais limitações, é importante a leitura do art. 68, §1º, II, da CF:

> *Art. 68, § 1º **Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional**, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:*
>
> *(...)*
>
> *II - nacionalidade, cidadania, **direitos individuais**, políticos e eleitorais; (...)*

O inciso II do § 1º do artigo 68 veda a edição de lei delegada sobre direitos individuais, o que, por via indireta, também impede que se elabore lei delegada em matéria penal. Isto porque o Direito Penal afeta os direitos individuais dos indivíduos, o que faz incidir a vedação de legislação sobre direitos individuais, impedindo a delegação. Pode-se defender, todavia, a edição de lei delegada em relação ao Direito Penal não incriminador, ou seja, no caso de norma que não criminalize determinada conduta nem enseje tratamento mais rígido em matéria penal.

2.5.4 - Medida Provisória Penal

Com a Emenda Constitucional nº 32, de 2001, deixou-se clara a questão sobre ser possível ou não a elaboração de medida provisória sobre matéria penal, dada a alteração na redação do artigo 62, § 1º, I, *b*, da Constituição Federal, que passou a prever o seguinte:

> ***É vedada** a edição de medidas provisórias sobre matéria:*
>
> *I – relativa a:*
>
> *b) **direito penal**, processual penal e processual civil.*

Com a redação atual da Constituição, ficou claro que não pode ser elaborada medida provisória relativa a matéria penal. Não é possível, assim, que o Presidente da República edite uma medida provisória com a previsão de um novo crime, por incompatibilidade da forma com o conteúdo.



É VEDADO À MEDIDA PROVISÓRIA DISPOR SOBRE DIREITO PENAL.

Entretanto, cumpre ressaltar que há a controvérsia sobre a possibilidade de medida provisória dispor sobre Direito Penal, desde que se trate de norma penal não incriminadora. Ainda que se trate de julgado anterior à Emenda Constitucional nº 32, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 254.818/PR, **sinalizou ser possível a edição de medida provisória sobre Direito Penal não incriminador**, ou seja, a favor do réu.

2.6 Interpretação da Lei Penal

A interpretação das leis penais é classificada quanto ao sujeito que interpreta, quanto ao modo pelo qual se interpreta e quanto ao resultado da interpretação. Vejamos:

2.6.1 - Classificação

Como dito, as normas penais são classificadas de acordo segundo a origem da interpretação, a forma de se interpretar e o resultado desta atividade.

- **Quanto à origem** (sujeito):

A interpretação dita **autêntica ou legislativa** é aquela realizada pelo próprio legislador, seja no próprio contexto da elaboração da norma ou posteriormente, por meio de nova lei que dispõe sobre o tema. A interpretação dada é realizada pelo Poder Legislativo, que aponta a forma de se interpretar a norma que ele próprio produz. A Exposição de Motivos não é interpretação autêntica.

A interpretação legislativa pode ser **contextual**, se a interpretação é feita no próprio corpo da norma. É o que ocorre, por exemplo, no caso do artigo 327 do Código Penal, que prevê o conceito de funcionário público a ser adotado para interpretação das normas penais. A interpretação legislativa pode, ainda, ser **posterior**, ou seja, após a elaboração da norma penal, cujo conteúdo pode suscitar dúvidas, o Poder Legislativo edita nova lei para demonstrar a forma de interpretação daquela outra.



Não é considerada interpretação autêntica a exposição de motivos que acompanha determinados diplomas legais, como é o caso do Código Penal. Por não compor o texto legal e não possuir caráter vinculante, o que se extrai da exposição de motivos é interpretação doutrinária, que será vista a seguir, e não legislativa.

A interpretação pode, ainda, ser **doutrinária ou científica**. É a interpretação realizada pelos estudiosos do Direito Penal, que definem conceitos, institutos e dão sentido à interpretação das normas penais. Diz-se que esta interpretação consiste na *communis opinio doctorum*, ou seja, a compreensão que os juristas têm do Direito Penal. Não possui caráter de fonte do Direito, como visto acima, mas muito influencia na sua aplicação e até mesmo na elaboração das normas penais.

A interpretação pode ser, por fim, **judicial ou jurisprudencial**. É o entendimento dos juízes e dos tribunais a respeito das normas penais, dando-lhes sentido e aplicação prática nos casos que lhes são apresentados. Ainda que não seja fonte do Direito Penal, a interpretação jurisdicional revela-se importante fonte de interpretação das leis penais.

- **Quanto ao meio** (modo):

A interpretação pode ser **gramatical, literal, filológica ou sintática**. Cuida-se da forma mais simples de se proceder à ilação das normas penais e, por isso, a doutrina aponta que deve ser conjugada com as diversas formas para melhor compreensão das normas. A interpretação gramatical é aquela que se fundamenta no sentido e no significado das palavras, utilizando-se os conhecimentos da língua utilizada na elaboração das leis.

A interpretação pode também ser **histórica**, que se volta à análise da conjuntura política e social da época da elaboração da norma. Exploram-se, neste âmbito, as discussões e proposições realizadas no curso do processo legiferante, ou seja, durante o procedimento de elaboração e aprovação da lei.

Classifica-se, ainda, em **sistemática**, quando envolve a consideração da norma penal em relação ao seu conjunto. Interpreta-se a lei considerando-se a sua posição no ordenamento jurídico como um todo, além de se considerar o dispositivo normativo em vista dos demais. Leva-se em consideração, então, todo o sistema do Direito Penal para se interpretar determinado dispositivo normativo.

A interpretação **lógica ou teleológica** volta-se para a razão lógica da norma, bem como para a sua finalidade. Busca entender o alcance e o sentido da norma penal, por aquilo que ela busca estabelecer.

Há, ainda, a chamada interpretação **progressiva, adaptativa ou evolutiva**. É a forma de se compreender a norma penal no contexto social, sendo que ela deve acompanhar o desenvolvimento da sociedade e suas transformações. Isto ocorre, por exemplo, com o crime de ato obsceno. O que era considerado ato obsceno quando da promulgação do Código Penal é muito diverso do que se considera atualmente uma obscenidade. Por isso, a interpretação da norma penal deve levar em conta as mudanças da sociedade para se delimitar o seu alcance e se compreender o seu sentido.

- **Quanto ao resultado**:

Quanto ao resultado da interpretação, ela pode ser **declarativa**. Diz-se declarativa a interpretação, quando o seu produto é exatamente aquilo que a norma prevê, sem que haja elastecimento ou restrição do alcance do seu texto. Chega-se à conclusão, por meio da interpretação, que a norma diz exatamente aquilo que queria dizer.

A interpretação é **restritiva** quando o intérprete considera que a lei diz mais do que queria. Ocorre quando o texto possui um sentido literal mais amplo do que a finalidade da norma aponta, o que faz com que se restrinja o seu sentido na sua aplicação. Adequa-se o texto da lei penal, dele se extraindo norma mais restrita que a letra da lei previa.

Por fim, diz-se **extensiva** a interpretação que ocorre quando a lei diz menos do que deveria. Assim, amplia-se o sentido da lei para abarcar situação que não estava presente na letra da lei, na sua escrita pura e simples. O intérprete verifica que a norma deve ser compreendida de uma forma mais ampla, por ter exprimido menos do que buscava.

2.6.2 - Interpretação extensiva, Analogia e Interpretação analógica

A **analogia** é técnica de integração do Direito, que busca suprir as lacunas da lei com utilização de normas que regulam situação com algumas semelhanças. Como visto, por aumentar o âmbito de aplicação da norma penal, a analogia não pode ser utilizada para normas penais incriminadoras. Assim, só se admite analogia *in bonam partem*, ou seja, para beneficiar o réu.

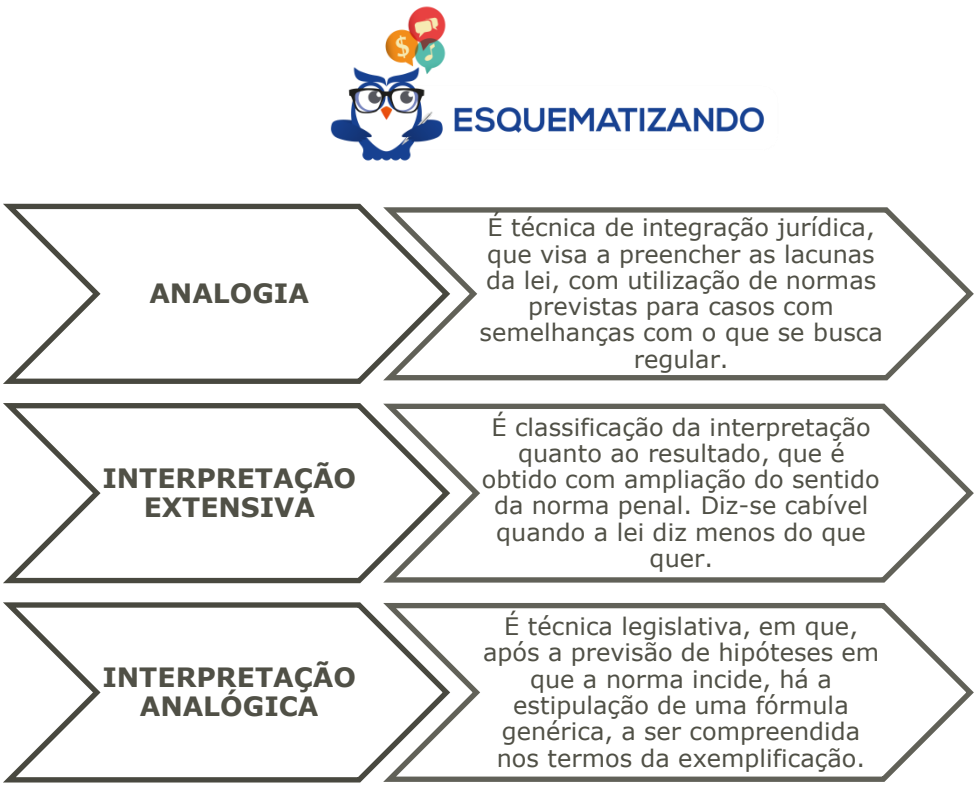
A **interpretação extensiva**, por sua vez, é uma classificação da interpretação quanto ao resultado. Diz-se extensiva a interpretação quando se considera que a lei expressa menos do que pretende, diz menos do que queria dizer. Nestes casos, busca-se adequar o sentido da lei para que o seu alcance

seja o adequado. Há controvérsia doutrinária quanto ao uso da interpretação extensiva em prejuízo do réu, mas a maioria admite.

Há, ainda, a chamada **interpretação analógica**, que tampouco se confunde com a analogia ou com a interpretação extensiva. Na interpretação analógica, o legislador utiliza a técnica de, após a enumeração de hipóteses de aplicação da norma, abrir a possibilidade de sua aplicação em situações semelhantes, por meio de uma fórmula mais genérica. Para melhor visualizarmos a interpretação analógica, podemos pensar no caso do artigo 121, § 2º, inciso I:

> *Art. 121. Matar alguém:*
>
> *(...)*
>
> *§ 2° Se o homicídio é cometido:*
>
> *I - mediante paga ou promessa de recompensa,* ***ou por outro motivo torpe****;*

No inciso acima transcrito, **temos caso de interpretação analógica, em que o legislador se vale de um rol de casos de incidência da norma e finaliza com uma fórmula genérica, que deve ser interpretada conforme os casos previstos de forma expressa**.



2.7 Classificação das Leis Penais

2.7.1 - Lei Penal Incriminadora

A lei penal incriminadora **é aquela que prevê uma infração penal, seja um crime ou uma contravenção**. Também chamada de lei penal em sentido estrito, ela estabelece os tipos penais e as sanções penais a eles cominadas.

Sua estrutura é a seguinte: há o preceito primário e o preceito secundário. O **preceito primário** é aquele em que se prevê a conduta que, se praticada, configurará um crime ou uma contravenção penal. Já o **preceito secundário** é aquele que traz a sanção penal correspondente à infração penal prevista no dispositivo.

2.7.2 - Lei Penal Não Incriminadora

Há, ainda, leis penais que não preveem crimes nem infrações penais, sendo denominadas leis penais não incriminadoras ou leis penais em sentido amplo:

Permissivas: São as normas que veiculam uma permissão daquilo que, sem elas, seria considerado uma infração penal e sujeitaria seu autor a uma sanção penal. As normas penais permissivas **exculpantes** são aquelas que veiculam uma excludente de culpabilidade, deixando de haver aplicação de pena. As normas penais permissivas **justificantes**, por sua vez, veiculam excludentes de ilicitude, tornando lícitos fatos que, sem sua previsão, seriam considerados ilícitos.

Explicativas ou interpretativas: **As normas penais explicativas ou interpretativas são aquelas que trazem uma explicitação de conceitos**, uma explicação para se melhor compreender as demais normas e permitir a sua correta aplicação. São exemplos de normas explicativas o artigo 327 e o parágrafo § 4º do artigo 150, todos do Código Penal.

Complementares: **As normas penais complementares são aquelas que possibilitam a aplicação das demais**, possuindo a função de suplementá-las, permitindo a sua compreensão para utilização nos casos concretos. É exemplo de norma penal complementar o artigo 5º do Código Penal. Por trazer as normas sobre a Lei Penal no espaço, ou seja, o limite territorial em que vige a lei brasileira, o artigo 5º é norma penal complementar, demonstrando qual a aplicação espacial das demais disposições do Código Penal.

De extensão ou integrativas: **As normas penais de extensão ou integrativas são aquelas que aumentam a abrangência das demais**. Ao se integrarem às normas penais incriminadoras, elas aumentam seu campo de incidência, tornando crimes condutas que, por si sós, seriam atípicas, ou seja, indiferentes para o Direito Penal. É exemplo o artigo 29 do Código Penal, que prevê a punição de todo aquele que contribuir para a realização da infração penal, na medida de sua culpabilidade.

2.8 Lei Penal no Tempo

No caso do Direito Penal, **a regra é a irretroatividade da lei penal mais gravosa**. Ou seja, a lei que vier a prejudicar a situação do réu, seja aumentando a pena, seja ampliando o prazo prescricional, por exemplo, não pode retroagir para alcançar o fato criminoso ocorrido anteriormente.

Portanto, **no Direito Penal**, que representa um ramo de maior coerção, com aplicação de sanções penais que atingem os direitos fundamentais dos indivíduos, **a norma incriminadora não pode abranger fatos passados**. Só é crime o que a lei determinar a partir de sua vigência. Da mesma forma, a maior rigidez em qualquer sanção penal só valerá da publicação da lei que a alterou em diante, sem possibilidade de retroação.

Deste modo, assim como vige a regra da irretroatividade da lei penal mais gravosa, **a lei penal mais benéfica terá ultra-atividade**, atuando além da sua vigência para os atos praticados durante sua regência. Isto porque, sobrevindo lei mais gravosa, é a lei mais benéfica, ainda que já revogada, que será aplicada, tendo, portanto, ultra-atividade. Ou seja, a lei mais benigna para o réu deve ser aplicada se o ato foi praticado na sua vigência, ainda que ela não integre mais o ordenamento jurídico quando ele for condenado.

Lembre-se: a lei penal pode retroagir para beneficiar o réu.

2.8.1 - Tempo do Crime

O tempo do crime é a definição de quando a infração penal foi praticada. Com relação a este tema, a doutrina desenvolveu algumas teorias sobre quando se deve considerar que o crime foi praticado. De todo modo, prevê o Código Penal, em seu artigo 4º:

> *Art. 4º - Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado.*

Resta claro, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria atividade quanto ao tempo do crime. Considera-se que o crime foi praticado ao tempo da conduta, ou seja, ao tempo em que o agente agiu ou deixou de agir, sendo indiferente, neste âmbito, o momento do resultado.

Quanto ao tempo do crime, o Código Penal adota a teoria da atividade.

Resta abordar a relevância de se definir o tempo do crime, o que não é meramente teórico. O tempo do crime é importante para se definir sua ocorrência, com a presença de todos os seus elementos. Ademais, só se saberá qual a lei que estava vigente quando da prática da infração penal após se definir quando ela foi praticada.

São, portanto, **duas principais aplicações práticas do tempo do crime no Direito Penal**:

➔ A primeira se consubstancia no **princípio ou regra da coincidência, que determina que os elementos do crime devem estar todos presentes à época da prática da infração penal**.

➔ Outro importante desdobramento do tempo do crime é **a definição da lei vigente à época em que ele é praticado.**

2.8.2 - Abolitio Criminis

Um dos institutos relevantes no âmbito da aplicação da lei penal no tempo é a *abolitio criminis.* Cuida-se da **descriminalização da conduta**, ou seja, advém uma lei que deixa de prever aquela conduta como infração penal. A *abolitio criminis* **determina a extinção da sanção penal que já tenha sido imposta e dos efeitos penais da condenação**. Quem já foi condenado e está cumprindo pena terá esta imediatamente extinta, por não subsistir mais o crime pelo qual foi condenado. Note-se, portanto, que a *abolitio criminis* não encontra óbice na coisa julgada, surtindo efeitos inclusive em quem se encontra em fase de execução penal, cumprindo pena após definitivamente condenado.

Os efeitos extrapenais, a seu turno, permanecem, não sendo afetados. O artigo 109 do Código Penal prevê, dentre as causas extintivas da punibilidade, a *abolitio criminis*, razão pela qual, ao menos no plano legal, a discussão possui uma solução: a natureza jurídica é de causa extintiva da punibilidade.



Não se deve confundir a *abolitio criminis* com a norma que revoga um tipo penal, mas passa a prever a mesma conduta como crime em outro dispositivo. Apenas a mudança da localização ou da forma de previsão da conduta não gera a extinção da punibilidade, não devendo assim ser interpretado. Cuida-se da incidência do **princípio da continuidade normativo-típica**, que ocorre justamente

quando uma lei revoga o dispositivo que tipificava a conduta, mas a própria lei revogadora passa a prever a conduta como crime em outro dispositivo.

2.8.3 - Novatio legis in melius

A *novatio legis in melius* é a **nova lei que beneficia o agente, como, por exemplo, aquela que prevê uma pena menor que a anterior previa**. O réu deve ser beneficiado por essa lei mais benéfica, ainda que já condenado ao tempo da lei antiga. Portanto, a lei penal mais benigna pode ser aplicada inclusive após o trânsito em julgado da condenação.

Surge, então, a questão acerca de como deve ocorrer a aplicação da lei nova no caso de o réu, condenado de forma definitiva, estar cumprindo a pena. A súmula 611 do STF pacificou a questão:

> *Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna.*

Portanto, caso se trate de execução criminal de condenação definitiva, é o juízo das execuções que possui a competência para analisar o caso e lhe aplicar a lei nova.

Neste caso, em que há aspectos mais benéficos ao réu na lei mais antiga e na lei mais nova, é possível a combinação de leis penais?

Também neste caso **não há posição unânime na doutrina**, que se divide sobre o tema. A posição do **Superior Tribunal de Justiça** tem sido a de **não admitir a combinação de leis penais**, nos termos da sua Súmula 501 (É cabível a aplicação retroativa da Lei 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, **sendo vedada a combinação de leis**). O **Supremo Tribunal Federal** também tem julgado **contrariamente à possibilidade de combinação de leis penais**:

> *"(...) 2. O Plenário da Suprema Corte, no julgamento do RE nº 600.817/MS, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, concluiu pela impossibilidade da aplicação retroativa do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 sobre a pena cominada com base na Lei nº 6.368/76, ou seja, **pela não possibilidade de combinação de leis.** (...)" (ARE 703988 AgR-ED/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, Julgamento em 09/04/2014).*

2.8.4 - Novatio legis in pejus

A *novatio legis in pejus* **é a lei que de qualquer forma prejudica o réu**. Como visto, vige o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, razão pela qual ela só vai incidir sobre os fatos praticados a partir de sua vigência.

A lei penal mais benéfica, se anterior, terá ultra-atividade, regulando os fatos ocorridos durante a sua vigência, mesmo após já ter sido revogada por outra, que lhe seja posterior e se apresente mais gravosa.

2.8.5 - Novatio legis incriminadora

A *novatio legis* incriminadora, por sua vez, **é aquela que passa a prever um novo crime**, tornando infração penal uma conduta que anteriormente era atípica. A nova lei incriminadora é uma lei mais gravosa, ou seja, faz incidir o princípio da irretroatividade. Assim, só serão considerados crimes e, portanto, somente serão punidos os fatos cometidos após o início de sua vigência.

2.8.6 - Lei penal no tempo e os crimes permanentes e continuados

Quanto à lei penal no tempo, cumpre também tratar dos chamados crimes permanentes e dos continuados, dadas as especificidades que apresentam.

Os **crimes permanentes são aqueles cuja consumação se protrai no tempo**, ou seja, enquanto o agente persistir na empreitada criminosa, considera-se que ele está em situação de fragrância e que o crime está na fase de consumação.

Os crimes continuados, por outro lado, constituem uma ficção jurídica. Também chamado de continuidade delitiva, o crime continuado ocorre quando o agente pratica, mediante pluralidade de condutas, dois ou mais crimes da mesma espécie, tidos como continuação um do outro (semelhantes condições de tempo, lugar, modo de execução, etc.).

A posição do Supremo Tribunal Federal, cujo entendimento está expresso em sua Súmula 711, é no sentido de que, havendo superveniência de lei penal mais grave, antes de cessada a continuidade delitiva ou a permanência, ela se aplica ao crime continuado ou permanente:

> ***A Lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à***

2.10 Leis de Vigência Temporária

2.10.1 - Conceito

Leis de vigência temporária são **aquelas instituídas para viger em determinado período**. Elas são exceção à regra exposta na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, no *caput* do seu artigo 2º, de que a lei terá vigência até que outra a modifique ou revogue, ou seja, vige por prazo indeterminado:

> *Art. 2o Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.*

A lei de vigência temporária possui vigor por prazo determinado por um período de tempo ou por um evento, regulando os fatos ocorridos durante sua vigência, mesmo após já cessada a sua vigência.

A lei de vigência temporária está prevista no artigo 3º do Código Penal:

> *Art. 3º - A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.*

2.10.2 - Lei excepcional.

A lei excepcional, também denominada de lei temporária em sentido amplo, é **aquela produzida para durar durante determinada situação, determinado evento anormal, transitório**. São exemplos de eventos que podem determinar a vigência da lei: uma guerra, uma calamidade pública, uma grave comoção interna com protestos violentos, um período de seca, etc.

2.10.3 - Lei temporária em sentido estrito.

Lei Temporária (em sentido estrito) **é aquela produzida para durar por um determinado período de tempo, previsto em si mesma**. Sua vigência já é delimitada no tempo, possuindo um interregno de vigência já estabelecido, razão pela qual vigora por período determinado. Um conhecido exemplo de lei temporária em sentido estrito é a Lei 12.663/12, conhecida também como lei da FIFA, que possui, em seu próprio texto legal, termo final de vigência, já alcançado.

2.10.4 - Características comuns.

São características comuns das leis de vigência temporária:

- **Ultra-atividade**: o fim da vigência da lei não impede sua ultra-atividade para alcançar os fatos cometidos anteriormente, mesmo que a aplicação ultra-ativa da lei prejudique o réu.
- **Autorrevogabilidade**: as leis de vigência temporária são tidas por revogadas no termo final nela fixado (lei temporária) ou quando cessada a situação anormal (lei excepcional).

2.11 Lei Penal no Espaço

2.11.1 - Lugar do Crime

O lugar do crime é a definição de qual o lugar em que se considera que a infração penal foi praticada. Sobre o tema, prevê o Código Penal, em seu artigo 6º:

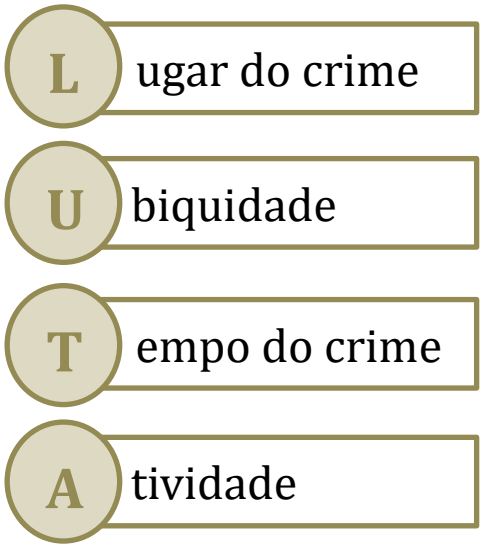
> *Art. 6º - Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.*

Deste modo, resta claro que o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria da ubiquidade quanto ao lugar do crime. Considera-se que o crime foi praticado tanto no lugar em que se praticou a conduta (comissiva ou omissiva) quanto no lugar em que se produziu ou se deva produzir o resultado.

Quanto ao lugar do crime, o Código Penal adota a teoria da ubiquidade.

Qual a importância de estabelecermos o lugar do crime?

A teoria da ubiquidade para definição do lugar do crime se aplica aos **crimes à distância, também chamados de crimes de espaço máximo**. São **as infrações penais cujo *iter criminis* (caminho do crime, com suas fases de cogitação, preparação, execução, consumação e, ao final, eventual exaurimento) abrange mais de um país**. Ou seja, é aquela infração penal que, em seu desenvolvimento, percorre mais de um território soberano.



2.11.2 - Territorialidade

A territorialidade é **a regra sobre a aplicação da lei brasileira no espaço, ou seja, a lei nacional é aplicável ao território nacional**. Só se aplica, de modo geral, a lei penal brasileira aos crimes cometidos no Brasil. Para saber como se apurar o local de cometimento do crime, vimos no tópico anterior o lugar do crime, sendo que o Código Penal adotou a teoria da ubiquidade.

Vejamos o artigo 5º do Código Penal que traz a regra da territorialidade:

> *Art. 5º - Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.*

A regra da territorialidade preconiza que a aplicação da lei se restringe ao território do Estado que a promulgou. Pode-se compreender a territorialidade de forma absoluta ou temperada:

- **Territorialidade absoluta**: somente a lei brasileira pode ser adotada no território brasileiro.

- **Territorialidade temperada**: aplica-se aos crimes cometidos no território brasileiro a lei brasileira, com exceção para casos previstos em Tratados Internacionais. É a adotada no Brasil.

A territorialidade se vincula, como visto, ao conceito de território nacional. A lei brasileira é aquela que se aplica quando o crime é cometido no território sob a soberania da República Federativa do Brasil. É importante, então, relembrar o que integra o território brasileiro, que é composto do

território físico (a extensão de terra, o espaço aéreo correspondente e as águas territoriais delimitadas pelas nossas fronteiras) e o território jurídico (como as embarcações do governo brasileiro a serviço).

Abrangem o chamado território jurídico (por extensão ou por ficção):

- Navios e aeronaves públicos ou a serviço do governo brasileiro;
- Navios e aeronaves privados de bandeira brasileira, desde que estejam em território brasileiro, alto-mar ou no espaço aéreo a eles relativo.

Atenção: Aplica-se a lei brasileira aos navios e aeronaves privados estrangeiros em território brasileiro.

Retomando, o território nacional é composto do território físico e do território jurídico, conforme o esquema:



Vejamos, então, o que diz o Código Penal, em seu artigo 5º, sobre o território jurídico ou por extensão:

> *Art. 5º - Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.*
>
> *§ 1º - Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar.*
>
> *§ 2º - É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em voo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil.*

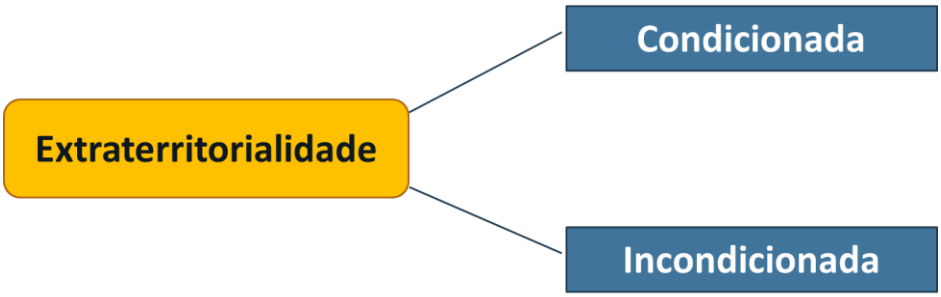
2.11.3 - Extraterritorialidade

A extraterritorialidade consiste na **aplicação excepcional da lei brasileira a crimes cometidos exclusivamente no estrangeiro**. Como visto, trata-se de exceção à regra, que é a da territorialidade,

ou seja, em regra a lei penal brasileira é aplicada apenas aos crimes cometidos no território brasileiro – aqui compreendido tanto o território físico quando o jurídico.

A extraterritorialidade é subdividida em condicionada e incondicionada. Como o próprio nome propõe, a diferença é se haverá condições para essa aplicação excepcional da lei penal brasileira a crimes cometidos fora daqui, sob o ponto de vista da teoria da ubiquidade para definição do lugar do crime.

São formas de extraterritorialidade:



A **extraterritorialidade incondicionada** está prevista no artigo 7º, inciso I e § 1º, do Código Penal. Relaciona-se às hipóteses em que a lei penal é aplicada a um crime cometido no exterior, independentemente de qualquer condição:

> *Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:*
>
> *I - os crimes:*
>
> *a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;*
>
> *b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público;*
>
> *c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço;*
>
> *d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;*
>
> *(...)*
>
> *§ 1º Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.*

Referidos crimes, dada sua gravidade e o interesse do Estado Brasileiro em sua punição, são puníveis no Brasil independentemente do implemento de qualquer condição. Os agentes, portanto, que cometerem tais crimes devem ser aqui processados, pelo simples fato de terem cometidos uma das infrações penais acima mencionadas.

Note-se que o parágrafo primeiro do artigo 7º do Código Penal prevê a punição do agente segundo a lei brasileira **mesmo que ele tenha sido absolvido ou condenado no exterior**. Parte da doutrina questiona a constitucionalidade deste dispositivo, dado o princípio (não previsto expressamente no texto constitucional) da vedação ao *bis in idem*, ou seja, a proibição de que o sujeito seja processado, sancionado ou executado duas vezes pelo mesmo fato. Referido princípio está previsto, de forma expressa, no Pacto de São José da Costa Rica e será estudado abaixo. De toda forma, cumpre registrar este questionamento sobre a recepção deste dispositivo pela Constituição da República de 1988.

A **extraterritorialidade condicionada**, por sua vez, refere-se às hipóteses de aplicação da lei brasileira aos crimes cometidos no exterior, **desde que atendidas determinadas condições**. Está prevista no artigo 7º, inciso II e §§ 2º e 3º, do Código Penal:

> *Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:*
>
> *(...)*
>
> *II - os crimes:*
>
> *a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;*
>
> *b) praticados por brasileiro;*
>
> *c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º - Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:*
>
> *a) entrar o agente no território nacional;*
>
> *b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;*
>
> *c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;*
>
> *d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;*
>
> *e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.*
>
> *§ 3º - A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior:*
>
> *a) não foi pedida ou foi negada a extradição;*

b) houve requisição do Ministro da Justiça.

A extraterritorialidade condicionada, nos casos previstos no inciso II do artigo 7º do Código Penal, pressupõe as seguintes **condições**:

- ✓ entrar o agente no território nacional;
- ✓ ser o fato punível também no país em que foi praticado;
- ✓ estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;
- ✓ não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;
- ✓ não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

No caso do § 3º do artigo 7º, são previstas outras condições, adicionais àquelas previstas para os crimes do inciso II. Ou seja, nos casos do § 3º, são exigidas **as condições acima previstas mais as condições específicas nele mencionadas**.

Por isso, alguns doutrinadores denominam a previsão do § 3º de **extraterritorialidade hipercondicionada**:

_**Requisitos específicos** (que devem ser cumpridos em conjunto com os da extraterritorialidade condicionada):

- ✓ não deve ter sido pedida extradição ou ela deve ter sido negada;
- ✓ deve existir requisição do Ministro da Justiça.

A extraterritorialidade, como hipótese de aplicação excepcional da lei nacional a crimes cometidos fora do território do Estado, rege-se por princípios que justificam a sua punição:

- ➢ **Princípio da nacionalidade ou personalidade ativa**: busca a punição do crime em razão do sujeito ativo do crime, ou seja, aquele que praticou o delito;
- ➢ **Princípio da nacionalidade ou personalidade passiva**: almeja punir o crime em consideração àquele que foi a vítima do crime, isto é, seu sujeito passivo;
- ➢ **Princípio real, da defesa ou da proteção**: determina a punição do crime cometido no exterior pela lei nacional em virtude do interesse nacional, do bem jurídico atingido pelo delito;
- ➢ **Princípio da justiça universal ou cosmopolita**: busca a punição do crime em virtude da necessidade de cooperação entre os Estados, no plano das relações internacionais, para se evitar a impunidade. Geralmente tais crimes são selecionados em virtude de sua maior gravidade;
- ➢ **Princípio do pavilhão, da bandeira ou da representação**: a aplicação da lei penal é determinada pela nacionalidade do navio ou da embarcação.



Crimes, embora cometidos no estrangeiro;	Princípio
contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;	Defesa
contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público;	
contra a administração pública, por quem está a seu serviço;	
de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;	Justiça Universal
que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;	
praticados por brasileiro;	Nacionalidade ativa
praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.	Representação
A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições (...)	Nacionalidade passiva/Defesa

3 IMUNIDADES

O princípio da igualdade, proveniente do nosso Direito Constitucional e aplicável a toda nossa ordem jurídica, determina que todos são iguais perante a lei. Isto significa que nem o legislador, nem a Administração Pública e muito menos o juiz podem promover odiosas distinções.

Entretanto, em virtude da função que exercem, algumas pessoas possuem tratamento diferenciado em relação à lei penal. **Não se trata de privilégio**, que é a diferenciação sem significado, apenas por favorecimento. Cuida-se de **garantia ligada ao cargo**, para atendimento do interesse público que se visa a proteger com as respectivas funções.

Estuda-se, neste âmbito, a lei penal em relação às pessoas. Integram este assunto as imunidades diplomáticas, as imunidades parlamentares e as inviolabilidades dos advogados. Em todos os casos

há um interesse relevante nas funções confiadas aos indivíduos que justificam a diferente aplicação da lei penal.

No caso dos diplomatas, há a confiança entre os países, sendo que o Estado acreditante, ao enviar seu embaixador para representar seus interesses, espera que o Estado acreditado, que o recebe, não vá comprometer sua independência com a ameaça da lei penal.

Já o parlamentar, que é o representante do povo na Democracia representativa, deve representar os interesses da população, não podendo temer represálias quando destaca as irregularidades da nação, aponta casos de corrupção ou expõe sua opinião, ainda que atingindo interesses de terceiros.

Os advogados, por sua vez, exercem função essencial à justiça, deles dependendo os seus clientes para serem bem orientados e devidamente representados no âmbito jurídico. Deste modo, devem possuir certa liberdade para apontar para a parte contrária, imputando-lhe os fatos narrados pelo seu cliente para buscar o ganho da causa.

Portanto, cuida-se de resguardo de funções dos indivíduos em razão de interesses mais amplos que são envolvidos em sua atuação.

3.1 Imunidades Diplomáticas

A imunidade diplomática provém do Direito Internacional e visa a garantir a liberdade dos agentes diplomáticos. Isto porque os representantes dos Estados, ao serem enviados a um território estrangeiro, possuem informações sigilosas do seu país e têm a autoridade que corresponde à sua função. Por isso, há muitos anos se consagrou a imunidade dos diplomatas. Cuida-se de uma norma que vincula o Estado acreditante, que envia seu representante, com o Estado acreditado, que o recebe.

Como dito, a imunidade não constitui um privilégio, mas uma prerrogativa funcional, ou seja, é uma garantia para o livre exercício da relevante função de representação internacional. Por se tratar de matéria relacionada à função do sujeito, e não ao indivíduo por si só, **não se trata de caso de ofensa ao princípio da isonomia ou da igualdade**.

Deste modo, o agente diplomático não pode renunciar à imunidade, já que esta não lhe pertence e tem o escopo de proteger os interesses do Estado que ele representa. Por outro lado, o Estado acreditante, o verdadeiro titular da prerrogativa, pode dela abrir mão se entender conveniente. Portanto, **só ao Estado acreditante cabe renunciar à imunidade**.



No informativo nº 601 do STJ consta o julgamento do RHC 87825/ES, pela Sexta Turma, em 05/12/2017, no qual se entendeu que, caso o Estado acreditante renuncie apenas à imunidade de jurisdição cognitiva, reservando para si a jurisdição executiva, não pode o juiz brasileiro impor ao agente diplomático a proibição de se ausentar do país sem autorização judicial. Portanto, **o Estado acreditante pode optar por renunciar apenas à imunidade cognitiva**.

A matéria, que diz respeito ao Direito Internacional, deve ser aqui estudada no que envolve o Direito Penal. A sua regulação foi feita pela Convenção de Viena, assinada pela República Federativa do Brasil em 18 de abril de 1961 e aprovada pelo Decreto nº 103, de 1964. Seu teor foi promulgado por meio do Decreto nº 56.435, de 8 de junho de 1965.

Inviolabilidade das sedes diplomáticas: As sedes da missão diplomática são invioláveis, assim como a residência do embaixador, como dispõe o artigo 22, 1, e o artigo 30, 1, do Decreto 56.435 de 1965.

E qual a importância da inviolabilidade das sedes diplomáticas para o Direito Penal? As regras de inviolabilidade impedem a persecução penal nestes locais, a não ser que o Chefe da Missão Diplomática consinta que ingressem agentes do Estado Brasileiro. Assim, se houver suspeitas de que um indivíduo procurado pela prática de crimes está escondido na Embaixada dos Estados Unidos da América, a polícia brasileira não pode lá ingressar, salvo se o embaixador estadunidense consentir. Tampouco pode haver a busca e apreensão dos documentos da embaixada por ordem judicial.

Não confundam a inviolabilidade das sedes diplomáticas com o incorreto entendimento de que elas são extensão do país de origem.

Os agentes diplomáticos possuem imunidade penal, o que significa que não podem ser submetidos a qualquer forma de prisão ou detenção. Não podem sequer ser processados perante a jurisdição penal. Além disso, não possuem a obrigação de depor como testemunhas.

Quanto às pessoas, **a imunidade diplomática abrange**:

I – Chefes de governo e de Estado estrangeiro, sua família e comitiva;

II – agentes diplomáticos (embaixador e funcionários);

III – família dos agentes diplomáticos;

IV – funcionários das organizações internacionais.

Os empregados particulares dos agentes diplomáticos não são abrangidos pela imunidade de jurisdição. Ainda que os funcionários particulares (por exemplo, jardineiro) sejam da mesma nacionalidade do diplomata, eles não terão imunidade à jurisdição penal.

A situação dos cônsules é outra, regulada pela Convenção de Viena sobre as Relações Consulares. Referido tratado internacional foi assinado em 24 de abril de 1963 e aprovado, no nosso país, pelo Decreto Legislativo nº 6, de 1967. Seu teor foi promulgado por meio do Decreto nº 61.078, de 26 de julho de 1967, que dispõe sobre o assunto especialmente em seus artigos 33, 41, item 1 e 43, item 1.

As funções consulares, previstas no artigo 5º do Decreto nº 61.078/1967, são, dentre outras, as de "proteger, no Estado receptor, os interesses do Estado que envia e de seus nacionais, pessoas físicas ou jurídicas, dentro dos limites permitidos pelo direito internacional" e de "fomentar o desenvolvimento das relações comerciais, econômicas, culturais e científicas entre o Estado que envia o Estado receptor e promover ainda relações amistosas entre eles, de conformidade com as disposições da presente Convenção".

Enquanto os embaixadores cuidam dos interesses políticos dos estados que representam, os cônsules estão mais ligados às questões econômico-comerciais e cultural-científicas. Com essa diferença de interesses que representam no exercício de suas funções, **o Direito Internacional também lhes diferencia no âmbito das imunidades, concedendo-a de forma absoluta aos embaixadores e de forma relativa aos agentes consulares**.

Assim, as imunidades penais referentes aos agentes consulares são relativas, isto é, só abrangem o exercício de suas funções. Se praticarem fatos criminosos fora do exercício de suas funções, podem sofrer persecução penal perante o Poder Judiciário brasileiro. Ademais, esta inviolabilidade, por ser profissional, não se estende à família de referidos agentes.

Para melhor visualizar a diferença entre as imunidades dos agentes diplomáticos e dos agentes consulares, segue um importante quadro sobre o assunto:

Embaixador	Cônsul
Imunidade absoluta	Imunidade funcional relativa
Inviolabilidade pessoal (prisão, revista, testemunha) Jurisdição cível, tributária e criminal Inviolabilidade da habitação Família com dependência econômica	Inviolabilidade quanto ao exercício da função * Não se estende à família

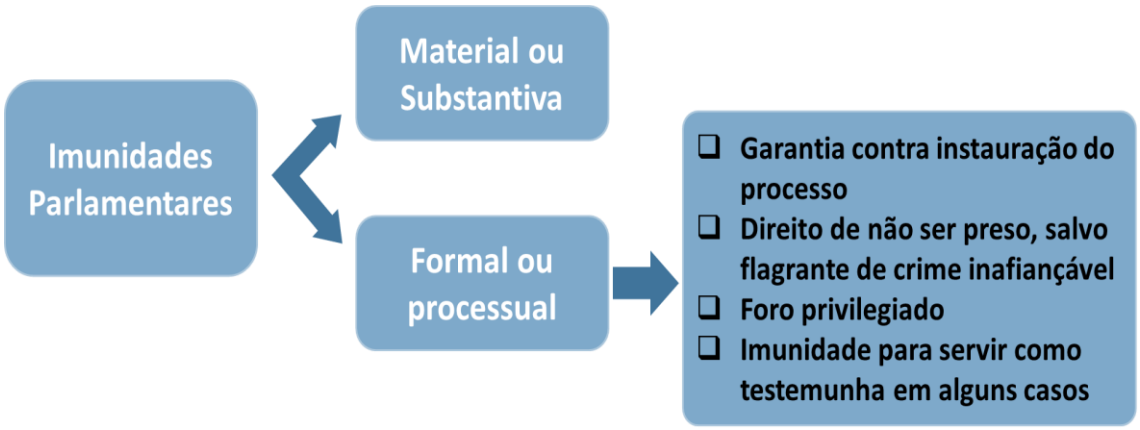
Há controvérsia na doutrina sobre a natureza jurídica das imunidades diplomáticas. Prevalece, entretanto, na doutrina que se trata de **causa pessoal de exclusão de pena**, opinião compartilhada, dentre outros, por Cezar Roberto Bitencourt.

3.2 Imunidades Parlamentares

Os parlamentares possuem imunidades ligadas ao exercício de suas funções. Assim como no caso das imunidades diplomáticas, não se trata de privilégio, mas sim de prerrogativa funcional. Isto é, cuida-se de garantia para o exercício do mandato, e não forma de se tratar de forma diferente um indivíduo, o que ofenderia o princípio da isonomia. A imunidade parlamentar diz respeito às funções do membro do Poder Legislativo, que possui a incumbência de representar o povo na democracia representativa. Ligam-se umbilicalmente ao cargo, tanto que devem se manter apenas enquanto o parlamentar encontra-se no exercício de suas funções, não se postergando para após o término do mandato.

As imunidades parlamentares constituem um conjunto de prerrogativas funcionais que podem se subdividir em dois grupos: **a imunidade material ou substantiva** e a **imunidade formal ou processual**. Estudaremos cada uma das espécies de imunidade separadamente.

Como introdução ao tema, segue importante esquema para ajudar na visualização. Memorizem esta classificação:



Imunidade Parlamentar Processual, Formal ou Relativa

As imunidades relativas, também chamadas de processuais ou formais, abrangem as garantias relativas ao processo, à prisão, à prerrogativa de foro e ao dever de testemunhar. Mirabete e Fabbrini destacam que, em sentido estrito, só são imunidades as que se relacionam à prisão e ao processo.

Garantia contra instauração do processo: esta imunidade relativa diz respeito aos crimes praticados **após a diplomação**. Neste caso, **a Casa a que pertence o parlamentar pode sustar o andamento do processo**, caso em que **a prescrição ficará suspensa**.

Vejamos a previsão na Constituição, nos §§ 3º, 4º e 5º do artigo 53:

*§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por **crime ocorrido após a diplomação**, o Supremo Tribunal Federal dará **ciência à Casa** respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, **sustar o andamento da ação**.*

§ 4º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.

§ 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

Atualmente, com a alteração promovida pela EC nº 35/2001, a garantia referente ao processo **só abrange os crimes praticados após a diplomação**. Ademais, **o processo se inicia sem qualquer autorização do Poder Legislativo**. Entretanto, deve ser dada ciência à Casa a que pertencer o deputado ou senador: qualquer **partido político com representação na Casa pode requerer a sustação do andamento do processo**, o que deve ser aprovado pelo voto da maioria dos seus membros. A votação, então, exige a **aprovação por maioria absoluta** (qualificada).

Garantia contra prisão: o parlamentar não pode ser preso, salvo flagrante de crime inafiançável, desde a expedição do diploma. Caso ocorra esta prisão em flagrante por crime inafiançável, deve haver a remessa dos autos à Casa em 24 horas.

Vamos ler o que diz a Constituição, no § 2º do artigo 53:

*§ 2º **Desde a expedição do diploma**, **os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável**. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.*

Assim, tendo havido a expedição do diploma, os deputados federais e senadores não podem ser presos, com a exceção de flagrante de crime inafiançável. Neste caso, deve haver a remessa dos autos à Casa a que pertença o parlamentar (Câmara dos Deputados ou Senado Federal) para que se decida sobre a prisão. Este envio deve ocorrer em vinte e quatro horas.

Foro por prerrogativa de função: os parlamentares possuem foro por prerrogativa de função desde a diplomação até o fim do mandato. Deste modo, deputados federais e senadores devem ser julgados, a partir do ato de diplomação, no Supremo Tribunal Federal. Após o fim do mandato, cessa a prerrogativa de foro do membro do Legislativo. Neste sentido:

*"(...) **Depois de cessado o exercício da função, não deve manter-se o foro por prerrogativa de função, porque cessada a investidura a que essa prerrogativa é inerente, deve esta cessar por não tê-la estendido mais além a própria Constituição.** (...)" (AP 319 QO/DF, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, Julgamento: 25/08/1999).*

Referida imunidade relativa está prevista no § 2º do artigo 53 da Constituição Federal:

§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.



Em revisão de sua jurisprudência, o STF decidiu sobre a abrangência do foro por prerrogativa de função, tendo sido fixadas duas teses:

Julgamento sobre restrição a foro por prerrogativa de função de parlamentares federais

"O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas."

"Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo."

(STF, AP 937 QO/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgamento em 03/05/2018.

Imunidade quanto ao dever de testemunhar: é uma desobrigação relacionada ao mandato. Esta prerrogativa diz respeito ao dever de testemunhar, do qual os deputados e senadores estão imunes no que diz respeito ao exercício de suas funções.

Vejamos o que exatamente diz o artigo 53, § 6º, da Constituição:

*§ 6º Os Deputados e Senadores **não serão obrigados a testemunhar sobre informações** recebidas ou prestadas **em razão do exercício do mandato**, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações.*

Imunidade Parlamentar Material, Penal, Substancial ou Absoluta

A imunidade parlamentar material, penal, substancial ou absoluta consiste na **inviolabilidade, civil e criminal, quanto a manifestações proferidas pelo parlamentar no exercício ou desempenho das funções**. Em razão de sua natureza de proteger o parlamentar para que ele possa se manifestar sobre os interesses do povo que representa, sem medo de represálias, esta imunidade é chamada no exterior de ***Freedom of Speech*** (liberdade de fala ou de manifestação). **O parlamentar licenciado não mantém a imunidade**. Sua previsão está no artigo 53, *caput,* da Constituição da República:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

Exige-se, para a incidência da imunidade material, que **a manifestação do parlamentar esteja relacionada com o exercício de suas funções**. Entretanto, o vínculo com a função é **presumido de forma absoluta no recinto do Parlamento**.

Local da manifestação	Nexo com a função parlamentar
No recinto da Casa Legislativa	Presunção absoluta
Fora da Casa Legislativa	Deve ser comprovado

Deputados Estaduais: têm as mesmas prerrogativas dos deputados federais. Assim, tudo que se disse acima sobre os deputados federais e senadores vale para os deputados estaduais, com as devidas adaptações.

Assim, eles possuem, também, imunidade material e formal. Entretanto, não serão julgados no Supremo Tribunal Federal, aqui cabendo a diferenciação. Enquanto os membros do Congresso Nacional são julgados no STF, os deputados estaduais devem ser processados perante o Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal ou Tribunal Regional Eleitoral, conforme o caso.

Vereadores: os membros do Poder Legislativo Municipal possuem **somente imunidade absoluta**. Logo, os vereadores **não** possuem imunidade processual, formal ou relativa. Esta imunidade absoluta ou material protege suas manifestações para que os vereadores possam exercer livremente seu mandato, sentindo-se livres para debater sobre qualquer assunto e exporem qualquer situação, sem temor de consequências cíveis e penais.

Além disso, no caso dos vereadores, só haverá imunidade se a manifestação ocorrer:

- ✓ **Com nexo material com o exercício da função;**
- ✓ **Na circunscrição do Município**.

3.3 Inviolabilidade do advogado

Quanto ao advogado, que exerce função essencial à Justiça de acordo com a Constituição, possui inviolabilidade sobre suas manifestações no exercício de sua profissão. Esta garantia é imprescindível para que o advogado possa, sem temor, exercer a defesa dos interesses dos seus representados em juízo, podendo, assim, rechaçar argumentos e acusações da outra parte. Referida garantia possui fonte constitucional:

*Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo **inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei**.*

Posteriormente, o Estatuto da OAB, Lei nº 8.906/94, passou a prever os direitos do advogado, dentre os quais:

Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

*§ 2º **O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou ~~desacato~~ puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer** (...)*

4 EFICÁCIA DA SENTENÇA PENAL ESTRANGEIRA

A sentença penal estrangeira pode gerar efeitos no nosso território nacional. Alguns efeitos são automáticos, ou seja, independem de qualquer condição. Um exemplo de efeito automático é a possibilidade de a condenação no exterior ensejar a reincidência se novo fato delituoso for praticado no Brasil, nos termos do artigo 63 do Código Penal:

Reincidência

*Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, **no País ou no estrangeiro**, o tenha condenado por crime anterior.*

Outro efeito automático é que a condenação (com o cumprimento de pena) ou absolvição no exterior impede a extraterritorialidade condicionada, conforme determina o artigo 7º, § 2º, "d" e "e", do Código Penal:

Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

(...)

II - os crimes:

a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;

b) praticados por brasileiro;

c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

(...)

*§ 2º - **Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:***

(...)

*d) **não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena**;*

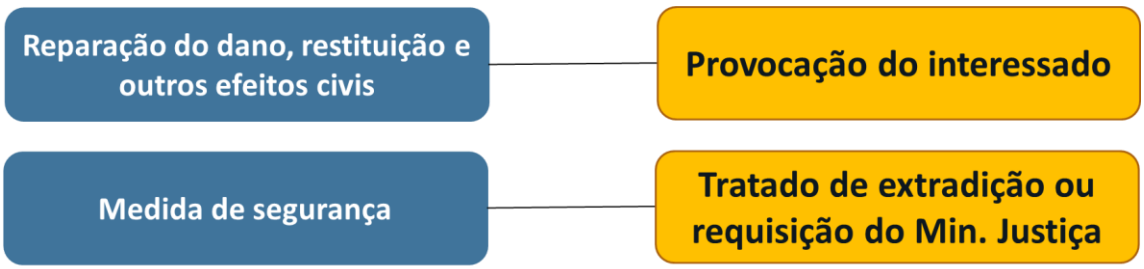
*e) **não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.***

São, portanto, **dois os casos em que o Código Penal estabelece a necessidade de homologação da sentença penal estrangeira**, sendo possível sua execução no Brasil:

- ✓ Obrigação do condenado de reparar o dano, de restituição e de outros efeitos civis;
- ✓ Imposição de medida de segurança.

A necessidade de homologação da sentença penal estrangeira decorre da necessidade de sua execução, determinando que haja uma delibação. Isto ocorre no caso de **reparação do dano, restituições e outros efeitos civis**, sendo que neste caso a homologação **depende de provocação do interessado**. Por outro lado, no caso de aplicação de **medida de segurança**, é necessário que o país tenha **tratado de extradição** com a República Federativa do Brasil ou, na sua falta, que haja **requisição do Ministro da Justiça**.

As hipóteses de homologação da sentença estrangeira e seus requisitos estão resumidos no quadro a seguir:



Por fim, cumpre anotar que a Lei 13.445/2017 trouxe a possibilidade de haver **a transferência de condenados no exterior para cumprimento da pena no Brasil**. Foi trazida, então, mais uma hipótese de homologação da sentença penal pelo STJ, denominada de "**Transferência de Execução de Pena**", regulada nos artigos 100 a 102.

5 PENA CUMPRIDA NO ESTRANGEIRO

A pena cumprida no estrangeiro é matéria tratada no artigo 8º do Código Penal, que assim dispõe:

> *Pena cumprida no estrangeiro*
>
> *Art. 8º - A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.*

A possibilidade de o agente ser condenado no Brasil e no exterior deriva da extraterritorialidade da lei penal, matéria já estudada. Relembrando, a extraterritorialidade se refere à **aplicação excepcional da lei nacional a crimes cometidos exclusivamente no estrangeiro**. É uma exceção à regra, que é a da territorialidade, ou seja, em regra a lei penal brasileira é aplicada apenas aos crimes cometidos no território brasileiro. As hipóteses de aplicação da lei penal brasileira no exterior estão previstas no artigo 7º do Código Penal.

6 PRAZO PENAL

A forma de contagem dos prazos, no âmbito do Direito Penal, possui regramento próprio, que não se confunde com a contagem do Processo Civil nem do Processo Penal. É importante se lembrar disso para não se confundir a forma de cálculo dos prazos, o que se mostra muito relevante para as provas, seja em questões objetivas, subjetivas, na elaboração de peças ou de sentença penal.

Isto porque, dentre outras aplicações, a forma de contagem aqui estudada é utilizada para contagem de prescrição. Assim, utiliza-se a contagem de prazo penal para se verificar se um determinado fato delituoso já prescreveu ou se ainda é possível sua punição. Com relação ao tema, assim prevê o artigo 10 do Código Penal:

> *Art. 10 - O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.*

6.1 Frações não computáveis da pena

O Código Penal trata das frações de pena que não devem ser computáveis, ou seja, devem ser desprezadas:

Frações não computáveis da pena

*Art. 11 - **Desprezam-se, nas penas privativas de liberdade e nas restritivas de direitos, as frações de dia, e, na pena de multa, as frações de cruzeiro.***

7. CONFLITO APARENTE DE NORMAS

O conflito aparente de normas consiste na suposta incidência de mais de uma norma, de modo que todas elas seriam aplicáveis a um mesmo fato. É apenas aparente pois, após a solução do (imaginado) conflito, somente uma norma deverá ser efetivamente aplicada.

São requisitos para se configurar o conflito aparente de normas:

- ✓ Unidade de fato;
- ✓ Pluralidade de normas;
- ✓ Aparente aplicação dessas normas (e não só de uma);
- ✓ Efetiva aplicação de uma só norma.

7.1 Princípio da Especialidade

O princípio da especialidade pode ser definido pela expressão latina *Lex Specialis Derogat Legi Generali*. Isto significa que a lei especial derroga a lei geral, ou seja, havendo a aparente incidência de uma lei geral e de uma lei especial, esta última prevalecerá, por ser mais adequada ao caso.

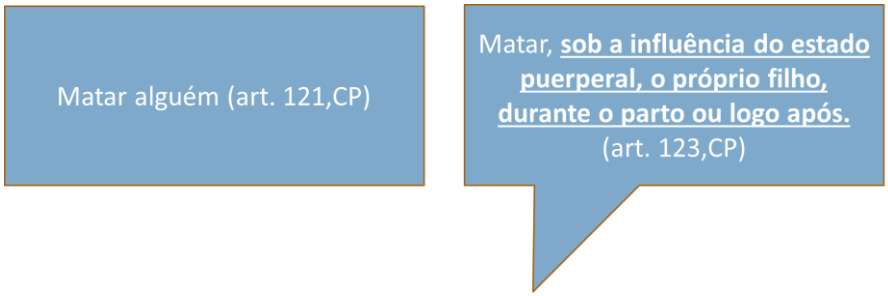
E o que torna uma lei especial em relação a outra, considerada geral? Lei especial é aquela que **contêm todos os elementos da geral, além de um ou mais elementos distintivos**, os quais são chamados de especializantes.

A determinação deste princípio para solução do conflito aparente é de que a lei especial afasta a aplicação da lei geral. Cuida-se de relação de espécie e gênero.

Um exemplo de aplicação expressa deste princípio pode ser colhido do artigo 12 do Código Penal:

Art. 12 - As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.

Atenção: a comparação entre a norma geral e a norma especial é feita em abstrato. Não se analisa a gravidade em concreto do fato praticado.



Portanto, uma norma é especial em relação a outra, quando traz os mesmos elementos e, além deles, algum(ns) outro(s), chamado(s) de especializante(s). A norma especial prevalece sobre a geral.

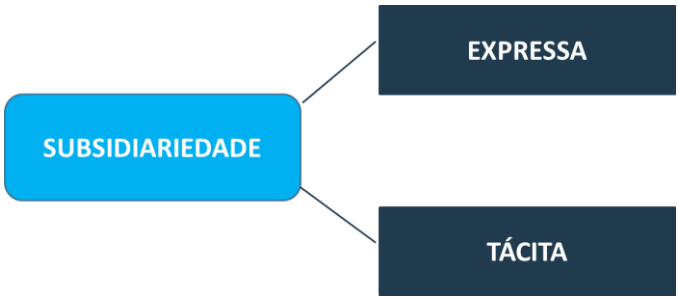
Percebam que não há relevância quanto à gravidade das condutas para a aplicação da norma. No primeiro exemplo, o tráfico internacional de drogas, que é mais grave, é o tipo penal especial, enquanto no segundo, a norma especial é a do infanticídio, que prevê sanção mais leve do que a da norma incriminadora do homicídio. A relação, portanto, é de norma especial e geral, sendo que **o confronto é feito em abstrato e independe da gravidade das condutas descritas**.

7.2 Princípio da Subsidiariedade

O princípio da subsidiariedade determina que **a norma primária prevalece sobre a norma chamada subsidiária**. A expressão latina que traduz este princípio é Lex *Primaria Derogat Legi Subsidiariae*, ou seja, a lei primária derroga a lei subsidiária. Diz-se que uma lei é subsidiária em relação a outra quando descreve **um grau menor de violação do bem jurídico. A análise, este caso, é feita em concreto**, relação de *minus* e de *plus*, ou seja, de maior ou menor intensidade. Então, a solução oferecida para o conflito aparente de normas leva em conta a análise do fato.

O princípio, preconiza, portanto, que a norma primária tem prevalência sobre a norma subsidiária, em análise da maior ou menor gravidade da conduta praticado pelo agente. A norma subsidiária somente vai ser utilizada quando a mais grave não se aplicável ao caso concreto. Por isso, Nelson Hungria a denominou de **soldado de reserva**. Na relação de subsidiariedade, **uma norma contém a outra.**

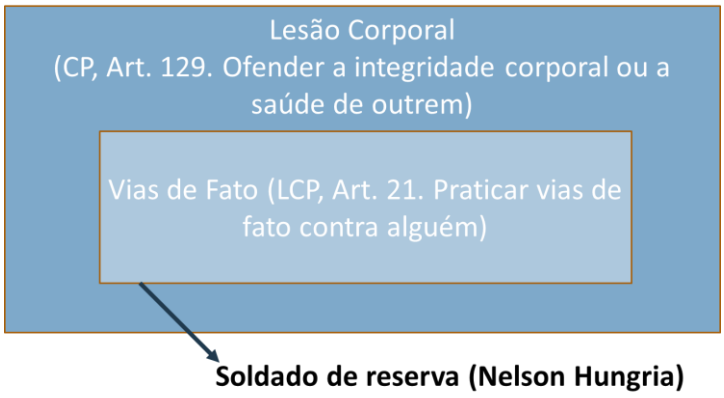
A subsidiariedade pode ser classificada em expressa (ou explícita) e tácita (ou implícita):



Expressa ou explícita: a própria norma traz expressa sua aplicação em caráter de subsidiariedade. Ocorre quando o tipo penal reserva sua própria aplicação apenas quando não há uma norma mais grave que se amolda à conduta praticada pelo indivíduo. É o caso do artigo 132 do Código Penal, que prevê o crime de perigo para a vida ou a saúde de outrem.

Tácita ou implícita: a subsidiariedade não está expressa na norma, sendo a relação analisada no caso concreto em comparação com outras. É o caso, por exemplo, de se comparar o crime de lesão corporal e a contravenção penal vias de fato.

Como saber qual prevalece? O tipo penal de lesão corporal contém o tipo penal de vias de fato. Logo, a análise será sobre a gravidade da conduta do agente. Se ele ofendeu a integridade corporal ou a saúde da vítima, teremos o crime. Caso não se tenha atingido este grau de ofensa ao bem jurídico, mas apenas um tapa leve, por exemplo, sem efeito na integridade física da vítima, teremos que usar o soldado de reserva. Ou seja, não se configurando o crime de lesão corporal (fato mais grave), utilizaremos a contravenção penal de vias de fato (norma subsidiária).



7.3 Princípio da Consunção (absorção)

Segundo o princípio da consunção ou absorção, **o crime (fato) previsto por uma norma (consunta) constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou realização de outro crime (previsto na norma consuntiva).** Neste caso, apenas a norma consuntiva será aplicada no caso concreto.

A determinação deste princípio é a de que **a norma consuntiva derroga a norma consunta**, como diz a expressão em latim *Lex Consumens Derogat Consumptae*. Assim, a norma que prevê uma fase normal ou necessária para execução de um crime prevista em outra restará por ela absorvida. Não se esqueçam: a norma consuntiva exclui a aplicação da norma consunta. Em outras palavras, **o fato mais grave é o absorvido pelo menos grave.**

A consunção possui quatro possíveis espécies: o crime progressivo, a progressão criminosa em sentido estrito, o fato anterior não punível e o fato posterior não punível. Vejamos cada um deles:

Crime progressivo: é o caso do agente que, para atingir o seu objetivo, precisa praticar um crime menos grave que é o caminho para a prática de outro. É o caso do homicida que se utiliza de uma faca para a execução do crime. Ele praticará várias lesões corporais para se atingir o homicídio, respondendo apenas por este último crime (norma consuntiva). Referida hipótese também pode ser denominada de **crime de passagem**.

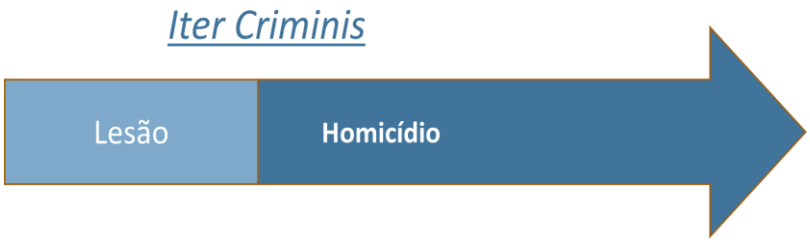
Progressão criminosa em sentido estrito: neste caso, o agente muda de ideia. Imaginemos um sujeito que chega até a casa do sujeito para lhe dar uns socos e, lá chegando, resolve matá-lo. Neste caso, há uma **modificação do dolo**. A prática das lesões corporais, previstas na norma consunta, eram o objetivo inicial do agente, que o modifica e, buscando a morte da vítima, torna sua conduta anterior meio de execução da que inicialmente pretendia. Também neste caso o agente responderá apenas pelo homicídio, pois, no caso, prevalece a respectiva norma, que é consuntiva. Temos, nesta hipótese, o **dolo cumulativo**.

Fato anterior (*ante factum*) não punível: aqui o agente pratica um fato anterior, que se amolda a um tipo penal, para então praticar a infração penal que é seu escopo. É o que ocorre em quase todos os casos de furtos em residências. Geralmente, o agente não possui acesso à casa. Então, de início, ele precisa invadi-la, o que se amolda à norma que prevê o crime de violação de domicílio. Já dentro da residência, ele pratica o furto, que é o fim almejado. Ele responderá por este último crime, sendo que o delito de violação de domicílio restará absorvido (a norma correspondente será a consunta).

Fato posterior (*post factum*) não punível: nesta modalidade, o agente pratica uma conduta posterior que não é punível, por estar prevista em uma norma que fica consunta no caso concreto. É o que ocorre quando o furtador danifica a *res furtiva*, ou seja, a coisa furtada. Ele não responderá por ambos os crimes, pois a norma que prevê o furto será a consuntiva, ficando consunta a norma do crime de dano. Em outras palavras, o furto absorve o crime de dano, quando este é praticado em relação à coisa furtada.

Crime Progressivo	Progressão Criminosa		
	Progressão Criminosa em sentido estrito	**Fato Anterior não punível**	**Fato Posterior não punível**
O agente possui um objetivo e, para alcança-lo, passa por diversos crimes menores (crimes de passagem). Ex: vários golpes de faca para o homicídio.	Há mudança de dolo do agente. O agente deseja um resultado e, após atingi-lo, prossegue na violação ao bem jurídico para obter resultado mais grave. Ex: lesão e, após, homicídio.	*Ante factum.* O agente, antes de cometer o crime que pretende, passa por crimes menores (fato-meio), ainda que não necessários para cometer o delito. Ex: violação de domicílio e furto.	*Post factum.* O agente, após cometer o crime que pretendia, pratica um novo ataque ao bem jurídico. Pode-se considerar um exaurimento do crime. Ex: furto e dano

A análise, em todos estes casos, envolve o caminho do crime, como no exemplo abaixo:



Cumpre destacar que, no critério de norma consuntiva e norma consunta, **o Superior Tribunal de Justiça entende que um crime mais grave pode ser absorvido por outro menos grave. O critério adotado na jurisprudência do STJ é a de que o crime-fim absorve o crime meio**. Vemos o seguinte acórdão, julgado na sistemática dos recursos repetitivos:

JURISPRUDÊNCIA

*"(...) **O delito de uso de documento falso, cuja pena em abstrato é mais grave, pode ser absorvido pelo crime-fim de descaminho, com menor pena comparativamente cominada, desde que etapa preparatória ou executória deste, onde se exaure sua potencialidade lesiva**. (...) (STJ, REsp 1378053/PR, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Terceira Seção, DJe 15/08/2016).*

7.4 Princípio da Alternatividade

O princípio da alternatividade ocorre quando há a previsão, pelo tipo penal, de várias condutas que consubstanciam um único crime. Trata-se da consunção dentro do mesmo tipo penal. Incide, portanto, nos chamados tipos penais mistos alternativos.

Os **tipos penais mistos alternativos** são aqueles que possuem mais de um núcleo do tipo, ou seja, mais de um verbo que defina a conduta configuradora da infração penal. Nestes tipos, ainda que a conduta do agente, praticada no mesmo contexto, se amolde a mais de um dos núcleos, subsumindo-se a mais de um verbo nuclear, o sujeito ativo responderá pela prática de um tipo único. Um exemplo típico é o tipo penal do tráfico de drogas, previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06. Vejamos precedente do STJ a respeito:



*"(...) 4. **É firme o entendimento desta Corte Superior de que "o crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento"** (...)" (STJ, HC 422908/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 19/12/2017).*

8. PRINCÍPIOS EM ESPÉCIE

Passemos à análise dos princípios que norteiam o Direito Penal, analisando um a um, com estudo do seu conceito e da sua aplicação prática.

8.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana possui importância nuclear no nosso sistema jurídico, por orientar e permear todas as demais normas nele presentes. Preconiza que haja um tratamento à pessoa que não lhe prive do mínimo necessário para que possa exercer sua capacidade de autodeterminação. Afasta qualquer tratamento degradante, impondo a um indivíduo uma privação maior que aquela necessária para os fins previstos na norma. No caso de pena, por exemplo, esta deve ser proporcional e necessária, não visando simplesmente a um tratamento cruel ou de vingança.

Trata-se de princípio fundamental da República Federativa do Brasil, ou seja, é um dos princípios que orientam a própria formação do Estado. Deste modo, torna-se **um princípio regente do Direito Penal**, norteando a interpretação de todas as suas normas. Está previsto no artigo 1º da Constituição:

> *"Art. **1º A República Federativa do Brasil**, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e **tem como fundamentos**:*
>
> *(...)*
>
> *III - **a dignidade da pessoa humana**; (...)"*

Percebam que a dignidade da pessoa humana possui *status* de fundamento da República Federativa do Brasil, o que demonstra sua relevância, mesmo diante de outros princípios constitucionais.



Referido princípio também está previsto no Pacto de São José da Costa Rica, no seu artigo 11, 1, o que denota seu reconhecimento e importância também no nosso **sistema regional de proteção dos Direitos Humanos**:

> *Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade*
>
> *1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. (...)*

O princípio da humanidade consiste na **vedação a que o legislador adote sanções penais violadoras da dignidade da pessoa humana**, atingindo de forma desnecessária a incolumidade físico-psíquica do agente. Há efeitos específicos deste princípio previstos no artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição:

> *XLVII – não haverá penas:*
>
> *a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;*
>
> *b) de caráter perpétuo;*
>
> *c) de trabalhos forçados;*
>
> *d) de banimento;*
>
> *e) cruéis;*

Portanto, é o princípio da humanidade que **veda a pena de morte (salvo em caso de guerra), as penas de caráter perpétuo, as penas de trabalhos forçados, as de banimento e, de modo geral, as cruéis**.

8.3 Princípio do Devido Processo Legal

O devido processo legal é um princípio regente do Direito Penal e do Direito Processual Penal. **É necessário que se respeite todo o procedimento previsto nas leis para que, ao final de um processo condenatório, possa haver a justa punição do acusado**.

Do devido processo legal derivam vários subprincípios, como o **contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, o da imparcialidade, o da vedação das provas ilícitas, o da motivação dos atos decisórios, a publicidade, a duração razoável do processo**, dentre outros. Como se nota, seu estudo mais detido, inclusive com análise dos princípios que dele derivam, é matéria de Direito Processual Penal.

A previsão do princípio do devido processo penal, na Constituição, está no artigo 5º, LIV:

> *LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.*

Referido princípio também foi consagrado no Pacto de São José da Costa Rica, a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969:

> *Art. 8 - Garantias judiciais*
>
> *1. Toda pessoa terá o **direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei**, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.*

8.4 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade tem sua origem apontada na Magna Carta, da Inglaterra, de 1.215. À época, representou a revolta da nobreza contra o Rei João, conhecido como João Sem Terra. Os barões ingleses buscavam uma garantia de que não seriam punidos senão de acordo com a lei, na expressão inglesa, "law of the land" (lei da terra)[2]. A lei representava, então, uma garantia contra a tirania do soberano. Na Constituição, de modo genérico, o princípio da legalidade está previsto no inciso II do seu artigo 5º

[2] Essa versão, bastante disseminada, é contestada por Nilo Batista, que não vê na Magna Charta um texto que introduziu o princípio, já que a lei da terra seria uma referência também aos costumes, conforme a tradição inglesa da common law. O autor também critica que se impute a sua origem ao Direito Romano. Na visão de Batista, os antecedentes históricos da legalidade remontam à Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, e à própria Constituição dos Estados Unidos, de 1787, além da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Foi expresso pela primeira vez, segundo ele, na codificação de D. José II, da Áustria, no ano de 1787 (BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 12 ed. Rio de janeiro: Revan, 2011, p. 200).

*II - **ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;***

Quanto à seara criminal, o princípio pode ser encontrado no artigo 5º, inciso XXXIX:

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

O Código Penal, quase nos mesmos termos, também prevê o princípio da legalidade em seu artigo 1º:

Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Quanto ao sistema regional de proteção aos direitos humanos de que o Brasil faz parte, pode-se apontar a previsão da legalidade no Pacto de São José da Costa Rica, vejamos:

Artigo 9º - Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o deliquente deverá dela beneficiar-se.

Decorrem da legalidade os seguintes princípios:

Princípio da anterioridade: preconiza que a **lei penal deve ser anterior** para incidir sobre o fato. Só pode uma conduta ser considerada infração penal se estiver prevista em uma lei formal anterior. A exceção a este princípio é a lei penal mais benéfica, que pode retroagir para beneficiar o réu.

Princípio da reserva legal: determina que deve haver **lei formal** para a previsão de crimes e contravenções penais. Isto é, não basta haver um ato normativo que preveja a conduta e lhe comine certa sanção. Para o Direito Penal, é preciso que haja lei, não bastando um decreto ou uma portaria.

Diante do princípio da reserva legal, surgem questionamentos acerca da possibilidade de se prever crimes e contravenções penais por meio de medidas provisórias e delegadas.

8.4.1 - Legalidade formal e material

a) Formal: a legalidade formal diz respeito ao devido processo legislativo. Não basta que haja lei, é necessário que seja uma **lei vigente**.

b) Material: a legalidade material se relaciona ao conteúdo da lei, exigindo que haja respeito à Constituição Federal e aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Não basta uma lei vigente, é preciso que também seja uma **lei válida**.

8.4.2 - Taxatividade e analogia

A lei penal deve ter como atributo a taxatividade, ou seja, prever exatamente aquilo que é considerado infração penal. Essa exigência de que a lei seja taxativa decorre da legalidade e do

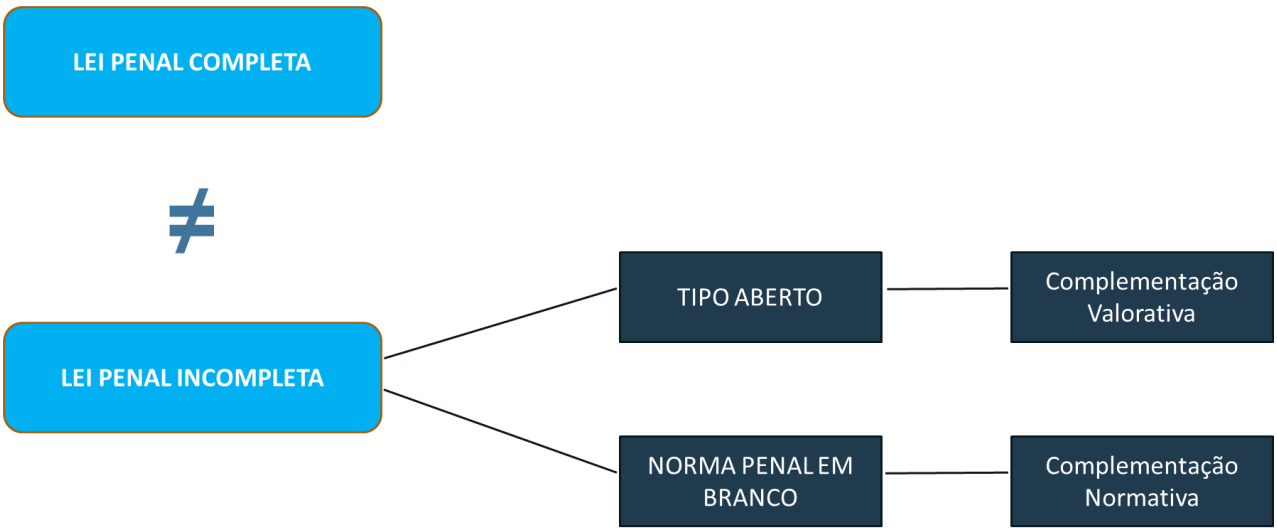
princípio da segurança jurídica, pois os cidadãos, destinatários da norma, devem ter conhecimento prévio de qual conduta configura uma infração penal e qual comportamento não enseja repressão penal. Exige-se, portanto, que haja lei formal, vigente e válida, mas não basta. Deve existir uma **lei precisa**.

Neste âmbito, cumpre relembrar o que vimos sobre a analogia. A analogia é técnica de integração em caso de lacuna na legislação. Utiliza-se uma norma que veicula situação distinta para disciplinar caso similar, não compreendido no seu âmbito de regulação. Devido à exigência de taxatividade da norma penal, é vedada a analogia *in malam partem*. Não se pode utilizar uma norma, por analogia, para estender o poder punitivo estatal para além do que a lei efetivamente prevê. Deste modo, só se admite a analogia em favor do réu, ou seja, *in bonam partem*.

8.4.3 - Taxatividade, determinação e descrição genérica

Os tipos penais devem ser claros e certos, e não indeterminados, imprecisos, ambíguos. Como dito acima, essa é uma exigência da taxatividade, que decorre do princípio da legalidade. Não respeita a legalidade um tipo penal que seja vago ou impreciso, em cujo conteúdo se possa incluir conduta não prevista de forma certa e determinada. É preciso que a **lei penal** seja **certa**, determinada. Daí a afirmação de Hans Welzel, de que o autêntico perigo que ameaça o princípio do *nulla poena sine lege* não é a analogia, mas as leis penais indeterminadas.

Apontam-se como exceção os **tipos abertos** dos crimes culposos. Cabe, neste ponto, registrar que existem **leis penais incompletas,** aquelas que dependem de complemento, sendo que a doutrina majoritária defende sua compatibilidade com o princípio da legalidade. As normas com tipos abertos constituem uma das espécies de leis penais incompletas, ao lado das leis penais em branco. Vejamos a subdivisão das normas incompletas:



Se a norma incompleta depende do complemento valorativo, nós temos um tipo aberto. É o caso dos tipos dos crimes culposos, acima mencionados. Um homicídio culposo praticado por imprudência, depende, por exemplo, da definição do complemento valorativo "imprudência". Só após definirmos o que se entenderá por imprudência e seus limites no ordenamento, será possível a aplicação da norma.

Por outro lado, se a norma incompleta depende de complemento normativo, ou seja, da conjugação com outra norma para ser aplicada, há o que se denomina de norma penal em branco. A norma penal em branco é aquela que exige a utilização de outra para que seja possível sua aplicabilidade. Vamos estudar este tipo de norma de forma mais detida:

8.4.4 - Norma penal em branco:

Norma penal em branco, como visto, é aquela que depende de complementação normativa. Classifica-se em:

Própria, em sentido estrito ou heterogênea: quando o seu complemento está em **norma de fonte normativa diversa**, ou seja, não está prevista em lei em sentido formal.

Vamos ao exemplo, com a leitura do artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006:

> *Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer **drogas**, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:*
>
> *Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.*

Da leitura do tipo penal, é possível perceber que não é completo. Não se pode, da sua simples leitura, definir se alguém praticou ou não o crime, pois é preciso entender o que são drogas.

Somente com a leitura da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998, e suas posteriores modificações, da ANVISA, é possível entender o que é considerado droga para os fins do tipo penal insculpido no artigo 33 da Lei 11.343/2006. Por ser o complemento normativo uma portaria, o caso é de norma penal em branco própria, em sentido estrito ou heterogênea.

Imprópria, em sentido amplo ou homogênea: é a norma penal incompleta cujo complemento provém da **mesma fonte normativa**, ou seja, de lei em sentido formal.

Há uma subdivisão, podendo a norma penal em branco imprópria ser homovitelina ou heterovitelina.

a) **Homovitelina**: caso o **complemento normativo** esteja **no mesmo documento legal**, a norma penal em branco homogênea será denominada homovitelina.
Como exemplo, temos o caso do art. 312, complementado pelo art. 327, ambos do Código Penal (mesmo diploma legal):

Peculato

*Art. 312 - Apropriar-se **o funcionário público** de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:*

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

O conceito de funcionário público, que é o complemento normativo necessário para a aplicação da norma acima transcrito, está previsto no mesmo diploma normativo, o Código Penal. Vejamos o que define o artigo 327 do referido estatuto:

Funcionário público

*Art. 327 - **Considera-se funcionário público, para os efeitos penais,** quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.*

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Portanto, a norma penal incompleta (artigo 312 do CP) e o conceito de funcionário público que ela requer (artigo 327 do CP) estão no mesmo diploma normativo (o Código Penal). Por isso, temos uma norma penal em branco **imprópria ou homogênea** (o complemento está em norma da **mesma fonte legislativa**: lei) e **homovitelina** (o complemento está na **mesma lei**).

b) **Heterovitelina**: caso o **complemento normativo** da lei penal em branco homogênea esteja situado em **documento legal diverso**, será denominada de heterovitelina.
Um exemplo que pode ser citado é o do artigo 236 do Código Penal, cujo complemento é encontrado no artigo 1.521 do Código Civil. Portanto, são documentos legais diversos.

Induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento

*Art. 236 - Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe **impedimento que não seja casamento anterior:***

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único - A ação penal depende de queixa do contraente enganado e não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.

Para que compreendamos o que é impedimento matrimonial, devemos recorrer ao Código Civil, cujo artigo 1.521 prevê as suas hipóteses.

Assim, verificamos que a norma penal incompleta (artigo 236 do CP) e o conceito de impedimento matrimonial que ela requer (artigo 1.521 do CC) estão no mesmo diploma normativo (o Código Penal). Por isso, temos uma norma penal em branco **imprópria ou homogênea** (o complemento está em norma da **mesma fonte legislativa**: lei) e **heterovitelina** (o complemento está em **lei diversa**: Código Civil, enquanto o tipo está no Código Penal).

Invertida ou ao revés: Por fim, é possível encontrar norma penal em branco cujo complemento seja necessário para o **preceito secundário da norma**. Também podem ser chamadas de normas **imperfeitas ou normas incompletas em sentido estrito**. Relembrando, o preceito primário da norma é aquele que prevê o tipo penal, a conduta que configura o crime (exemplo: "matar alguém"). O preceito secundário traz a sanção penal cominada para o delito (exemplo: "Pena – reclusão, de seis a vinte anos"). Um exemplo de norma penal em branco ao revés é o crime de genocídio, previsto pela Lei 2.889/56. Seus tipos penais remetem às sanções já previstas para os crimes tratados pelo Código Penal.

8.5 Princípio da Intervenção Mínima (*ultima ratio*)

O princípio da intervenção mínima preconiza que só se deve criminalizar uma conduta se houver necessidade para a proteção do bem jurídico. O Direito Penal só deve atuar se os outros meios de controle social foram insuficientes, possuindo, portanto, caráter subsidiário, de *ultima ratio*. Isto é, **o Direito Penal só deve ser invocado, com a criação de um tipo penal, se os demais ramos do Direito não forem suficientes para coibir a conduta indesejada.** Ademais, só se deve utilizar uma norma penal para punir condutas que afrontem os bens jurídicos mais importantes para a sociedade, e não para a proteção de qualquer interesse social.



Referido princípio pode ser encontrado em um antigo documento da história da humanidade. Ele foi consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França, de 1989:

> *Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer **penas estrita e evidentemente necessárias** e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.*

Do princípio da intervenção mínima, decorrem **os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade**.

8.6 Princípio da Fragmentariedade

Segundo o princípio da fragmentariedade, o Direito Penal só deve criminalizar as condutas mais graves que sejam praticadas contra os bens jurídicos mais importantes. Possui, portanto, caráter fragmentário. Se imaginarmos todos os bens jurídicos descritos em um quadro, o destaque dos bens jurídicos protegidos pelo Direito penal deve demonstrar que eles constituem fragmentos do todo, ou seja, **só parte dos bens jurídicos são tutelados pelas normas penais incriminadoras**.

8.7 Princípio da Subsidiariedade

O princípio da subsidiariedade, decorrente da intervenção mínima, determina que, para coibir condutas consideradas indesejadas pela sociedade, devem ser preferidos os demais ramos do Direito, e não o Penal. Deste modo, só se deve recorrer à criminalização como forma de coibir determinado comportamento se as demais sanções (cíveis, administrativas, eleitorais etc.) não forem suficientes para a salvaguarda do bem jurídico. É a ***ultima ratio***.

8.8 Princípio da Adequação Social

O princípio da adequação social determina que **o Direito Penal só deve considerar criminoso um fato que contrarie o sentimento de justiça da comunidade**. As condutas socialmente aceitas e que não afrontam a Constituição Federal devem ser excluídas do âmbito da norma. Só se punem condutas que tenham certa relevância social. Tratar-se-ia, portanto, de **princípio geral de interpretação**, fazendo com que se proceda a uma leitura dos tipos penais de acordo com o seu filtro, analisando se, a despeito de típicas, as condutas encontram ou não adequação ao que a sociedade como um todo entende como justo.

8.9 Princípio da Culpabilidade

O princípio da culpabilidade preconiza **não haver crime sem culpabilidade**. Isto é, não haver responsabilidade penal sem dolo ou culpa. Também é denominado **princípio da responsabilidade subjetiva**, em oposição à responsabilidade penal objetiva, vedada em nosso ordenamento jurídico.



Neste ponto, como princípio fundamental do Direito Penal, estamos tratando da **vedação da responsabilidade objetiva**, aquela que não exige a análise do elemento subjetivo. Ante tal vedação, só se pode falar em responsabilização criminal no caso de apuração do dolo ou culpa do indivíduo para que haja sua punição. Sem culpa em sentido amplo (dolo ou culpa em sentido estrito), não pode haver imposição de sanção penal.

8.10 Princípio da Ofensividade ou Lesividade

Consoante o princípio da ofensividade ou da lesividade, **não pode haver crime sem que haja conteúdo ofensivo a bens jurídicos**. A repressão penal somente se justifica se houver lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico. Do princípio da ofensividade, pode-se retirar outros dois subprincípios, que podem também ser entendidos como compreendidos no conceito daquele:

Princípio do Fato ou da Responsabilidade pelo Fato: o Direito Penal não pode se ocupar dos pensamentos ou intenções. A conduta que deve ser coibida pelo direito penal é o fato que causa lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico, e não planejamentos e intenções presentes no íntimo do sujeito.

Princípio da Exclusiva Lesão ao Bem Jurídico: não compete ao Direito Penal tutelar valores puramente morais, éticos ou religiosos. Assim, o Direito Penal não deve ser utilizado para sancionar ideologias.

8.11 Princípio da Autorresponsabilidade

Segundo o princípio da autorresponsabilidade, **os danos sofridos por alguém em virtude de seu comportamento livre, consciente e responsável só podem ser a ele imputados**, e não a quem os tenha motivado. No campo do Direito Penal, a autorresponsabilidade não permite a punição de alguém por ter sido estimulado por outrem a praticar uma conduta arriscada. A sociedade convive com riscos permitidos, como atividade profissional de limpeza de janelas de prédios muito altos ou a prática de esportes radicais.

8.12 Princípio da Individualização da Pena

O princípio da individualização da pena é a exigência de se respeitar a proporção entre a conduta praticada e a pessoa do autor. A individualização da pena abrange tanto **a fixação da pena na sentença**, dentro dos limites mínimo e máximo de pena, quanto **seu cumprimento (execução)**, com análise do mérito para progressão de regime, livramento condicional, etc. O princípio deve, ainda, nortear o **legislador na definição das sanções penais para os mais variados delitos**, com correlação entre um e outro, e das normas penais que disciplinam a execução da pena. O legislador não pode evitar que o juiz proceda à individualização da pena, tornando-a padronizada. Referido princípio está previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição:

> *XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:*
>
> *a) privação ou restrição da liberdade;*
>
> *b) perda de bens;*
>
> *c) multa;*
>
> *d) prestação social alternativa;*
>
> *e) suspensão ou interdição de direitos.*

8.13 Princípio da Coculpabilidade ou da Corresponsabilidade

O princípio da coculpabilidade ou da corresponsabilidade é aquele que reconhece **a participação da sociedade na responsabilidade pela prática de uma infração penal**, em virtude da influência do meio social na formação do indivíduo e da desigualdade de oportunidades a que cada cidadão tem acesso. Trata-se de princípio rejeitada pela maioria da doutrina, por transferir, do sujeito ativo do crime para a sociedade, parcela da responsabilidade pelo fato criminoso.

Entretanto, existe a possibilidade de seu reconhecimento na dosagem da sanção penal, atendendo-se também ao princípio da individualização da pena. A possibilidade de o juiz atenuar a pena deriva de o artigo 66 do Código Penal prever a chamada atenuante genérica:

> *Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.*

8.14 Princípio da Confiança

O princípio da confiança funda-se na **legítima expectativa de que os demais indivíduos da sociedade agirão em conformidade com as regras sociais**. Presume-se que todas as pessoas agirão de forma responsável, em razão do dever objetivo de cuidado que incide sobre todos. Surgiu para analisar a responsabilidade penal na área de trânsito e na área de medicina. É estudado principalmente nos casos de crimes culposos, em que a culpa do indivíduo (por negligência, imprudência ou imperícia) deve ser analisada a partir do pressuposto de que ele pode agir esperando que os demais também respeitem as regras.

8.15 Princípio da Pessoalidade ou da Personalidade

O princípio da pessoalidade ou da personalidade determina que a pena não pode passar da pessoa do condenado. Ninguém pode, portanto, ser responsabilizado pela conduta de outra pessoa. Também denominado **Princípio da Intranscendência da Pena,** segundo o qual a pena não pode passar da pessoa do agente. Alguns doutrinadores o consideram, ainda, um sinônimo do **Princípio da Responsabilidade Pessoal**, segundo o qual a acusação e a pena devem ser individualizadas, dizendo respeito especificamente ao agente a quem se imputa a conduta. Sua previsão está no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição:

> *XLV - **nenhuma pena passará da pessoa do condenado**, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;*

8.16 Princípio da Alteridade ou da Transcendentalidade

Conforme o princípio da alteridade ou da transcendentalidade, o Direito Penal **não deve se ocupar de atitudes meramente internas, que não apresentem potencial de lesionar o bem jurídico**. Não se pode punir as condutas humanas que não saem da esfera da disponibilidade do agente. O fato típico deve ultrapassar a pessoa do autor e ser capaz de atingir o outro, razão pela qual não se pune a autolesão (ressalvada a intenção de prejudicar outrem) nem o suicídio tentado. Sua elaboração é imputada ao jurista alemão Claus Roxin.

Princípio da transcendentalidade (alteridade)	Princípio da intranscendência da pena (pessoalidade, personalidade)
O Direito Penal não pune atitude meramente interna, como pensamentos, ideias, desejos. Só é penalmente relevante a conduta humana que ultrapasse a esfera íntima do agente. Ex: desejar veementemente a morte do desafeto	A pena não pode passar da pessoa do condenado. Só se admite que a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens atinja os herdeiros no limite da herança. Ex: pena de multa se extingue com a morte do condenado

8.17 Princípio da Exteriorização ou Materialização do Fato

Segundo o princípio da exteriorização ou materialização do fato, **o Estado só pode criminalizar condutas humanas voluntárias que se exteriorizem por meio de conduta**, seja comissiva (ação), seja omissiva (omissão). Não deve haver tipos penais que imponham sanção por pensamentos ou desejos íntimos. Deste modo, o Estado não deve punir convicções pessoais, ideologias ou a personalidade do cidadão.

8.18 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade consiste na **limitação da ação estatal, com base nos critérios da necessidade e da adequação, ponderando-se os meios utilizados e os fins pretendidos**. No Direito Penal, a criação, pelo legislador, de tipos penais, deve atender a uma vantagem social relevante (relação de custo-benefício). Ademais, as penas devem guardar a devida proporção quanto aos atos a que visam punir e à importância do bem jurídico tutelado.

O princípio da proporcionalidade pode se desdobrar em cinco elementos: **necessidade, adequação, legitimidade do meio, legitimidade do fim e proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação**. Deste modo, uma medida estatal que influencie os direitos individuais deve ser necessária, deve ser adequada àquilo que pretende, deve se utilizar de meios legítimos para alcançar um fim legítimo e,

por fim, deve haver uma proporcionalidade entre todos esses critérios, ou, em outras palavras, ponderação que demonstre que estão consonantes e compatíveis.

O princípio da proporcionalidade também possui as seguintes balizas: **a proibição do excesso e a vedação da proteção deficiente**. Por vezes, a Constituição determina a criminalização de determinadas condutas, podendo até mesmo preconizar um tratamento mais rígido a algumas infrações penais. Nestes casos, o legislador não pode deixar o bem jurídico sem proteção, sob pena de violar a norma constitucional. É o caso da proteção ao Meio Ambiente, dispondo o artigo 225, § 3º, o seguinte:

> *§ 3º As condutas e atividades **consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores**, pessoas físicas ou jurídicas, **a sanções penais** e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*

8.19 Princípio da Presunção de Inocência (ou da Não Culpa)

De acordo com o princípio da presunção de inocência, **nenhuma pessoa deve ser considerada culpada, senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Não se veda a prisão cautelar, que deve, entretanto, ser excepcional e, por óbvio, fundamentada. Ademais, conforme determina este princípio, o ônus da prova incumbe à acusação, sendo que eventual dúvida do juiz deve ser resolvida em favor do réu (*in dubio pro reo*).

Está previsto expressamente no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição:

> *LVII - **ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória**,*

Entretanto, em novembro de 2019, houve uma **mudança do entendimento**, voltando ao que a Corte estava decidindo anteriormente ao HC 121348, conforme notícia sobre o julgamento das ADC 43, 44 e 54:

> *Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que é constitucional a regra do Código de Processo Penal (CPP) que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena. (...)*
>
> *Votaram a favor desse entendimento os ministros Marco Aurélio (relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli, presidente do STF. **Para a corrente vencedora, o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP), segundo o qual "ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva", está de acordo com o princípio da presunção de inocência, garantia prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.** Ficaram vencidos os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que entendiam que a execução da pena após a condenação em segunda instância não viola o princípio da presunção de inocência.*

A decisão não veda a prisão antes do esgotamento dos recursos, mas estabelece a necessidade de que a situação do réu seja individualizada, com a demonstração da existência dos requisitos para a prisão preventiva previstos no artigo 312 do CPP – para a garantia da ordem pública e econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

8.20 Princípio da Vedação da Dupla Punição pelo Mesmo Fato

É o princípio que **veda a dupla punição pelo mesmo fato, bem como a dupla valoração de um mesmo fato para agravamento da pena**. Também se **proíbe a execução em dobro de uma pena, bem como que o indivíduo seja processado duas vezes** pelo mesmo crime. Também denominado Princípio da **Proibição do Bis in Idem**.

8.21 Princípio da Irretroatividade

Segundo o princípio da irretroatividade, **a lei penal não pode retroagir**, atingindo fatos anteriores a ela, **salvo se para beneficiar o réu**. Sua previsão está expressa no artigo 5º, XL, da Constituição:

*XL - **a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.***

Dessas regras, sobrevém que a lei posterior que deixa de considerar a conduta como criminosa configura *abolitio criminis*, isto é, faz cessar todos os efeitos penais, ainda que de sentença penal já transitada em julgado. Por sua vez, a *novatio legis in mellius* ou *lex mitior*, ou seja, a lei penal mais recente que seja mais benigna sempre favorece o réu, ainda que seja para determinar a redução da pena de quem já a está cumprindo.

8.22 Princípio da Insignificância (ou Bagatela)

O princípio da insignificância, também chamado de bagatela, preconiza que **o Direito Penal não deve se preocupar com bagatelas, isto é, a configuração de uma infração penal exige que haja uma ofensa de alguma gravidade ao bem jurídico protegido**.

Tem sua origem apontada no Direito Romano, em que se falava que *de minima non curat praetor*. Nos termos atuais, seria como dizer que o Poder Judiciário não deve se ocupar de coisas mínimas. No campo do Direito Penal, credita-se a Claus Roxin, jurista alemão, sua introdução, o que teria ocorrido em 1964. **A insignificância afasta a tipicidade material da conduta**. O Supremo Tribunal

Federal, no julgamento do HC 116.242, no âmbito de sua Primeira Turma, estabeleceu requisitos que vêm sendo, desde então, adotados para se aferir a incidência ou não do princípio da insignificância:



Requisitos exigidos pelo STF para incidência do princípio da insignificância (perceba que nosso esquema forma o acróstico "MARI" ou, em outra ordem, "MIRA" para facilitar a memorização):

M ínima ofensividade da conduta do agente;

A usência de periculosidade social da ação;

R eduzido grau de reprovabilidade do comportamento;

I nexpressividade da lesão jurídica causada.

Quanto à **reincidência**, o próprio Supremo Tribunal Federal tem analisado caso a caso, não se entendendo que esta circunstância, por si só, afasta a aplicação do princípio da insignificância.

9. Evolução Dogmática do Direito Penal

Após o movimento das Escolas Penais, normalmente vinculadas pela doutrina ao Causalismo, houve outras acepções da conduta, o primeiro elemento do crime, ou mesmo da função das normas penais, que alteratam toda a visão sobre o Direito Penal.

9.1 Teorias da Conduta

Para iniciarmos o tema, o crime, é conceituado a partir da noção de ação ou conduta humana. **conduta (ou ação) é o comportamento humano voluntário, exteriorizado por uma ação ou omissão, dirigido a um fim**. Entretanto, surgiram muitas divergências sobre essa base, sobre as teorias da conduta, também denominadas, por alguns, de teorias da ação.

Vejamos, então, quais são as **teorias da conduta**. Destaco que serão estudadas como um panorama, já que cada teoria possui autores que pensam de modo diferente e, até mesmo, autores que modificam seu pensamento ao longo do tempo, como foi o caso de Hans Welzel. Ademais, a relação das diversas teorias com os conceitos de culpabilidade se baseia em lições doutrinárias com aspecto didático, para compreensão das características principais de cada teoria. A concepção de Frank

sobre culpabilidade, por exemplo, trazida como contribuição que surge de forma compatível com a teoria neoclássica, foi adotada posteriormente por autores que defendem as mais diversas teorias.

9.1.1 - Teoria causalista, causal-naturalista, naturalística ou clássica

A teoria causalista, também denominada causal-naturalista, naturalística ou clássica, surgiu no auge do positivismo e das ciências naturais. Possui, portanto, base na lei da causa e efeito das Ciências Exatas. Para o causalismo, **a conduta não possui conteúdo de vontade ou finalidade**. A conduta é analisada por si só, sem elemento subjetivo. Deste modo, se alguém atropela um pedestre e lhe causa lesões que o leva à morte, praticou a conduta prevista no artigo 121 do Código Penal, ou seja, praticou o fato típico do homicídio. A questão da intenção ou não de matar, por exemplo, só seria analisada na culpabilidade.

Deste modo, a conduta não possui conteúdo de vontade, é desprovida de finalidade e não abarca o dolo ou a culpa. Franz Von Liszt[3], um dos seus defensores, defende a ação como "o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade de homem". **O elemento subjetivo, a culpa em sentido amplo, é parte da culpabilidade**, devendo ser analisado neste substrato do conceito de crime.

9.1.2 - Teoria neokantista, neoclássica ou causal-valorativa

A teoria neokantista ou causal-valorativa possui base causalista. Isto quer dizer que, assim como no causalismo, o elemento subjetivo é analisado na culpabilidade, de modo que o dolo é normativo. A conduta é estudada sem conteúdo ou finalidade. Conduta, entretanto, não é ação, mas comportamento, o que abrange tanto a conduta positiva quanto a negativa, ou seja, tanto a ação quanto a omissão.

Entretanto, aqui já se nota a detecção de **elementos subjetivos do tipo**, o que abre o caminho para se analisar algum conteúdo de vontade do agente já no primeiro substrato do crime (fato típico), e não somente na culpabilidade. O tipo é tido como norma de cultura, no sentido de comportamento social. Roxin exemplifica com o furto, que exige o *animus rem sibi habendi*, ou seja, a intenção especial do agente de apropriação definitiva, o que torna penalmente irrelevante o chamado furto de uso. Isso demonstra que os neokantistas tiveram que admitir que a conduta não pode ser vista

3 Liszt, Franz von. Tratado de Direito Penal Allemão. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Tomo I. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1.899, p. 193.

de forma exclusivamente objetiva, já que há elementos subjetivos que compõem a própria descrição típica.

O dolo, que é normativo, possui como elemento a consciência atual da ilicitude. Assim, ao se analisar a intenção do agente, já se inclui a consciência atual da ilicitude. Ou seja, verifica-se se o agente atuou com dolo ou culpa, bem como se possuía, à época da conduta, a consciência atual da sua ilicitude. Há uma substituição do método científico, das ciências naturais, pelo axiológico, ou seja, de juízo de valor. Cuida-se de teoria defendida por Mezger.

9.1.3 - Teoria finalista

Para a teoria finalista, a **"ação humana é o exercício de atividade final".** Isto significa que toda conduta humana possui uma finalidade, é orientada por um objetivo. Sob essa concepção, faz parte da conduta o próprio elemento subjetivo do tipo, ou seja, o dolo ou a culpa. Note-se que a vontade e a finalidade se fundam na conduta.

Para a teoria final da conduta (da ação), a conduta se funda na sua antecipação mental e na seleção dos meios pelo autor, controlando-os para a realização de um objetivo seu, ou seja, com determinação de modo final. Em relação às teorias anteriores, há a migração do dolo e culpa da culpabilidade para o fato típico. Ou seja, **o dolo e a culpa deixam de fazer parte da culpabilidade, para serem considerados na conduta, dentro da análise do fato típico**.

Recordando, o causalismo e o neokantismo entendem que a culpa em sentido amplo (dolo ou culpa) deve ser estudada na culpabilidade, por serem parte dela. Para o finalismo, a culpa em sentido amplo é parte da conduta, já que, como visto, ela possui em si mesma uma finalidade. Por isso, **o dolo, para o finalismo, é natural, chamado, na expressão latina, de *dolus bonus***. Isto porque o dolo é analisado na conduta, não possuindo como seu elemento a consciência da ilicitude. Sendo o dolo analisado como elemento da conduta, sua análise é neutra, sem valoração, com sua cisão em relação à consciência da ilicitude.

9.2 Teorias Funcionalistas

Há várias teorias funcionalistas, com enfoque na função do Direito Penal.

9.2.1 – Funcionalismo Sistêmico ou Radical

O **Funcionalismo Sistêmico ou Radical** possui base, segundo Bitencourt, na teoria de Niklas Luhmann, que trata dos sistemas. Segundo Luhmann, de forma bastante resumida, o Direito é um sistema autopoiético, ou seja, possui suas próprias unidades de reprodução. Isto quer dizer que o Direito produz e reproduz cada um dos seus elementos. Deste modo, o Direito resolve os conflitos, mas também os produz, ao ser base para reclamação de um direito quando há sua violação. Seu grande defensor é o jurista Günther Jakobs.

Em suma, **a função precípua do Direito Penal é a proteção da norma por si mesma**, e não a proteção dos bens jurídicos. O crime representa um desvalor para a sociedade, por ser um comportamento contrário à identidade normativa do grupo social. Cuida-se de uma falta de fidelidade com o direito.

O Direito Penal, portanto, aplica suas sanções para manter a confiança em sua efetividade. A partir daí, é possível visualizar os indivíduos que reiteradamente descumprem a norma penal, desviando-se dela. Devem ser vistos como inimigos e como tais combatidos, não sendo mais tratados como cidadãos. Daí a denominação **Direito Penal do Inimigo**.

Os criminosos de alta periculosidade devem ser tratados, deste modo, como inimigos do Estado. Só se reserva a efetiva observância das garantias penais e, portanto, um Direito Penal do Cidadão, aos indivíduos que praticam infrações penais com menor ofensividade, aqueles que não possuem alta periculosidade. Como exemplos de criminosos de alta periculosidade, podem ser citados os que praticam terrorismo, crimes econômicos, delitos sexuais e os que integram organização criminosa, dentre outros. São considerados pessoas que não possuem capacidade de obedecer à norma penal, de serem destinatários das regras legais de convivência.

9.2.3 – Funcionalismo Teleológico ou Moderado

Funcionalismo teleológico ou moderado: busca substituir os valores culturais da teoria neokantiana da conduta por outro critério de sistematização, consistente nas **bases da política criminal a respeito dos fins da pena**. Seu grande expoente é o jurista Claus Roxin.

A **ação** (conduta), para Roxin, é uma **manifestação da personalidade**. Só é ação para o Direito Penal aquilo que se pode atribuir ao ser humano como centro anímico-espiritual de ação. Só há imputação de um resultado a um agente se houver a criação de um risco proibido, do qual decorra o resultado criminoso. Advém desse pensamento a **teoria da imputação objetiva**. A imputação do resultado deixa de se basear em categoria científico-natural (causa e efeito) para ter por base um conjunto de regras que se volta à valoração jurídica. O fundamento teleológico de se imputar um resultado concentra-se na realização de um perigo não permitido, conforme se depreende do que a norma visa a proteger.

Entende-se, assim, que **a função do Direito Penal é proteger os bens fundamentais da sociedade**, considerados assim os que representam os valores essenciais à convivência do grupo social. Deve-se atenção ao princípio da intervenção mínima, considerando-se como delituosos apenas os fatos

que causem lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Ademais, não se deve considerar delito a conduta apenas formalmente típica, sendo necessário se analisar se houve também tipicidade material, ou seja, significativa lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico. Na falta de significativa lesão ou ameaça de lesão, incide o princípio da insignificância, afastando a tipicidade.

10. CONCEITO DE CRIME

A forma de se conceituar o crime mais usual na doutrina do Direito Penal, por sua importância científica e didática, é a analítica. É assim denominada porque se analisa o crime por meio de seus substratos, os elementos que devem estar presentes para a configuração do delito. Para se definir o **conceito analítico** do crime, temos diferentes teorias, a serem estudadas no próximo item. Entretanto, já adiantamos que, **para a corrente dominante, crime é o fato típico, antijurídico (ilícito) e culpável**. Percebam que, para esta conceituação, há a previsão dos substratos do crime, como o "fato típico", a "ilicitude" (ou "antijuridicidade") e a culpabilidade.

10.1 Conceito Analítico de Crime: teoria tripartida

Segundo a teoria tripartida, crime é o fato típico, antijurídico e culpável. É a concepção que prevalece na doutrina e na jurisprudência pátria, razão pela qual é interessante visualizar e memorizar a estrutura de seu conceito analítico:



Como já dito, cuida-se de teoria que se compatibiliza tanto com a teoria causal da conduta quanto com a teoria finalista, que passou a prevalecer no Direito Penal. Também se compatibiliza com a teoria neokantista, de base causalista. Para a concepção tripartida, só é crime o fato típico, ilícito e culpável. **A punibilidade é um pressuposto para a aplicação da pena, não fazendo parte da conceituação de infração penal**.

Portanto, são elementos do crime: **fato típico, ilicitude e culpabilidade**.

11. SUJEITOS DO CRIME

O Direito visa a regular a vida em sociedade, sendo objeto do Direito Penal o estudo das infrações penais e suas respectivas sanções, as quais visam a tutelar os bens jurídicos mais importantes para o convívio social. Interessa a este ramo do Direito a conduta humana, que, como será visto adiante, possui sempre uma finalidade. É, portanto, a conduta humana finalística e voluntária que interessa para a configuração das infrações penais.

11.1 Sujeito ativo

Sujeito ativo é a pessoa que pratica a conduta prevista na norma penal. Por exemplo, no caso do crime de homicídio, o crime é "matar alguém". Logo, sujeito ativo é aquele que mata alguém. Cuida-se, portanto, da pessoa que pratica a conduta típica prevista em lei.

Entretanto, cabe enfatizar que o sujeito pode atuar de forma isolada ou em concurso com outros agentes. **É sujeito ativo do delito tanto autor (que pratica o núcleo do tipo) quanto o partícipe (que induz, instiga ou auxilia)**. A diferenciação entre autor e partícipe é matéria a ser estudada quando formos abordar o Concurso de Pessoas, mais à frente.

De todo modo, para a doutrina que prevalece, autor é aquele que pratica a conduta prevista no tipo penal, que executa o núcleo do tipo (o verbo que reflete a conduta punível pela norma). Partícipe, por sua vez, é o indivíduo que auxilia, instiga ou induz outrem a praticar a conduta típica. Pode haver mais de um autor no que se refere ao mesmo crime, caso denominado de coautoria.

Já sabemos que o sujeito ativo é o homem, no sentido de ser humano.

11.2 Pessoa jurídica como sujeito ativo

Com relação ao STJ, o entendimento que foi adotado anteriormente era de que só era possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por crime de forma conjunta com uma pessoa física. Cuida-se da chamada **teoria da dupla imputação**, que só entendia cabível a responsabilidade criminal de uma pessoa jurídica se houvesse, de forma concomitante, a denúncia e a punição da pessoa física responsável pelo ato. Referida teoria **não é adotada atualmente** pelas Cortes Superiores, segundo os precedentes mais recentes.

Posteriormente, o STJ passou a entender **possível a punição da pessoa jurídica**, no âmbito penal, por crimes ambientais, independentemente da responsabilização da pessoa física. Este é também o entendimento do Supremo Tribunal Federal, vejamos:

JURISPRUDÊNCIA

"(...) a exigência relativa à imputação concomitante do delito ambiental a pessoa natural para o fim de responsabilizar a pessoa jurídica importa indevida restrição ao comando estampado no art. 225, § 3º, da Carta Política, que, ao permitir a imputação desses delitos às empresas, intencionou fazer frente às dificuldades de individualização dos agentes internamente responsáveis pelas condutas nocivas cometidas pelas coorporações societárias. (...)" (STJ, AgRg nos EDcl no RMS 43817/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe 18/09/2015).

"(...) ***1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação.*** *(...)" (STF, RE 548181/PR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, Julgamento em 06/08/2013).*

Portanto, tem prevalecido nas Cortes Superiores que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica. Ademais, não se exige a dupla imputação, sendo possível que a pessoa jurídica seja condenada sem que haja a concomitante imputação de conduta a uma pessoa natural.

11.3 Sujeito passivo

Sujeito passivo é aquele que sofre as consequências do delito, aquele sobre o qual recai a ação criminosa. A doutrina divide o sujeito passivo em duas categorias:

a) **Formal, corrente, constante ou geral**: o Estado.

b) **Material, eventual, acidental ou particular**: é o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão. Além do sujeito passivo formal (o Estado), é possível que haja um indivíduo ou uma pessoa jurídica que sofre as consequências do delito.

12. OBJETO DO CRIME

Objeto do crime é aquilo contra o que se volta a conduta do sujeito ativo da infração penal. É qualquer coisa, pessoa ou bem jurídico sobre o qual recai a atividade criminosa e que sofre seus efeitos. Pode ser material ou jurídico:

a) **Objeto material**: é a pessoa ou coisa contra a qual é praticada a infração penal.
Por exemplo, no caso do homicídio, o objeto material é a vítima, a pessoa que é assassinada.

b) **Objeto jurídico:** é o bem jurídico tutelado pela norma penal.
Utilizando o exemplo do homicídio, o objeto jurídico é a vida, que é o bem jurídico que se tutela e se visa a preservar pela criminalização da conduta.

Não há crime sem objeto jurídico.

Existem crimes sem objeto material.

13. FATO TÍPICO

Conforme analisamos, sob o viés do conceito analítico de crime, podemos conceituá-lo, com a maioria da doutrina, como fato típico, ilícito e culpável. O primeiro substrato do crime, portanto, é o fato típico.

Iniciemos o estudo deste substrato com seu conceito. **Fato típico é a ação ou omissão humana que se amolda à conduta prevista na norma como infração penal.**

São elementos do fato típico a conduta, o nexo causal, o resultado e a tipicidade.

12.1 Elementos do fato típico

Conduta: é a ação ou omissão humana, voluntária e consciente, dotada de finalidade, cujo elemento subjetivo é o dolo ou a culpa.

Nexo Causal: é o vínculo etiológico, ou seja, de causa e efeito, entre a conduta e o resultado praticado.

Resultado: subdivide-se em normativo e naturalístico. O resultado normativo é a lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado. Resultado naturalístico, por sua vez, é a modificação realizada na realidade, no mundo exterior, sendo que não está presente em todos os delitos.

Tipicidade: é a correspondência entre a conduta praticada pelo sujeito ativo e a hipótese normativa da lei penal incriminadora, ou seja, o encaixe entre os fatos e a previsão da infração penal pela lei.

Estudaremos, a seguir, cada um dos elementos de forma individualizada.

14. CONDUTA

Para iniciarmos o tema com a conceituação, podemos apontar que **conduta (ou ação) é o comportamento humano voluntário, exteriorizado por uma ação ou omissão, dirigido a um fim**.

Para a **teoria finalista**, que orientou a Reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984, a **"ação humana é o exercício de atividade final".** Isto significa que toda conduta humana possui uma finalidade, é orientada por um objetivo. Sob essa concepção, faz parte da conduta o próprio elemento subjetivo do tipo, ou seja, o dolo ou a culpa. Note-se que a vontade e a finalidade se fundam na conduta. Para a teoria final da conduta (da ação), a conduta se funda na sua antecipação mental e na seleção dos meios pelo autor, controlando-os para a realização de um objetivo seu, ou seja, com determinação de modo final. Em relação às teorias anteriores, há a migração do dolo e culpa da culpabilidade para o fato típico. Ou seja, **o dolo e a culpa deixam de fazer parte da culpabilidade, para serem considerados na conduta, dentro da análise do fato típico**.

14.2 Elementos da conduta

São elementos da conduta:

- ✓ **Vontade**: é o desejo do agente de realizar a ação ou de se omitir.
- ✓ **Exteriorização**: é a transcendência de sua vontade, que deixa o seu aspecto íntimo e atinge o mundo exterior, com seu comportamento ativo ou negativo.
- ✓ **Consciência**: é a sua compreensão sobre sua vontade e sua exteriorização.
- ✓ **Finalidade**: é o fim a que o agente visa com seu comportamento.

14.3 Causas de exclusão da conduta

São causas de exclusão da conduta a coação física irresistível, o caso fortuito ou a força maior, o estado de inconsciência completa e os movimentos reflexos.

- ✓ **Coação física irresistível**, também denominada *vis absoluta*, representa o impedimento de o sujeito orientar sua conduta livremente.
- ✓ **Caso fortuito ou força maior**: Representam tanto as forças da natureza quanto algum evento decorrente de conduta humana e que seja imprevisível e inevitável.
- ✓ **Estado de inconsciência completa**: caso o sujeito não esteja consciente, não há que se falar em conduta, já que um de seus elementos é a vontade.

- ✓ **Movimentos reflexos:** os movimentos reflexos do corpo, involuntários, são aqueles sobre os quais tomamos consciência após sua ocorrência

14.4 Formas da conduta: ação e omissão

A conduta por se manifestar por meio de uma ação ou de uma omissão.

A **ação** representa um comportamento comissivo, positivo, um *facere*. Para ser penalmente relevante, é necessário que haja a violação de um tipo proibitivo, que preveja uma conduta desvaliosa a ser evitada.

Por sua vez, a **omissão** representa um comportamento negativo, omissivo, um *non facere.* Enseja a responsabilização criminal quando representa a desobediência a um tipo mandamental, ou seja, de um tipo que determina, de forma imperativa, a realização de uma conduta valiosa.

14.5 Espécies da conduta quanto ao elemento subjetivo

Quanto ao elemento subjetivo, a conduta pode ser dolosa, culposa ou preterdolosa. A culpa em sentido amplo se subdivide em dolo e em culpa *stricto sensu*.

- ✓ **Dolosa**: é considerada dolosa a conduta do sujeito que age com vontade livre e consciente de praticar o resultado. Também é dolosa a conduta do agente que, prevendo o resultado, assume o risco de produzi-lo.
- ✓ **Culposa:** é culposa a conduta do agente que quebra o dever objetivo de cuidado, que deve manter em sua vida em sociedade. Age assim o sujeito que é negligente, imprudente ou imperito.
- ✓ **Preterdolosa:** a conduta preterdolosa envolve o dolo e a culpa. Na conduta inicial, chamada antecedente, o sujeito atua com dolo, mas, com relação à conduta subsequente, age com culpa (em sentido estrito).

15. TIPO DOLOSO

O tipo doloso é aquele cujo elemento subjetivo do tipo é o dolo. Cumpre, então, iniciarmos por um conceito de dolo. De forma geral, podemos definir **dolo como a vontade livre e consciente de praticar a conduta prevista no tipo penal.** O dolo possui como elementos a vontade e a consciência:

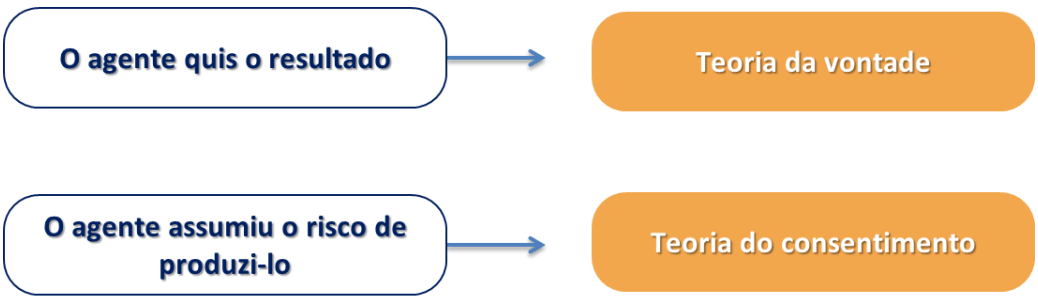
15.1 Elementos do dolo:

- **Volitivo**: é a vontade livre do agente em relação à conduta por ele praticada.
- **Intelectivo**: é a consciência do agente quanto a sua ação ou omissão, ou seja, o conhecimento acerca da forma como ele próprio age.

É necessário que o agente, antes de tudo, possua conhecimento sobre a realidade, apresentando o elemento cognitivo. Isto porque o sujeito só pode exteriorizar sua vontade livre se ele souber exatamente a realidade em que está inserido.

15.2 Teorias do dolo

O Código Penal, no seu artigo 18, dispõe expressamente sobre a forma de se conceituar o crime doloso, demonstrando de forma inequívoca quais teorias adota:



Como se nota da redação do dispositivo, ao mencionar que o crime é doloso quando o agente **quis o resultado**, o Código Penal adota a **teoria da vontade**. Além disso, há previsão de que o crime é doloso quando o agente **assumiu o risco da produção do resultado**, demonstrando que o Código também encampa a teoria do **assentimento ou consentimento,** no que diz respeito ao dolo eventual.

15.3 Espécies de dolo

A doutrina classifica o dolo em diversas espécies, conforme o enfoque dado ao elemento subjetivo do tipo. Vejamos as principais:

- ✓ **Quanto à valoração**:

Natural (neutro): é o dolo como elemento subjetivo, desprovido de juízo de valor, componente da conduta. Adotado pela teoria finalista. De forma mais recente, alguns dizem que o dolo, no finalismo, não tem cor, em contraposição ao dolo normativo, que pode ser chamado de colorido.

Normativo (híbrido ou colorido): o dolo possui os elementos: consciência sobre a realidade, vontade e consciência da ilicitude. É componente da culpabilidade, substrato do conceito analítico do crime em que se faz o juízo de censura sobre a ação típica e ilícita praticada pelo sujeito ativo. Adotado pelas teorias causalista e neokantista.

- ✓ **Quanto ao elemento volitivo do agente**:

Direto (determinado): é a vontade de realizar a conduta e produzir o resultado. É direto, pois o agente visa a determinado resultado, que é diretamente desejado por ele. O sujeito determina sua conduta em função dessa finalidade. É o caso do agente que, planejado matar seu chefe, vai até o local, desejando sua morte, e dispara vários projeteis de arma de fogo, provocando o seu falecimento.

Indireto (indeterminado): é a vontade de realizar a conduta, sem que exista o desejo de produzir um resultado certo ou determinado. Subdivide-se em dolo alternativo e dolo eventual.

_**alternativo**: é a vontade do agente de produzir qualquer dos resultados previstos. Imaginem a ex-mulher que, buscando vingança do seu ex-marido, corta os cabos do freio do seu veículo, desejando que algum mal lhe aconteça. Para ela, seria desejável tanto sua morte quanto que ele se lesionasse. Deste modo, sobrevindo sua morte, o crime deve ser considerado doloso, já que seu dolo era alternativo (morte ou lesões corporais).

_**eventual**: é o elemento subjetivo presente no agente que, sem desejar o resultado, assume o risco de sua ocorrência. É o caso do sujeito que resolve, para impressionar os amigos, acelerar seu carro por uma movimentada avenida da cidade, passando por vários sinais vermelhos nos semáforos e lhes dizendo que não lhe importa se causará ou não um acidente. Assim agindo, mesmo sem desejar causar lesões corporais nos demais motoristas que por ali circulam, ele assume o risco do resultado que, se ocorrer, deve ensejar sua responsabilização por crime doloso, na modalidade de dolo eventual.

- ✓ **Quanto ao resultado**:

De dano: vontade de produzir **efetiva lesão ao bem jurídico**. É o dolo presente nos chamados crimes de dano, por exemplo, no caso do crime de lesões corporais. A vontade do agente é de causar lesão em alguém, o que viola o bem jurídico, no caso, a incolumidade física e mental do indivíduo.

De perigo: vontade de **expor o bem jurídico a um risco de dano**. É elemento subjetivo que se constata nos crimes de perigo, como no caso do delito de abandono de incapaz. Não é necessário que o indivíduo objetive lesionar o bem jurídico, bastando a sua conduta de expô-lo a um risco.

- ✓ **Quanto à natureza**:

Genérico: vontade de realizar a conduta sem um fim específico. É o caso do constrangimento ilegal. Não é necessário que se demonstre um *animus* ou uma vontade específica do agente para que se configure o crime. Ele pode ter praticado o delito por vingança, por maldade ou por desprezo. Não é necessário que se demonstre uma determinada finalidade do agente, basta ao tipo penal o fim genérico da prática da conduta nele prevista. É o caso do homicídio, que se configura com a vontade de matar, sem necessidade de uma finalidade específica e determinada do agente.

Específico: vontade de realizar a conduta com um **fim específico**, que é elementar do tipo penal. É o caso do delito previsto no artigo 134 do Código Penal, de exposição ou abandono de recém-nascido. O tipo prevê ser crime "expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria". Logo, se alguém abandonar recém-nascido por maldade, sem nenhuma ligação à desonra, não será possível a configuração de referido crime, sem prejuízo da responsabilização criminal por outro delito. Isto porque a expressão "para ocultar desonra própria" constitui fim especial do tipo, o que exige dolo específico para a configuração do crime.

- ✓ **Quanto a um resultado diverso**:

Geral, erro sucessivo ou *aberratio causae*: o agente supõe ter alcançado o resultado pretendido e, então, pratica nova ação que provoca tal resultado. Em razão desse **erro sobre o nexo causal**, a doutrina aponta que o dolo do sujeito ativo é geral e, assim, mesmo que ele se equivoque quanto a qual conduta sua deu causa ao resultado, sua vontade livre e consciente de produzi-lo é suficiente para sua responsabilização por crime doloso.

Cumulativo: é o dolo que abrange mais de um resultado, na chamada **progressão criminosa**. Como estudamos no conflito aparente de normas, a progressão criminosa é uma das hipóteses em que se aplica o princípio da consunção. O indivíduo responde por apenas um delito se, após causar determinado grau de violação do bem jurídico, muda de ideia e resolve praticar delito mais grave, contra o mesmo bem jurídico, o que representa um maior grau de lesão.

- ✓ **Quanto ao grau**:

De primeiro grau: é a vontade de produzir o resultado inicialmente pretendido. É a vontade voltada ao resultado que o agente deseja. No caso do furto, é a subtração da coisa almejada pelo sujeito.

De segundo grau: é a vontade que abrange os efeitos colaterais, que se estende aos meios utilizados para se alcançar o resultado inicialmente pretendido. Também denominado de **dolo de consequências necessárias**, é o que abrange os efeitos certos ou necessários do meio de execução escolhido pelo agente, sendo indiferente sua vontade em relação a eles. Ou seja, **o agente aceita produzir consequências além das que efetivamente deseja de forma primordial, de modo que sua vontade livre e consciente abrange o resultado mais gravoso por ele produzido.**

Imaginem que o sujeito foi contratado para matar um ativista do Meio Ambiente por uma grande corporação transnacional. Ao se preparar para matá-lo, resolve atirar uma granada no carro em que ele se desloca da sede de uma ONG para um evento, mesmo sabendo que o motorista e uma colega de trabalho também ocupavam o veículo. Deste modo, temos o dolo de primeiro grau em relação ao ativista e, por ser consequência necessária do meio por ele escolhido para matá-lo, há o dolo de segundo grau em relação à morte da colega e do motorista.

16. TIPO CULPOSO

O tipo culposo é aquele cujo elemento subjetivo é a culpa *stricto sensu*, ou seja, em sentido estrito. Iniciemos, então, pelo conceito de culpa utilizado por Cezar Roberto Bittencourt:

> *"É a inobservância do dever objetivo de cuidado manifestada em uma conduta produtora de um resultado não querido, objetivamente previsível."*

A culpa, portanto, é a vontade de praticar uma conduta, a qual, por sua vez, causa um resultado não querido nem aceito pelo agente, mas que lhe era previsível ou que foi efetivamente previsto por ele.

16.1 Elementos do crime culposo

São elementos do crime culposo **a conduta humana voluntária, o resultado naturalístico, o nexo causal entre ambos, a tipicidade e a violação de um dever objetivo de cuidado**. Vejamos:

- ✓ **Conduta humana voluntária:** como visto, só possui importância para o Direito Penal a conduta humana e voluntária.
- ✓ **Resultado naturalístico involuntário e previsível:** caso o resultado naturalístico (a mudança no mundo exterior) seja voluntário, o caso será de crime doloso. Ademais, é necessário que o resultado seja ao menos previsível. É possível que o resultado não tenha sido previsto pelo agente, o que configura a culpa inconsciente. Por outro lado, admite-se,

ainda, que o resultado tenha sido previsto pelo agente, que não aceita sua ocorrência, o que configura, como veremos, a culpa consciente.

- ✓ **Nexo Causal**: é o vínculo de causa e efeito entre a conduta praticada e o resultado causado.
- ✓ **Tipicidade**: é a adequação entre a conduta praticada e a lei penal incriminadora.
- ✓ **Violação de um dever objetivo de cuidado**: necessária nos crimes culposos, a violação de um dever objetivo de cuidado é o que caracteriza a culpa em sentido estrito. Pode ocorrer por meio de atuação negligente, imprudente ou imperita do sujeito ativo.

16.2 Modalidades de culpa

A culpa possui como modalidades a imprudência, a negligência e a imperícia. Cabe analisar cada uma dessas modalidades:

Imprudência: é ação descuidada, que se manifesta por meio de um comportamento positivo. Também denominada ***culpa in agendo***. A culpa se manifesta concomitantemente com a ação.

Negligência: é a ausência de precaução, caracterizada por um comportamento negativo, uma omissão. Pode ser chamada ***culpa in omittendo***.

Imperícia: é a **falta de aptidão técnica** para o exercício da profissão ou atividade. É a culpa que apresenta o sujeito que, devendo aplicar um conhecimento específico da sua profissão, deixa de fazê-lo e, assim, provoca um resultado criminoso.



✓ **Cabe a compensação de culpas no Direito Penal?**

Não cabe. É possível a consideração do comportamento da vítima na dosimetria da pena. Entretanto, a culpa da vítima não exclui a culpa do agente, pois **o Direito Penal não admite a compensação de culpas.**

16.3 Espécies de culpa

Podemos classificar a culpa por diferentes critérios, de modo que analisaremos os principais deles:

- ✓ **Com relação à previsibilidade do resultado**:

Consciente, com previsão ou *ex lascivia*: o agente prevê o resultado, mas não o aceita, espera que ele não ocorra.

Inconsciente, sem previsão ou *ex ignorantia*: o agente não prevê o resultado, mas este era objetivamente previsível.

✓ **Com relação à vontade do agente**:

Própria ou propriamente dita: o agente pratica a conduta, mas, mesmo sendo previsível o resultado, não o aceita, espera que ele não ocorra.

Imprópria, por equiparação, por assimilação ou por extensão: o agente, pensando estar acobertado por uma causa excludente de ilicitude, por erro de tipo inescusável, provoca intencionalmente uma determinada conduta típica. Não se trata propriamente de culpa, por isso a doutrina denomina referido elemento subjetivo de culpa **imprópria**.

Vistas as espécies de culpa, cumpre questionar: **qual a diferença entre dolo eventual e culpa consciente?** Vejamos o esquema:

Culpa Consciente	Dolo Eventual
Previsão do resultado + Não aceitação de que ocorrerá	Previsão do resultado + Anuência (assunção do risco)
"É possível, mas não vai acontecer"	"Não importa se vai acontecer"

17. TIPO QUALIFICADO PELO RESULTADO

O tipo qualificado pelo resultado **é aquele em que, além da descrição do delito, há a previsão de um resultado que, se ocorrer, torna a sanção penal mais gravosa.**

17.1 Crimes qualificados pelo resultado e seus elementos

Podemos dividir o tipo qualificado pelo resultado em dois elementos:

- **Fato antecedente**: conduta que se amolda ao tipo penal do delito, configurando-o e já tornando possível a imposição de sanção penal;

- **Fato consequente**: o agente produz um resultado que enseja a imposição de uma sanção penal mais gravosa que aquela prevista para o fato antecedente.

O exemplo mais nítido que pode ser dado é o do crime de latrocínio. Sua prática envolve o fato antecedente referente ao roubo objetivado pelo agente. Seja de forma tentada ou consumada, sua prática já enseja a responsabilização do agente (fato antecedente). Entretanto, se o sujeito ativo causa a morte de alguém (fato consequente), em decorrência da violência empregada, ele responderá pelo delito qualificado, com sanção penal muito mais gravosa, nos termos da parte final do § 3º, do artigo 157, do Código Penal.



TOME NOTA!

E quais são as espécies de crime qualificado pelo resultado?

Antecedente	Consequente	Hipótese
Dolo	Dolo	Art. 129, § 2º, I, CP: Lesão e incapacidade permanente pro trabalho
Dolo	Culpa	Crime preterdoloso Art. 129, § 3º, CP
Culpa	Culpa	Arts. 250, §2º, e 258, CP Incêndio com resultado morte
Culpa	Dolo	Arts. 303, par. Único, e 302, § 1º, II, CTB Lesão culposa com omissão de socorro

Entretanto, Guilherme de Souza Nucci **não aceita a última modalidade**: "Não se admite, por impropriedade lógica, amodalidade culposa na modalidade antecedente e dolo na consequente"[4]. Há, entretanto, doutrinadores que admitem tal modalidade[5]. Há, portanto, quatro espécies de crimes qualificados pelo resultado, cuja diferença reside no elemento subjetivo presente no fato antecedente e naquele contido no fato consequente.

[4] NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. Código Penal Comentado. 15 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 216.

[5] MASSON, Cleber. Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1. São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 259. CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 240.

17.2 Crime Preterdoloso

Crime preterdoloso é aquele **composto de um fato antecedente, praticado a título de dolo, e de um resultado culposo, o qual possui o efeito de tornar a sanção penal mais gravosa**. De forma simplificada, preterdolosa é a conduta criminosa que apresenta dolo no antecedente e culpa no consequente. Vale ressaltar que o crime preterdoloso é apenas uma das espécies de crime qualificado pelo resultado. Em razão de o resultado não ser desejado pelo agente, já que é provocado a título de culpa (própria), **não se admite tentativa de crime preterdoloso**.

Uma amostra de crime preterdoloso pode ser encontrada no artigo 129, *caput,* do Código Penal, que cuida do delito de **lesão corporal seguida de morte**. O agente visa a lesionar o sujeito passivo e, portanto, causa a lesão corporal (fato antecedente) com intenção, de forma dolosa. Na sequência, produz, por culpa, a morte da vítima (fato consequente). Temos, então, dolo no antecedente e culpa no consequente, formando o tipo preterdoloso.

18. TIPO OMISSIVO

O tipo omissivo é aquele cuja conduta consiste em um não fazer, ou um *non facere.* A conduta do agente consiste em um comportamento negativo.

18.1 Espécies de Crime Omissivo

A doutrina classifica os crimes omissivos em omissivos próprios e impróprios:

✓ Próprio ou puro

É o crime cometido em virtude do descumprimento de norma imperativa. O dever jurídico de agir surge da própria previsão da conduta omissiva como crime, da qual decorre a imposição de uma conduta virtuosa a todos que, se descumprida, enseja a punição pelo crime. O dever jurídico de agir não existe, aqui, de forma genérica, mas decorre da expressa previsão de um **tipo penal, de natureza mandamental, que determina a punição por omissão** em determinados casos. O exemplo mais lembrado é o da omissão de socorro:

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

Notem que o dever jurídico, no caso, decorre do próprio artigo 135 do Código Penal, de modo que, nas circunstâncias ali descritas, **todos têm o dever de agir**. Caso contrário, se o sujeito não agir como deve e como a norma determina, a sua omissão configura o crime omissivo.

✓ Impróprio, impuro ou comissivo por omissão

O crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão é aquele cujo dever jurídico de agir decorre de uma **cláusula geral**, que, no Código Penal Brasileiro, está previsto em seu artigo 13, parágrafo segundo. O dever jurídico abrange determinadas situações jurídicas e se refere a qualquer crime comissivo. Por isso, tais delitos são chamados comissivos por omissão. **São crimes naturalmente comissivos** (praticados por um comportamento positivo, uma ação), como é o caso do homicídio, mas que podem ser praticados por uma conduta omissiva, no caso de o sujeito ter o **dever jurídico de agir previsto na cláusula geral**. Vejamos o que diz o Código Penal:

> *Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.*
>
> *(...)*
>
> *Relevância da omissão*
>
> *§ 2º - **A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:***
>
> ***a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;***
>
> ***b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;***
>
> ***c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado**.*

Nestes casos, portanto, o agente possui um **dever específico de agir**, decorrente de uma das hipóteses da cláusula geral, presente na norma acima transcrita. São as seguintes as hipóteses de dever específico de agir:

a) **tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância (dever legal);**
   O dever aqui deve decorrer de lei, não podendo se responsabilizar alguém com base em dever moral ou religioso.

b) **de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado (dever por assunção);** Responsabiliza-se, assim, o sujeito que, não sendo obrigado por lei a impedir o resultado, obrigou-se por vontade própria.

c) **com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (dever por ingerência na norma).**
Esta última fórmula abrange aquele que criou o risco e, então, nada faz para evitar o resultado. A lei obriga, deste modo, que o sujeito que deu causa ao risco aja, dentro de suas possibilidades, para evitar o resultado.

18.3 Requisitos da omissão

Em qualquer caso, a omissão exige, como aponta Pierpaolo Bottini, os seguintes requisitos: a **capacidade física de agir para evitar o resultado**, ou a "identificação da p*ossibilidade física* de evitar o resultado"[6], e o **conhecimento dos fatos que exigem que ele atue**.

São requisitos da omissão imprópria:

- **Conhecimento da situação que causa perigo**: é imprescindível, sob pena de se admitir a responsabilidade objetiva, que o sujeito tenha consciência da situação de risco ao bem jurídico.

- **Consciência de sua posição de garante (dever agir)**: também como decorrência do próprio princípio da culpabilidade, é imprescindível que o sujeito tenha consciência da sua situação, a qual leva a um dever jurídico de agir, seja ele genérico ou específico.

- **Possibilidade real, física, de impedir que o resultado aconteça, de executar a ação exigida (poder agir)**: por fim, a responsabilidade penal só pode ocorrer caso se demonstre que o agente poderia evitar o resultado. **Se ele estava impossibilitado fisicamente de agir, não se pode falar em responsabilização**, mesmo porque, em último caso, seria inexigível conduta diversa.

[6] BOTTINI, Pierpaolo. Crimes de omissão imprópria. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 43-50.

18.4 Crimes de conduta mista

Por fim, a doutrina prevê o crime de conduta mista, consistente no tipo penal em que se prevê uma ação, seguida de uma omissão, sendo que ambos os comportamentos são necessários para a sua configuração. O exemplo é o artigo 169, parágrafo único, inciso II, do Código Penal, que assim prevê:

> *Art. 169 - Apropriar-se alguém de coisa alheia vinda ao seu poder por erro, caso fortuito ou força da natureza:*
>
> *Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.*
>
> *Parágrafo único - Na mesma pena incorre:*
>
> *(...)*
>
> ***Apropriação de coisa achada***
>
> ***II - quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entregá-la à autoridade competente, dentro no prazo de quinze dias.***

Percebam a estrutura do tipo penal: quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente **[AÇÃO]**, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entregá-la à autoridade competente **[OMISSÃO]**, dentro no prazo de quinze dias. Há a ação de se apropriar (conduta comissiva), seguida da omissão de restituição ou de entrega à autoridade no prazo legal (conduta omissiva), sendo que ambas são imprescindíveis para a configuração do delito. Por essa conjugação de condutas comissiva e omissiva, a doutrina denomina referido delito de crime de conduta mista.

19. ERRO DE TIPO

Erro para o Direito Penal é a falsa percepção de algo, o engano acerca de alguma coisa. Erro de tipo, por sua vez, é a falsa percepção, pelo agente, da realidade que o cerca. Ocorre, portanto, quando o sujeito ativo se equivoca quanto ao mundo exterior, interpretando-o de forma incorreta. O erro de tipo recai sobre elementares ou circunstâncias do tipo ou outros dados acessórios. Trata-se de erro sobre uma situação da realidade que está descrita em um tipo penal.

O exemplo clássico de erro de tipo é o do sujeito que, ao chegar a uma festa, deixa seu chapéu na entrada. Na saída, vê um chapéu similar ao seu e, supondo-o ser aquele de sua propriedade, leva-o para casa. Do ponto de vista formal, o sujeito subtraiu coisa alheia móvel. Entretanto, devemos relembrar que não se admite a responsabilidade penal objetiva e o agente não possuía consciência

da elementar consistente em a coisa móvel ser “alheia”. Por sua falsa percepção da realidade, ele levou o chapéu como se fosse seu, incidindo no erro de tipo.

Lembrem-se: **o erro de tipo se refere à falsa percepção da realidade pelo agente**.

19.1 Espécies

O erro de tipo pode ser essencial ou acidental, a depender do elemento sobre o qual recai.

- **Erro de tipo essencial**: recai sobre os elementos principais do tipo penal (elementares). **O erro impede o agente de saber que está cometendo um crime**.

- **Erro de tipo acidental**: recai sobre dados da figura típica que são **irrelevantes para a configuração ou não do delito**.

Tanto o erro de tipo essencial quanto o acidental apresentam subclassificações, vejamos:



19.2 Erro de tipo essencial

O erro de tipo essencial é o que recai sobre as elementares e circunstâncias do tipo penal, impedindo o agente de saber que está cometendo uma infração penal. Possui as seguintes formas:

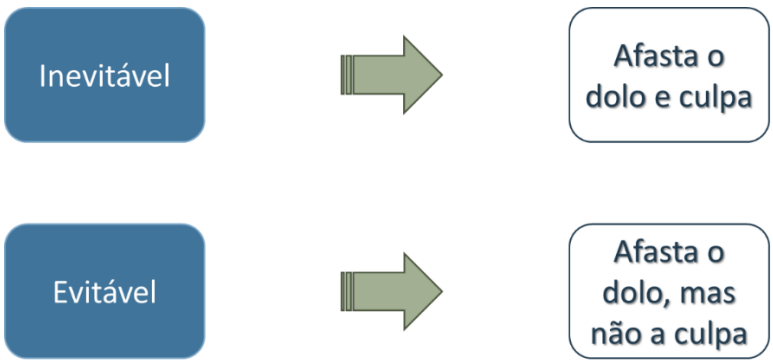
- **Erro de tipo essencial invencível, inevitável, desculpável ou escusável**: trata-se do erro imprevisível, aquele que **não poderia ter sido evitado pelo agente**. A imprevisibilidade ou invencibilidade do erro sobre uma elementar impede a caracterização da infração penal.

- **Erro de tipo essencial vencível, evitável, indesculpável ou inescusável**: é o erro previsível, que **poderia ter sido evitado pelo agente com emprego de certa diligência**. Neste caso, pune-se a culpa, caso haja previsão da figura culposa.

E como se determina se o erro é evitável ou inevitável?

A doutrina moderna considera as circunstâncias do caso concreto, **o próprio agente da conduta**. Deste modo, devem ser considerados o seu estado emocional, a sua escolaridade, os seus conhecimentos gerais e assim por diante.

ESQUEMATIZANDO



19.3 Erro de tipo acidental

O erro de tipo acidental recai sobre elementos secundários do tipo penal e não impede a configuração do crime. Possui as seguintes formas:

- **Erro de tipo sobre o objeto (*error in objecto*)**: é aquele em que o agente **confunde o objeto material**, atingindo um que é diverso daquele pretendido. Não há previsão legal, sendo tratado pela doutrina.

  Há divergências se o agente responde pelo objeto que atingiu ou pelo que pretendia atingir. A solução pode ser dada pela regra do *in dubio pro reo*, aplicando-se ao agente a punição menos gravosa.

- **Erro de tipo sobre a pessoa (*error in persona*):** é aquele em que o agente **queria atingir determinada pessoa, denominada vítima virtual, mas vem a atingir outra, chamada de vítima real**. Há um erro na representação, ou seja, o agente vê alguém e pensa se tratar de pessoa diversa. O Código Penal cuida da hipótese em seu artigo 20, § 3º, que assim dispõe:

  > *§ 3º - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.*

  Nota-se, portanto, que o Código determina que a responsabilização penal se dê conforme as características e circunstâncias envolvendo a vítima virtual, e não a real. Portanto, a configuração do delito e a correspondente dosimetria devem ser realizadas como se o agente tivesse atingido quem realmente era sua vítima desejada, a chamada vítima real.

- **Erro de tipo sobre a execução (*aberratio ictus*):** é aquele em que o agente não erra na representação, sabendo exatamente quem quer atingir com sua conduta delituosa. Entretanto, ele falha na execução do crime, por acidente ou por erro relacionado ao meio de execução. O Código Penal cuida da hipótese em seu artigo 73, nos seguintes termos:

  > *Art. 73 - Quando, **por acidente** ou **erro no uso dos meios de execução**, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.*

  A lei determina, portanto, que o agente deve responder pela vítima que queria atingir, **a vítima virtual,** e não aquela que atingiu por erro na execução. Entretanto, se o agente atingir

tanto a vítima a que visava quanto outra pessoa, deve-se aplicar a regra do artigo 70 do Código Penal, ou seja, deve responder por ambos os delitos em **concurso formal.**

- **Resultado diverso do pretendido (*aberratio criminis* ou *aberratio delicti*)**: é aquele em que o agente, por erro na execução, provoca lesão em bem jurídico diverso do pretendido.

  O Código Penal trata da hipótese em seu artigo 74:

  > *Art. 74 - **Fora dos casos do artigo anterior**, quando, **por acidente ou erro na execução do crime**, sobrevém resultado diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposo; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do art. 70 deste Código*

  Conforme a lei, no caso de *aberratio criminis*, o agente deve responder por culpa, ao produzir resultado diverso do pretendido. O erro, que faz com que o agente atinja resultado diverso do pretendido, pode ocorrer **por acidente** (um infortúnio, como a passagem de um ciclista na frente do disparo, no seu exato momento) ou **por erro na execução** do crime (falha na mira do agente, ao disparar a arma de fogo).

  Obviamente, se não houver punição a título de culpa, o fato não ensejaria responsabilização criminal, o que será discutido abaixo. Caso o agente atinja, além do resultado pretendido, outro, diverso, deverá responder por ambos em concurso formal.

  O Código Penal, no seu artigo 74, ressalva, logo de início, os casos de erro na execução, estudado acima (**"fora dos casos do artigo anterior").** Ou seja, configurado o erro na execução, seja por acidente ou por uso dos meios de execução, não será o caso regulado pelo artigo 74 do Código Penal, mas sim pelo artigo 73, que trata de *aberratio ictus*. Estudamos este instituto no item anterior.

  Portanto, **só incide o artigo 74 nos casos de *aberratio criminis* ou *aberratio delicti***, ou seja, quando o agente obtém um resultado diverso daquele que pretendia. Ele **busca praticar um delito, mas pratica outro**. Por exemplo, quer praticar o crime de dano, mas pratica lesão corporal. Como o resultado diverso do pretendido não era, por óbvio, desejado pelo agente, o Código Penal afasta o dolo, determinando a punição do agente por culpa.

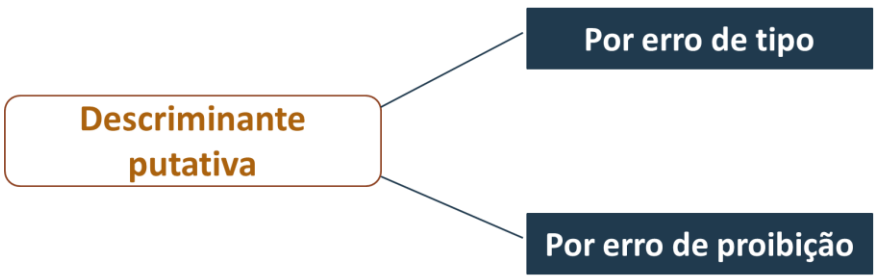
- **Erro sobre o nexo causal:** é aquele em que **o agente pratica o resultado pretendido, mas com outro nexo de causalidade**. O sujeito ativo pratica uma conduta visando à produção do resultado, mas não o atinge como imaginava. A doutrina aponta duas hipóteses:

a) Erro sobre o nexo causal em sentido estrito: o agente **só pratica um ato**, mas atinge o resultado por causa diversa da que pretendia. É o caso do sujeito que lança a vítima do alto, para que caia no mar e morra afogada, por não saber nadar. Entretanto, ela bate a cabeça numa rocha e morre com o impacto.

b) Dolo geral ou *aberratio causae*: há uma **pluralidade de atos**. O agente imagina que atingiu o resultado com sua conduta, sendo que, na sequência, pratica outra conduta e somente assim atinge o resultado. Responde pelo resultado da mesma forma, pois se entende que o dolo é geral, isto é, abrange qualquer conduta praticada pelo sujeito que está imbuído do *animus* da prática do delito, da intenção livre e consciente de praticar o resultado.

19.4 Descriminantes putativas

Para estudarmos o próximo tópico, precisamos entender dois conceitos. Primeiro, o de **descriminante**, que é uma causa excludente de ilicitude. Estudaremos as causas excludentes de ilicitude adiante, mas já vimos que ilicitude é um dos substratos (ou elementos) do conceito analítico de crime (crime é todo fato típico, ilícito e culpável). O segundo conceito é o do termo **putativa**, que deriva do latim *putare*. O verbo latino significa supor, imaginar. Putativo, portanto, é algo que se imagina, que se supõe.



Descriminante putativa por erro de tipo ocorre quando o agente imagina um fato que lhe permitiria agir sob uma excludente de ilicitude. O agente possui uma interpretação equivocada de um pressuposto fático de uma descriminante, ou seja, ele interpreta mal a realidade e, por isso, imagina que estão presentes as condições que configuram a excludente de ilicitude.

Por outro lado, há a **descriminante putativa por erro de proibição, que ocorre quando o agente interpreta a norma de forma errada, pensando que está acobertado, sem efetivamente estar.**

Se **inevitável** (desculpável ou escusável) o erro, **o agente não responde criminalmente**, ficando afastada a culpabilidade do agente (falta de potencial consciência da ilicitude). Se **evitável** (indesculpável ou inescusável), deve ter sua **pena diminuída de um sexto a um terço**.

Parte da doutrina denomina a situação de **erro de permissão ou erro de proibição indireto**. Isto porque o agente se equivoca não quanto à norma que prevê o crime (o típico erro de proibição), mas sim sobre a norma que prevê a excludente de ilicitude, a descriminante. Ele interpreta mal a norma que dispõe sobre a legítima defesa; o estado de necessidade; o exercício regular de um direito ou o estrito cumprimento do dever legal.

19.5 Erro de tipo causado por terceiro

Neste caso, o agente percebe a realidade de forma equivocada por causa de um agente provocador, que o induz a erro. O Código Penal trata da hipótese no artigo 20, § 2º:

> *§ 2º - Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.*

O agente provocador é considerado o autor mediato, figura que estudaremos adiante. Ele é aquele que se utiliza de outra pessoa para a prática do delito, devendo responder por ele. O agente provocado, por sua vez, somente responderá se tiver agido com dolo ou culpa.

20. RESULTADO

De forma genérica, resultado é o que a conduta do agente produz. É o efeito ou a consequência da ação ou omissão do sujeito ativo. De forma simples, resultado é o que o comportamento típico produz. Mais especificamente, a doutrina possui duas teorias sobre o resultado:

- **Teoria naturalística:** o resultado é a **modificação realizada no mundo exterior pela conduta**, comissiva ou omissiva, do agente. É o que a conduta produz no mundo dos fatos.
  No caso do homicídio consumado, o resultado é a morte causada pelo agente.
  Tratar da teoria mais adotada para a doutrina. Segundo tal concepção, nem toda infração penal possui resultado naturalístico.

- **Teoria jurídica ou normativa:** o resultado é a **lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico** tutelado pelo Direito Penal. Todo crime possui resultado jurídico, em razão do princípio da ofensividade, segundo o qual só se pode considerar relevante para o Direito Penal a conduta que cause significativa lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico.

No caso do homicídio consumado, por exemplo, o resultado, para a teoria normativa, é a lesão à vida, bem jurídico que a norma visa a tutelar.

Nosso Código Penal, acerca do resultado, prevê o seguinte:

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

Ainda que o Código Penal se adeque à teoria normativa, a **teoria naturalística** é muito usada pela doutrina, especialmente porque possui grande utilidade no tocante à definição da possibilidade de tentativa dos delitos. Em decorrência da **teoria naturalística**, haverá crimes que produzem resultado naturalístico, crimes que podem produzi-lo ou não e, por fim, crimes que jamais provocam modificação no mundo exterior. Em razão disso, há a seguinte classificação das infrações penais:

- ✓ **Crime material:** é aquele que prevê a produção de resultado naturalístico, sem o qual o crime não se consuma. Portanto, o resultado, consistente na produção de efeitos no mundo exterior, é imprescindível para a consumação do delito. A conduta e o resultado são realizados em momentos diferentes. O exemplo típico é o homicídio, em que o resultado morte é essencial para que o crime se considere consumado.

- ✓ **Crime formal:** é o que possui a previsão de resultado naturalístico, mas cuja produção é irrelevante para a consumação do delito. Deste modo, o crime prevê um resultado possível, mas sua ocorrência é indiferente para a sua consumação. Por isso, também é denominado de **crime de consumação antecipada**, já que esta ocorre antes de eventual resultado. As normas penais que preveem crimes formais contêm **tipos incongruentes**, assim chamados por prever que o agente visa a um resultado que não é essencial para a definição dos limites entre o delito consumado e o tentado. Ou seja, o agente deve perseguir determinado resultado, mas usa ocorrência é desnecessária para a consumação do delito. O caso típico é o da extorsão mediante sequestro. Neste caso, a obtenção ou não do resgate pelo sujeito ativo do delito não é relevante para configuração da consumação, pois o crime se consuma com o sequestro da vítima. O que se exige para que exista o crime é a intenção de obter vantagem com o sequestro, não a própria obtenção da vantagem.

- ✓ **Crime de mera conduta:** é aquele em que não se prevê a produção de resultado naturalístico. Não há menção a qualquer resultado naturalístico na norma penal incriminadora. Deste modo, não é possível que haja modificação no mundo exterior decorrente da conduta típica realizada pelo agente. São exemplos o crime de desobediência e de omissão de socorro.

Sob o critério da **teoria normativa ou jurídica**, os crimes são classificados segundo o resultado que produzem:

- ✓ **Crime de dano:** é aquele que produz um resultado consistente na lesão ao bem jurídico. Temos como exemplo o homicídio, o próprio crime de dano, o delito de lesão corporal etc.

- ✓ **Crime de perigo:** é aquele cuja ocorrência se verifica com a exposição do bem jurídico a um perigo ou risco. São considerados subsidiários, já que, havendo a intenção do agente de praticar um crime de dano, deve-se verificar, antes, se o delito de dano se configurou.
  Os crimes de perigo se subdividem, conforme a necessidade ou não de se provar a efetiva exposição do bem jurídico a um risco de dano:
  _Crime de perigo abstrato: é aquele em que o legislador presumiu de modo absoluto a ocorrência de perigo ao bem jurídico em determinada situação. Ex: tráfico de drogas.
  _Crime de perigo concreto: é aquele que, para se configurar, exige a demonstração de efetivo risco de dano ao bem jurídico. Ex; crime de incêndio.

21. NEXO CAUSAL

Conceito: é a relação de causalidade entre a conduta e o resultado. É o vínculo ou elo físico, material e natural que permite atribuir objetivamente o resultado ao comportamento do agente. O nexo causal, no que se refere ao resultado naturalístico, é relevante apenas para os crimes materiais. Nos crimes de mera conduta, não há resultado naturalístico. Nos crimes formais, o resultado é irrelevante para a consumação, por se tratar de mero exaurimento do crime.

Nos crimes omissivos, o nexo causal é **normativo**, isto é, realizado com o intermédio de uma norma que liga o resultado à conduta do agente, aquela que prevê o dever jurídico de agir. No caso de crime omissivo qualificado pelo resultado, como ocorre na omissão de socorro, é imprescindível, entretanto, que se demonstre o nexo de causalidade entre a omissão e referido resultado. O nexo etiológico, isto é, de causa e efeito, deve ser aferido entre o não impedimento do resultado pelo agente e sua efetiva ocorrência. Assim ensina Cezar Roberto Bitencourt[7].

[7] BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. Cit., 2020, p. 328-329.

Há diversas teorias para definição do nexo causal, entendido como o elo entre a conduta e o resultado naturalístico. Estudemos cada uma das teorias na sequência.

21.1 Teoria da equivalência dos antecedentes

Segundo a teoria da equivalência dos antecedentes, todo e qualquer fator que tenha contribuído para o resultado deve ser considerado sua causa. A não ocorrência de qualquer dos fatores levaria à não produção do resultado. É atribuída ao jurista Maximilian Von Buri.

Possui conexão com a teoria da *conditio sine qua non*, pensada pelo filósofo utilitarista Stuart Mill. Segundo tal teoria, **um antecedente deve ser considerado causa de algo quando, sem sua ocorrência, o resultado não seria produzido.** Referida teoria, da equivalência dos antecedentes, não estabelece diferença entre causa, condição e concausa.

Uma crítica que foi feita em relação a tal teoria seria a possibilidade de se fazer o *regressus ad infinitum*, isto é, de se buscar os antecedentes de forma infindável, inclusive antes do nascimento do agente. Deste modo, a atitude dos pais de resolverem ter um filho seria um antecedente.

21.3 Teoria da causalidade adequada

A teoria da causalidade adequada determina que só deve ser considerada causa a condição que seja idônea para produzir o resultado. Não basta que o antecedente seja uma *conditio sine qua non*, ou seja, que, sem sua ocorrência, o resultado não ocorra. É necessário que o antecedente possua **idoneidade para a produção do resultado**. Exigem-se, deste modo, **contribuição causal e idoneidade individual mínima**. Foi elaborada pelo professor alemão Johannes von Kries.

Não basta que o antecedente seja um daqueles que, se eliminados, o resultado não ocorreria. É necessário que se analise se o antecedente realmente possui idoneidade para a produção do resultado. Imaginem o ato de amor dos pais que fez nascer uma pessoa que, quando maior de idade, briga com alguém no trânsito e pratica um homicídio. O ato dos pais – ter um filho – não é um antecedente idôneo a provocar a morte de alguém anos depois. Deste modo, os antecedentes causais ficam limitados àqueles que possuam capacidade de efetivamente causar o resultado.

21.4 TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

A teoria da imputação objetiva foi concebida como uma resposta às deficiências das teorias que buscavam vincular o resultado à conduta de forma causal (ciências naturais), como a equivalência dos antecedentes. Busca trazer um novo filtro para responsabilizar um agente pelo resultado. Para além do nexo de causa e efeito entre conduta e resultado, haverá a exigência de que o agente tenha criado **um risco proibido que tenha levado à produção do resultado**.

A teoria da imputação objetiva busca dar ao nexo causal um **conteúdo jurídico**, e não só naturalístico. Não basta analisar o antecedente no modo das ciências exatas, da lei de causa e efeito. Deste modo, a análise dos antecedentes causais não deve se limitar a verificar se o antecedente foi necessário para a produção do resultado, em razão de este não ocorrer em caso de o antecedente ser eliminado, por hipótese. É imprescindível que se analise também o conteúdo jurídico do antecedente.

A teoria da imputação objetiva exige que a conduta crie um **risco não permitido** para a produção do resultado. Não é todo risco que enseja a responsabilidade penal, sendo que o fato de o sujeito presentear seu inimigo com uma experiência de *bungee jumping*. Mesmo que se trate de um esporte radical e perigoso, seu eventual falecimento, em decorrência da prática esportiva, não pode ensejar a responsabilização do sujeito por sua conduta. Ele não seria responsável mesmo que tivesse desejado que a corda se rompesse. Isto porque o risco de referida atividade esportiva é permitido socialmente, o que afasta a imputação do resultado ao sujeito.

21.5 O Nexo Causal e o Direito Penal Brasileiro

O Código Penal, em relação ao nexo causal, prevê o seguinte, no *caput* seu artigo 13:

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

Teoria da equivalência das condições

Percebe-se, da leitura do artigo 13 do Código Penal, que houve a adoção da teoria da equivalência das condições. Sua base é a chamada regra da *conditio sine qua non*, isto é, deve ser considerada causa aquele comportamento (comissivo ou omissivo) cuja ausência implicaria na não produção do resultado.

Percebam que, conforme destacado no estudo da teoria da equivalência das condições, a adoção da literalidade da norma levaria ao *regressus ad infinitum*. Poder-se-ia considerar, deste modo, que

haveria relação de causalidade entre o latrocínio e a conduta do fabricante da arma de fogo, já que, sem ela, o agente não teria acesso à arma de fogo e, deste modo, não poderia ter disparado os projéteis em direção à vítima de sua subtração.

Concausas

É possível que mais de uma causa auxilie na produção do resultado, bem como que uma concausa o produza de forma total e absolutamente independente. Concausas, portanto, são antecedentes causais de um mesmo resultado, são comportamentos cuja não ocorrência eliminaria o resultado.

Essas condições podem ser **preexistentes, concomitantes ou supervenientes**, conforme a ordem cronológica de sua ocorrência. A concausa pode ocorrer, em relação ao comportamento do agente (ação ou omissão), antes, ao mesmo tempo ou depois.

Podem ser, ainda, **absolutamente ou relativamente independentes**:

Absolutamente independentes: a causa do resultado não se origina, direta ou indiretamente, da conduta. Possuem origem totalmente diversa. **Rompem o nexo causal**.

Relativamente independentes: a causa do resultado não se situa na linha de desdobramento causal da conduta. Entretanto, origina-se, mesmo que indiretamente, da conduta do agente. A **causa relativamente independente, em regra, não rompe o nexo causal**.

O parágrafo primeiro do artigo 13, do Código Penal, estipula o seguinte a respeito das concausas:

"A superveniência de causa relativamente independente **exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado**; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou".

Causa relativamente independente superveniente que por si só causa o resultado

Existe, portanto, uma possibilidade de uma **causa relativamente independente romper o nexo causal**, excluindo a imputação. Ela deve:

- **Ser superveniente;**
- **Produzir por si só o resultado**.

Imaginemos um sujeito que foi ferido em uma briga de bar e, por isso, está em uma ambulância. No caminho para o hospital, cai um meteoro e destrói a ambulância, provocando sua morte. Apesar de exagerado, o exemplo quer mostrar que a queda de um meteoro não estava na linha natural de acontecimentos e, por isso, essa concausa rompe o nexo causal e produz, sozinha, o resultado.

Grande parte da doutrina vem defendendo que, apesar de adotada a **teoria da equivalência dos antecedentes como regra**, conforme prevê o artigo 13, *caput*, do Código Penal, o parágrafo primeiro teria trazido, **excepcionalmente, a aplicação da teoria da causalidade adequada**.

Logo, a causa absolutamente independente sempre rompe o nexo causal. No caso das concausas **relativamente independentes, só haverá o rompimento do nexo causal se ela for superveniente e produzir, por si só o resultado.**

22. TIPICIDADE

Tipicidade é **o enquadramento ou a sobreposição total de uma conduta praticada no mundo dos fatos ao tipo legal, molde descritivo da lei penal**. Ou seja, há uma conduta praticada no mundo dos fatos, na vida real. De outro lado, existe uma hipótese de incidência na lei penal incriminadora, chamado de tipo penal. O encaixe ou a subsunção entre os fatos e o tipo penal consiste na tipicidade.

22.1 Espécies de tipicidade



Como já dito, a doutrina diverge sobre a conceituação de tipicidade, qual a correspondência deve haver entre o fato da realidade e a lei penal incriminadora para sua configuração, havendo diversas correntes:

- **Doutrina Tradicional**: tipicidade consiste na subsunção do fato ao tipo penal. É como um encaixe de uma peça do brinquedo ®Lego, basta a correspondência formal entre o tipo penal e a conduta do agente, os fatos da realidade. É chamada de **tipicidade formal**.

- **Doutrina Moderna**: a tipicidade possui um aspecto formal e um material. A tipicidade formal é a subsunção entre os fatos da realidade e o tipo penal previsto na lei penal incriminadora. A tipicidade material consiste em um juízo de valor, referente à relevância da lesão ou ameaça de lesão.

  Como estudamos no tópico sobre princípios, o **princípio da insignificância** ou da bagatela própria afasta a tipicidade material, quando a conduta acarreta lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico sem relevância alguma. Portanto, para essa teoria, mais atual, só **é típico o fato que apresenta tipicidade formal e tipicidade material**, de forma concomitante.

- **Teoria da Tipicidade Conglobante**: esta teoria, elaborada pelo jurista Eugenio Raul Zaffaroni, entende que o fato típico engloba **a tipicidade formal, a tipicidade material e a antinormatividade do fato**. Não basta que haja a tipicidade formal (subsunção do fato à norma) e a tipicidade material (relevância da lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico). É necessário que o fato praticado contrarie o ordenamento típico como um todo. O eminente Zaffaroni defende que, se um fato for permitido pela Constituição ou incentivado, fomentado pelo ordenamento jurídico, mesmo que por lei não penal, não pode ser considerado, ao mesmo tempo, como típico. A conduta do agente não pode ser, por um lado, incentivada ou permitida por um ramo do Direito e, de outro, considerada típica. Esta teoria busca uniformizar o Direito Penal e, além disso, o próprio ordenamento jurídico como um todo.

  Deste modo, as causas de exclusão da ilicitude referentes ao estrito cumprimento do dever legal, ao exercício regular do direito, ao menos se o direito for previsto na Constituição, deixam de integrar a tipicidade formal, passando a se localizar no âmbito da antinomatividade. Sendo assim, **temos um esvaziamento do elemento ilicitude para apenas constar, em regra, como suas excludentes, a legítima defesa e o estado de necessidade**.

  Deste modo, uma lesão praticada em uma luta de boxe, dentro das regras da competição, sequer seria típica, já que o esporte é permitido e fomentado pelo Estado. Não cabe pensar em ilicitude nem mesmo analisar a culpabilidade. Assim, sequer chegaríamos à análise sobre a prática esportiva consistir em exercício regular de um direito, já que, de plano, a conduta não poderia ser considerada típica.

23. ILICITUDE

Passamos, então, ao estudo da ilicitude, o segundo substrato do conceito analítico de crime.

23.1 Conceito de ilicitude

A ilicitude, também denominada antijuridicidade, **é a análise de conformidade ou não com o ordenamento jurídico**. Ou seja, verifica-se, neste substrato do conceito analítico de crime, se a conduta típica [primeiro substrato do conceito analítico de crime] é permitida pelo ordenamento jurídico ou se é contrária a ele [segundo substrato do conceito analítico do crime].

De modo geral, podemos concluir que a ilicitude é o choque entre a conduta e o ordenamento jurídico. É o segundo elemento do conceito analítico do crime, conforme a teoria tripartida:



Como visto acima, a tipicidade, que é elemento do fato típico, possui relação com a ilicitude. Adotada a **teoria da *ratio cognossendi* ou a fase do caráter indiciário do tipo**, vimos que há uma presunção de que o fato típico é ilícito. Praticado um fato típico, presume-se que ele contraria o ordenamento jurídico, a não ser que haja uma causa excludente de ilicitude:



Portanto, pelo entendimento tradicional da doutrina, se há fato típico, presume-se que há um comportamento, comissivo ou omissivo, contrário ao ordenamento jurídico, ou seja, ilícito.

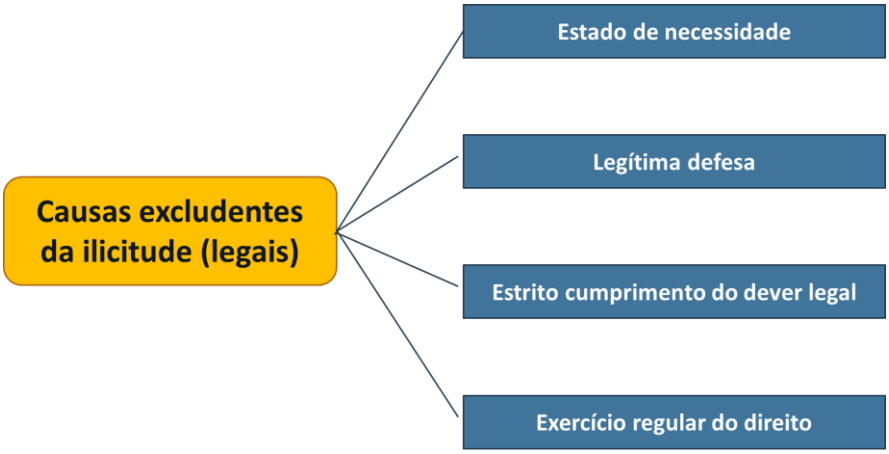
24. CAUSAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE

Como estudado, quando se tem um fato típico, presume-se configurada a ilicitude, em razão do caráter indiciário da tipicidade. Deste modo, só ficará afastada a ilicitude se demonstra a existência de alguma causa excludente de ilicitude. As causas excludentes de ilicitude também podem ser denominadas de **descriminantes** ou de **justificantes**. O artigo 23 do Código Penal as elenca:

> *Art. 23 - **Não há crime** quando o agente pratica o fato:*
>
> *I - **em estado de necessidade**;*
>
> *II - **em legítima defesa**;*
>
> *III - **em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito**.*

Presente alguma das situações acima elencadas, fica afastada a ilicitude do fato típico, ou seja, ele passa a não contrariar a ordem jurídica. A causa excludente de ilicitude torna a conduta compatível

com a ordem jurídica. Essas causas excludentes de ilicitude, por possuírem previsão expressa no Código Penal, são chamadas de causas legais:



24.1 Estado de necessidade

Estado de necessidade é **a causa excludente de ilicitude que se manifesta na colisão entre dois interesses jurídicos colocados em perigo, sendo necessário o sacrifício de um para salvar o outro, por quem não provocou a situação de perigo nem tenha o dever legal de enfrentá-lo**.

Percebam que o sacrifício deve ser **necessário**. Se for possível que o agente fuja e evite o perigo, essa deve ser sua opção, pois referida possibilidade afasta a necessidade de sacrifício do bem jurídico. **São dois bens jurídicos em perigo, sendo que um deles precisa ser sacrificado**.

Segundo a doutrina majoritária, o Código Penal adotou a teoria unitária, segundo a qual o estado de necessidade é sempre causa excludente da ilicitude, em seu artigo 24:

> *Art. 24 Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.*
>
> *§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.*

Quanto à inexigibilidade do sacrifício, a ausência deste elemento afasta o estado de necessidade. Entretanto, se o sacrifício do bem protegido pelo agente era razoavelmente exigível, há previsão de **uma causa de diminuição de pena** no artigo 24, § 2º, do CP:

> *§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.*

Logo, ainda que não configure a excludente de ilicitude, a atuação do agente para salvar do perigo um bem, cujo sacrifício era razoável exigir, pode ensejar a incidência de uma minorante, ou seja, de uma causa de diminuição de pena.

24.2 Legítima defesa

Legítima defesa é a **causa excludente de ilicitude que acoberta a conduta de repelir, de si mesmo ou de outrem, uma injusta agressão, atual ou iminente**. Neste caso, há uma injusta agressão, a qual torna lícita a conduta que visa a neutralizar tal agressão. Segundo Giuseppe Maria Bettiol, é uma exigência natural a previsão da legítima defesa como excludente de ilicitude. Como o Estado não pode sempre garantir a segurança dos seus cidadãos, necessita permitir que se defendam de agressão injusta se não houver outro meio de se salvar.

O Código Penal trata da legítima defesa no artigo 25:

> *Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.*

A Lei 13.694/2019 inseriu o parágrafo único ao artigo 25 do Código Penal, de seguinte teor:

> *Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.*

Buscou-se destacar uma situação, por razões eminentemente políticas, **que já estava obviamente abrangida pela legítima defesa**, que se configura justamente quando há a necessidade de se repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito de outrem.

24.3 Estrito Cumprimento do Dever Legal

O estrito cumprimento do dever legal é **a causa excludente de ilicitude que abrange a conduta de alguém que realiza um fato típico no cumprimento estrito de um dever previsto em lei**. É a situação em que alguém cumpre um dever imposto pela lei, dentro dos limites por ela determinados.

O dever legal é aquele imposto pela lei, não se podendo confundir com dever moral ou religioso. Referido dever pode, entretanto, constar de sentença, de decreto ou de qualquer ato normativo infralegal, desde que possua base legal. O cumprimento de tal dever **deve ser estrito**, isto é, não abrange excessos ou desvios.

24.4 Exercício Regular de um Direito

O exercício regular de um direito é a causa excludente de ilicitude que abrange a conduta de qualquer cidadão que é autorizada por lei, que constitui uma prerrogativa legal, desde que exercida com regularidade. Deve-se entender direito como o que é previsto em lei penal ou extrapenal. Tal direito pode constar, ainda, de atos infralegais, como as normas de poder de polícia.

A doutrina aponta como alguns exemplos de exercício regular de um direito os seguintes: Retenção da coisa alheia para ressarcimento de benfeitorias úteis e necessárias (Art. 1219, CC); Castigo moderado dos filhos como meio de dirigir a educação (art. 1634, I, CC; com atenção ao art. 18-A, ECA); Imunidade judiciária (art. 142, I, CP – crimes contra a honra) etc.

24.6 Causas Supralegais de Exclusão da Ilicitude

Há discussão doutrinária sobre a possibilidade de se reconhecerem causas supralegais de exclusão da ilicitude. A controvérsia envolve, por exemplo, a questão do consentimento do ofendido e sua natureza jurídica, o que é aceito pela maioria atualmente, apenas quando bem jurídico for disponível e a vítima puder dispor dele, como no caso do crime de dano ou de furto.

24.7 Excesso Punível

A conduta acobertada por uma excludente da ilicitude deve ser praticada com razoabilidade, dentro dos limites da lei. Caso contrário, configurar-se-á o excesso, que deve ser punido no âmbito penal. Sobre o tema, prevê o artigo 23 do Código Penal:

> *Excesso punível*
>
> *Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso **doloso ou culposo**.*

O excesso punível pode ser intensivo ou extensivo. **Excesso intensivo** é aquele que se relaciona com os **meios utilizados** para repelir a agressão ou ao grau de sua utilização. **Excesso extensivo**, por sua vez, se configura quando a conduta para repelir a agressão **se prolonga no tempo** em período superior ao da própria agressão. Por fim, cumpre destacar que o excesso pode ser **doloso ou culposo**.

25. CULPABILIDADE

25.1 Conceito de culpabilidade

Culpabilidade **é o juízo de reprovação ou censura**, consistindo no terceiro substrato do conceito analítico de crime, consoante preconiza a teoria tripartida. A própria palavra "culpado" já traz o sentido usual de responsabilização de alguém por um fato que se reprova. Cuida-se do terceiro e último substrato do conceito analítico de crime, de acordo com o entendimento da teoria tripartida:



25.2 A teoria adotada sobre a culpabilidade

As teorias da culpabilidade dizem respeito à sua definição e aos elementos que a compõem. O estudo da culpabilidade foi se alterando, conforme a doutrina passou a conceber a ação ou a conduta de forma diversa.

Teoria normativa pura ou extremada da culpabilidade: foi elaborada com o advento da teoria finalista da conduta, preconizada por Welzel. A teoria finalista passa a entender que a conduta humana é o exercício de uma atividade final, ou seja, funde na conduta a vontade e a finalidade. Com isso, o dolo e a culpa passam a integrar o fato típico, deixando de ser elemento da culpabilidade. Esta foi a grande modificação na teoria da ação que vai influenciar diretamente a concepção da culpabilidade, por desprovê-la do elemento psicológico, ou seja, do dolo e da culpa. Com a migração do dolo e da culpa para o fato típico, restam como elementos da culpabilidade a imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência da ilicitude.

Entretanto, **o Código Penal teria adotado a vertente limitada dessa teoria, também chamada simplesmente de teoria limitada da culpabilidade**. Sua diferenciação com a teoria normativa pura (vertente extremada) se restringe à **natureza jurídica das descriminantes putativas sobre os fatos**,

ou seja, aquelas que decorrem da incorreta percepção da realidade pelo agente. O **erro sobre os fatos, nas descriminantes putativas, é tratado como erro de tipo**. Ou seja, o erro sobre os pressupostos fáticos, sobre a realidade, que faz o agente pensar estar acobertado por uma excludente de ilicitude, deve ser tratado como erro de tipo. Por sua vez, **se o agente acreditar estar acobertado por uma causa excludente da ilicitude por incorreta interpretação da norma, temos uma descriminante putativa por erro de proibição ou um erro de proibição indireto**. Também pode ser denominado de erro de permissão.

Esta é a teoria adotada pelo Código Penal, segundo a maior parte da doutrina, conforme se depreende das leituras dos seus artigos 20, § 1º, e 21:

> *Erro sobre elementos do tipo*
>
> *Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.*
>
> *Descriminantes putativas*
>
> *§ 1º - **É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo**.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. **O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.***
>
> *Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.*

25.3 Elementos da culpabilidade

Como vimos, o Código Penal adota a teoria limitada da culpabilidade, que possui os mesmos elementos da teoria normativa pura. Deste modo, seus elementos são:

- Imputabilidade;
- Potencial consciência da ilicitude;
- Exigibilidade de conduta diversa.

25.3.1 - Imputabilidade

A imputabilidade é a **capacidade de se atribuir a alguém a responsabilidade por uma conduta típica e ilícita**. Podemos denominá-la de capacidade de culpabilidade, pois significa que o agente que praticou determinada conduta pode ser responsabilizado por ela. Podemos conceituar vincular a imputabilidade à **capacidade de compreender o caráter ilícito da conduta e determinar-se conforme esse entendimento**.

A imputabilidade é presumida em relação a todos os sujeitos, sendo excluída se demonstrada uma causa excludente da culpabilidade. Então, **em regra, todo agente é imputável.**

Há alguns critérios que podem ser adotados para a aferição da culpabilidade:

- ✓ **Biológico**: a imputabilidade é aferida de acordo com o desenvolvimento mental, levando em conta eventual doença mental ou a idade do indivíduo.

- ✓ **Psicológico**: determina que a imputabilidade deve ser constatada a partir da capacidade de entendimento e autodeterminação da pessoa, isto é, de sua capacidade de compreender o caráter ilícito do fato e de se comportar de acordo com esse entendimento.

- ✓ **Biopsicológico**: é o critério que combina os dois anteriores. Consideram-se, para determinação da imputabilidade, tanto a condição mental quanto a capacidade de entendimento e autodeterminação do sujeito.

Como regra, o Código Penal adota o critério biopsicológico.

Quanto à menoridade, usa o critério biológico

25.3.2 - Potencial consciência da ilicitude

A potencial consciência da ilicitude é a **capacidade do agente de compreender que sua conduta é reprovável**. Exige-se que o agente seja capaz de entender, ao tempo da sua ação ou omissão, que sua conduta viola a norma jurídica, sendo censurável pela sociedade em que vive.

Não se exige que se comprove que o agente compreendeu, ao tempo do crime, que é o da sua conduta, o caráter ilícito do que praticava. **Basta que seja plenamente capaz de compreender, ou seja, que se demonstre de que naquele momento era capaz de compreender o caráter ilícito do que praticava**.

Não devemos confundir a exigência de potencial consciência da ilicitude com a possibilidade de o agente declarar que desconhecia a lei. A ignorância a respeito da existência da lei, também chamada

de ***ignorantia legis***, não é causa de exclusão da culpabilidade, pois, como diz o adágio latino, *ignorantia legis neminem excusat*, ou seja, a ignorância da lei não escusa ninguém.

25.3.3 - Exigibilidade de conduta diversa

Exige-se, para que o agente seja culpável, que tenha a possibilidade de atuar de acordo com o que o ordenamento jurídico prescreve, o que deve ser analisado no momento da prática do crime, ou seja, da sua ação ou omissão (teoria da atividade). Só se pode reprovar a conduta de quem tinha condições, ao tempo de sua conduta, de agir de modo diverso. Se não for possível exigir do sujeito um comportamento diferente, sua ação ou omissão não é reprovável e, deste modo, fica afastada a sua culpabilidade. Não se deve punir condutas que não poderiam ser evitadas. Referidos comportamentos não se submetem à reprovabilidade penal. Se o sujeito não podia agir de modo diferente, não se pode fazer um juízo de censura sobre sua conduta.

25.4 Causas excludentes da culpabilidade

Vamos, então, estudar as causas que excluem a culpabilidade, também denominadas de **exculpantes** ou **dirimentes**. São as hipóteses de inimputabilidade; o erro de proibição; a coação moral irresistível e a obediência a ordem não manifestamente ilegal. Além disso, enfrentaremos o tema sobre a possibilidade de reconhecimento de causas supralegais, ou seja, não previstas expressamente na lei, que excluam a culpabilidade.

25.4.1 - Inimputabilidade

A inimputabilidade, conforme se nota da própria denominação, é a exculpante relacionada à falta de imputabilidade. A imputabilidade pode ser afastada em virtude das seguintes causas:

- ✓ Doença mental ou anomalia psíquica;
- ✓ Desenvolvimento mental incompleto;
- ✓ Desenvolvimento mental retardado e
- ✓ Embriaguez completa, decorrente de caso fortuito ou força maior.

- **Doença mental ou anomalia psíquica:** é a anomalia ou perturbação que atinge o aspecto mental ou psíquico do sujeito. Essa situação que acomete o agente o impede de compreender o caráter ilícito do que faz ou de determinar-se de acordo com o seu entendimento.
O Código Penal prevê essa hipótese no seu artigo 26, *caput*:

> *Inimputáveis*
>
> *Art. 26 - É **isento de pena** o agente que, **por doença mental** ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, **era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.***

Com relação a esta causa de inimputabilidade, o Código Penal adotou o **critério biopsicológico**. Isto porque não basta a doença mental. É necessário, concomitantemente, que ela elimine a capacidade de entender e de querer.
O inimputável por doença mental deve ser processado e, ao final, o juiz profere uma **sentença absolutória imprópria**. Isto é, apesar de absolvido, será imposta uma sanção penal, consistente em **medida de segurança**, que pode ser de tratamento ambulatorial ou de internação em hospital psiquiátrico de custódia e tratamento psiquiátrico.
É possível, ainda, que a anomalia mental ou psíquica não retire totalmente a capacidade do sujeito de entender que sua conduta é ilícita e se determinar de acordo com essa compreensão. Pode ser que o estado mental do sujeito não o deixe plenamente incapaz de entender e de querer. Neste caso, ele é chamado **semi-imputável ou fronteiriço**. O parágrafo único do artigo 26 do Código Penal prevê a redução de pena, de um a dois terços, para esses casos:

> *Redução de pena*
>
> *Parágrafo único - **A pena pode ser reduzida de um a dois terços**, se o agente, **em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento**.*

- **Desenvolvimento mental retardado:** é o estado mental que não guarda proporção com a idade cronológica do agente. Verifica-se quando o sujeito não se desenvolveu, no âmbito mental, como seria esperado para o seu estágio físico de vida.
As consequências e características são as mesmas para o caso acima estudado, de doença mental ou anomalia psíquica.
O critério adotado pelo Código Penal foi o **biopsicológico**. O sujeito deve ser denunciado, processado e ao final sofrer uma **absolvição imprópria**. Isto é, deve ser imposta a ele uma medida de segurança, baseada em sua periculosidade (o agente, por ser inimputável, não apresentou conduta dotada de culpabilidade).

- **Desenvolvimento mental incompleto:** é a inimputabilidade em razão da idade. Considera-se aqui o desenvolvimento das faculdades mentais ainda não ter se concluído, em razão da idade do sujeito. Alguns autores também entendem que o desenvolvimento mental pode não ter se completado em razão da falta de convívio social, o que seria o caso dos indígenas, que analisaremos adiante.
- No caso da inimputabilidade em razão da **idade**, a Constituição da República adotou o **critério exclusivamente biológico**. Não importa se o sujeito já tem capacidade de compreender e de querer, caso não tenha atingido a idade mínima estabelecida para se atingir o grau de maturidade, que foi fixada de forma absoluta. Se o agente for menos de 18 anos de idade, será sempre inimputável. É o que prevê o artigo 228 da nossa Lei Fundamental:

> *Art. 228. **São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos**, sujeitos às normas da legislação especial.*

O Código Penal possui norma de teor similar:

> *Menores de dezoito anos*
>
> *Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.*

O menor de idade estará sujeito, contudo, às normas do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que assim dispõe:

> *Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.*

- **Embriaguez completa, decorrente de caso fortuito ou força maior:** a embriaguez, quando completa, desde que decorrente de caso fortuito ou força maior, afasta a imputabilidade do agente. Neste caso, considera-se que o agente não tinha a capacidade de entender e de querer nem no início de sua ação, quando ingeriu a substância que o entorpeceu, nem quando realizou efetivamente a conduta típica. Isto porque a própria embriaguez decorreu de caso fortuito ou força maior, ou seja, foi acidental.

  Neste caso, **o sujeito não recebe sanção penal**, por não haver previsão de imposição neste caso. Se processado, o sujeito deve ser absolvido, pois a ausência de culpabilidade impede a configuração do crime.

- ✓ **Entretanto, como se pode punir um sujeito que, ao tempo da ação ou da omissão, estava embriagado? É possível considerá-lo imputável?**

A tal respeito, há a **teoria da *actio libera in causa***, tratada, dentre outros, pelo jurista Samuel von Pufendorf. Segundo essa teoria, devemos considerar a consciência do agente quanto ao ato anteriormente praticado, consistente na decisão de ingerir a substância alcoólica, seja visando ao estado de embriaguez, seja de forma culposa. O ato posterior, de prática do delito, decorre do ato anterior, que foi praticado com consciência e imputabilidade.

A emoção e a paixão

O Código Penal é expresso ao determinar que a paixão e a emoção não tornam o sujeito inimputável. Deste modo, subsiste a responsabilidade penal se o sujeito estiver acometido por um deles. A emoção é um estado passageiro e súbito, abrangendo a ira. A paixão, por sua vez, é um estado mais perene e contínuo, lento. É comum, infelizmente, a notícia de crimes passionais, como assassinatos de ex-cônjuges.

Vejamos o que prevê o Código Penal no seu artigo 28, inciso I:

> *Art. 28 -* ***Não excluem a imputabilidade penal:***
>
> ***I - a emoção ou a paixão****; (...)*

25.4.2 - Erro de proibição

A causa excludente da culpabilidade que se refere à falta de potencial consciência da ilicitude é o erro de proibição. O **erro de proibição** é a incorreta interpretação da norma pelo agente, que o impede de entender que sua conduta está abrangida pela vedação da norma. É o erro sobre a reprovabilidade ou a proibição de sua conduta.

Cumpre recordar que não há exclusão da culpabilidade em razão de se alegar ignorância sobre a existência da lei. A chamada ***ignorantia legis*** não é causa de exclusão da culpabilidade no tocante aos crimes. A única possibilidade de exclusão da infração penal se limita às contravenções penais, por previsão expressa no artigo 8º da Lei das Contravenções Penais. Quando aos crimes, a *ignorantia legis neminem excusat*, ou seja, a ignorância da lei não escusa ninguém. **O desconhecimento da lei serve apenas como atenuante da pena.**

O erro de proibição, consistente na má interpretação da norma pelo agente, que o leva a não compreender que sua conduta é censurável, pode ser direto ou indireto:

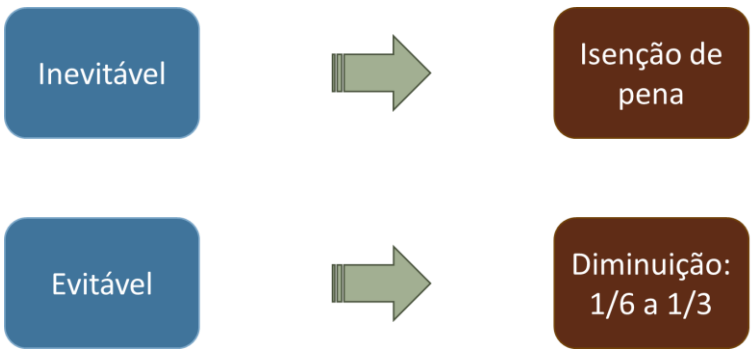
- ✓ **O erro de proibição direto** é aquele em que o agente interpreta a própria norma penal de forma incorreta, imaginando que sua conduta não é alcançada pela lei penal incriminadora.

- ✓ O **erro de proibição indireto**, também denominado **descriminante putativa por erro de proibição** ou **erro de permissão**, que ocorre quando o agente interpreta a norma que prevê uma excludente de ilicitude de forma errada, pensando que está acobertado, sem efetivamente estar.

Vejamos como dispõe o Código Penal:

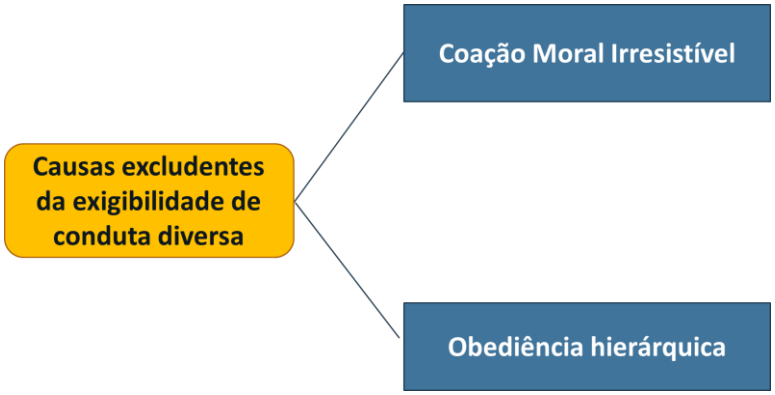
> *Erro sobre a ilicitude do fato*
>
> *Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável.* ***O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço****.*
>
> *Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.*

Se o erro for **inevitável, desculpável ou escusável**, o agente não responde criminalmente. Há isenção de pena, por falta de potencial consciência de ilicitude e, por consequência, ausência da culpabilidade. Caso o erro seja **evitável, indesculpável ou inescusável**, a pena deve ser diminuída de um sexto a um terço. O erro é evitável se ele poderia ter sido evitado com maior diligência.



25.4.3 - Coação Moral Irresistível

A exigibilidade de conduta diversa é um dos elementos da culpabilidade. Não se pode exigir conduta diversa do agente quando ele age sob coação moral irresistível ou em razão de obediência hierárquica. Vejamos no esquema abaixo as duas hipóteses legais de inexigibilidade de conduta diversa:

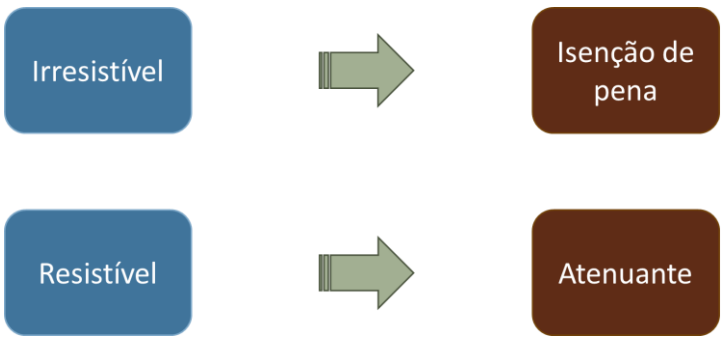


A **coação moral irresistível** é o **emprego de grave ameaça para que determinada pessoa atue, de forma dolosa ou culposa**, conforme se ordena a ela. É o emprego da chamada *vis relativa*, a promessa de realizar algum mal ao sujeito, o que o leva a se submeter à vontade de outrem.

A coação moral deve ser irresistível, ou seja, aquela à qual o agente só pode sucumbir. Caso o agente possa não ceder ou resistir à ameaça, a coação moral será considerada resistível, o que não exclui a culpabilidade. Não se deve confundir com a coação física irresistível, que exclui a própria conduta. O Código Penal assim prevê:

> *Coação irresistível e obediência hierárquica*
>
> *Art. 22 - **Se o fato é cometido sob coação irresistível** ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, **só é punível o autor da coação ou da ordem**.*

Em suma, são as consequências da **coação moral**, caso seja resistível ou irresistível:

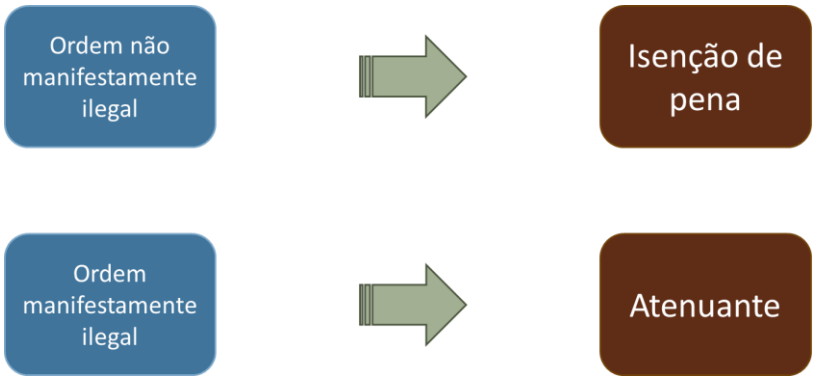


25.4.4 - Obediência hierárquica

A exigibilidade de conduta diversa também pode ser afastada em caso de obediência hierárquica. Essa excludente da culpabilidade incide quando o agente **age sob uma ordem, proferida por uma superior hierárquico, que não seja manifestamente ilegal**. O artigo 22 do Código Penal trata do assunto:

> *Coação irresistível e obediência hierárquica*
>
> *Art. 22 - **Se o fato é cometido** sob coação irresistível ou **em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem**.*

Percebam que deve ser responsabilizado **o superior hierárquico**, como autor da ordem, pela conduta praticada pelo subordinado. **Assim como no caso da coação, o autor é considerado mediato**, ou seja, aquele que atua por trás, usando de uma pessoa sem culpabilidade (por coação moral irresistível ou obediência hierárquica. A autoria mediata deve ser estudada na aula sobre concurso de pessoas.



25.4.5 - Causas supralegais de exclusão da culpabilidade

Existe controvérsia na doutrina a respeito da possibilidade de reconhecimento de outras causas dirimentes além das previstas expressamente em lei. Parte da doutrina as admite:

Desobediência Civil: é a conduta de se insurgir contra a ordem estabelecida para luta por um direito humano ou fundamental.
Cláusula de consciência: é a justificativa para descumprimento de determinado dever com base religiosa, moral ou filosófica. Baseia-se na crença do agente, justificando sua conduta de contrariar a ordem jurídica: ele se confronta entre a lei e a sua crença.
Situação financeira da sociedade empresária e crimes tributários: a situação financeira de uma determinada pessoa jurídica tem sido invocada para justificar o não recolhimento de determinados tributos.

Assim, finalizamos a primeira aula do nosso curso. Passemos às questões para praticar o conteúdo aprendido.

26. LISTA DE QUESTÕES SEM COMENTÁRIOS

1. Consulplan/TJ-MG/2019

Qual a consequência jurídica do erro de tipo permissivo (erro sobre a descriminante putativa) plenamente justificado pelas circunstâncias?

a) Exclui a culpabilidade.

b) Reduz a pena de 1/6 a 1/3.

c) Exclui o dolo, mas permite punição por culpa.

d) Permite a punição por crime culposo, sem exclusão do dolo.

2. Consulplan/TJ-MG/2019

A norma penal incriminadora é formada basicamente por dois preceitos: o preceito primário (ou *preceptum juris*), em que se prevê a conduta abstrata que a sociedade pretende punir, o preceito secundário (ou *sanctio juris*), em que se fixa a sanção penal correspondente. As normas que necessitam de complementação no preceito secundário, por não trazerem a cominação da pena correspondente à prática da conduta típica são chamadas de normas penais:

a) Explicativas.

b) Em branco homogêneas.

c) Em branco heterogêneas.

d) Imperfeitas (ou incompletas *strictu sensu*).

3. Consulplan/TJ-MG/2019

"Pode-se afirmar que constitui verdadeira barreira ao abuso da intervenção punitiva do Estado, evitando-se o exagero da utilização desmedida do Direito Penal como agente solucionador de conflitos e panaceia de todos os males. Busca restringir o âmbito de atuação do Direito Penal às situações realmente relevantes, em que a ação do Estado seja necessária e outros ramos do

Direito não sejam capazes de dar solução adequada ao conflito.” Tal assertiva relaciona-se com o Princípio da:

a) Lesividade.

b) Legalidade.

c) Culpabilidade.

d) Intervenção mínima.

4. Consulplan/TJ-MG/2019

Quanto à teoria do erro em Direito Penal, assinale a opção correta.

a) O erro de proibição indireto incide sobre causas de justificação.

b) O erro de subsunção constitui hipótese de erro de tipo essencial.

c) A *aberratio criminis* e a *aberratio ictus* constituem hipóteses de erro de proibição indireto.

d) O erro de tipo permissivo possui consequência de erro de tipo essencial, quando plenamente justificado pelas circunstâncias.

5. IESES/TJ-SC/2019

Quanto à aplicação da lei penal e processual penal no tempo e no espaço, é INCORRETO afirmar:

a) Com relação ao lugar do crime, para efeito de aplicação da lei brasileira e sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, o Código Penal adotou a teoria da ubiquidade, nos termos do seu art. 6º, considerando praticado o delito no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.

b) Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro, os crimes praticados contra o patrimônio da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público, ainda que o agente tenha sido absolvido no estrangeiro.

c) Com relação ao tempo do crime, o Código Penal adotou, nos termos de seu art. 4º, a teoria da atividade, considerando praticado o delito no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado.

d) Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela os efeitos penais da sentença condenatória, salvo se já transitada em julgado.

6. IESES/TJ-SC/2019

A respeito das causas excludentes de culpabilidade e de ilicitude previstas no Código Penal, é INCORRETO afirmar:

a) Entende-se em legítima defesa apenas quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, à sua integridade física ou de outrem.

b) A embriaguez, mesmo completa, não exclui a imputabilidade penal, se voluntária ou mesmo culposa. Se preordenada, enseja ainda a aplicação de agravante genérica na segunda fase da dosimetria da pena.

c) A coação moral irresistível exclui completamente a culpabilidade do agente que pratica a conduta típica, sendo punível apenas o autor da coação, embora, no caso de coação resistível, seja punível o agente que, coagido, praticou a conduta, cabendo, nessa segunda hipótese, a aplicação de atenuante genérica na segunda fase de dosimetria da pena.

d) Considera-se em estado de necessidade, o qual exclui a ilicitude, apenas quem pratica o fato típico para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. Se, porém, era razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

7. CESPE/TJDFT/2019

Considerando a relação causal entre conduta e resultado típico, assinale a opção correta.

a) A concausa preexistente absolutamente independente reforça o nexo entre a ação do agente e o resultado, não retirando a consumação do crime praticado pelo ofensor.

b) A causa superveniente relativamente independente não exclui a imputação do fato ao agente, ainda que tenha produzido o resultado por si só.

c) A teoria da imputação objetiva prevê que não haverá nexo de causalidade se o agente atuar dentro do risco permitido, mesmo que a sua conduta gere resultado previsto em lei como crime.

d) A causa preexistente relativamente independente à conduta do agente não configura o nexo causal da ação do sujeito ativo e, por isso, exclui a imputação do resultado.

e) A teoria naturalística, adotada em caso de omissão, dispõe que não há relevância causal entre a conduta omissiva do garantidor e o resultado material ocorrido quando ele poderia e deveria agir.

8. CESPE/TJDFT/2019

Acerca das regras de territorialidade e de extraterritorialidade da lei penal, assinale a opção correta.

a) Crime de genocídio praticado fora do território brasileiro poderá ser julgado no Brasil quando cometido contra povo alienígena por estrangeiro domiciliado no Brasil.

b) O brasileiro que praticar crime em território estrangeiro poderá ser punido, devendo ser aplicada ao fato a lei penal brasileira, ainda que o agente não mais ingresse no Brasil.

c) Crime contra a administração pública nacional praticado no exterior ficará sujeito à lei brasileira quando o agente criminoso que estava a serviço da administração regressar ao Brasil.

d) Crime praticado em embarcação de propriedade de governo estrangeiro, quando se encontrar em mar territorial brasileiro, ficará sujeito à lei penal brasileira.

e) Crime praticado em aeronave brasileira de propriedade privada em território estrangeiro não se sujeita à lei penal brasileira, mesmo que não seja julgado no exterior.

9. CESPE/TJDFT/2019

A respeito de características do direito penal, assinale a opção correta.

a) Segundo o direito penal, é possível incriminar a simples conduta humana que exponha a perigo bens jurídicos, ainda que não exista vítima determinada e direta.

b) O direito penal tem os princípios como fontes de integração da lei penal, que devem ser utilizados em caso de omissão legislativa, mas cuja aplicação é vedada para desfavorecer o réu.

c) De acordo com o direito penal, a aplicação de nova lei, no caso de esta estabelecer nova causa de diminuição de pena e nova causa de aumento para um tipo penal incriminador existente, deve ser afastada a fato ocorrido antes de sua vigência, ainda que em benefício do réu.

d) Segundo o direito penal, a fato praticado durante a vigência de lei excepcional, quando findo o período de sua duração ou quando cessarem as circunstâncias que a determinaram, não mais se aplica a lei excepcional.

e) O direito penal estabelece, com fundamento na teoria da atividade, que deve ser analisado todo o desdobramento da ação criminosa para se estabelecer o local do delito.

10. CESPE/TJDFT/2019

Aplicado no direito penal brasileiro, o princípio da alteridade

a) determina que o juiz analise as especificidades do fato e do autor do fato durante o processo dosimétrico.

b) assevera que a pena não passará da pessoa do condenado.

c) afasta a tipicidade material de fatos criminosos, ao definir que não haverá crime sem ofensa significativa ao bem tutelado.

d) reconhece que o direito penal deve abarcar o máximo de bens possíveis para promover a paz.

e) assinala que, para haver crime, a conduta humana deve colocar em risco ou lesar bens de terceiros, e é proibida a incriminação de atitudes que não excedam o âmbito do próprio autor.

27. GABARITO

1. A
2. D
3. D
4. A
5. D
6. A
7. C
8. A
9. A
10. E

28. LISTA DE QUESTÕES COM COMENTÁRIOS

1. Consulplan/TJ-MG/2019

Qual a consequência jurídica do erro de tipo permissivo (erro sobre a descriminante putativa) plenamente justificado pelas circunstâncias?

a) Exclui a culpabilidade.

b) Reduz a pena de 1/6 a 1/3.

c) Exclui o dolo, mas permite punição por culpa.

d) Permite a punição por crime culposo, sem exclusão do dolo.

Comentários

A **alternativa A** está correta e é o gabarito da questão.

Podemos tecer críticas à redação. De acordo com a Teoria Limitada da Culpabilidade, adotada pelo Código Penal, o erro sobre os fatos, nas descriminantes putativas, é tratado como erro de tipo. Ou seja, o erro sobre os pressupostos fáticos, sobre a realidade, que faz o agente pensar estar acobertado por uma excludente de ilicitude, deve ser tratado como erro de tipo. É a chamada descriminante putativa por erro de tipo, também denominada de erro de tipo permissivo. Se inevitável, exclui a **tipicidade**. Se evitável, possibilita a punição da conduta a título de culpa, se a lei prever a modalidade culposa do delito.

Entretanto, há entendimentos diversos, conforme a teoria adotada. E, por conseguinte, podemos concluir que o erro inevitável (o plenamente justificável pelas circunstâncias) ou exclui a tipicidade (dolo e culpa não presentes) ou exclui a culpabilidade (por falta de potencial consciência de ilicitude). De todo modo, podemos concluir pela alternativa A como a única possível.

2. Consulplan/TJ-MG/2019

A norma penal incriminadora é formada basicamente por dois preceitos: o preceito primário (ou *preceptum juris*), em que se prevê a conduta abstrata que a sociedade pretende punir, o preceito secundário (ou *sanctio juris*), em que se fixa a sanção penal correspondente. As normas que necessitam de complementação no preceito secundário, por não trazerem a cominação da pena correspondente à prática da conduta típica são chamadas de normas penais:

a) Explicativas.

b) Em branco homogêneas.

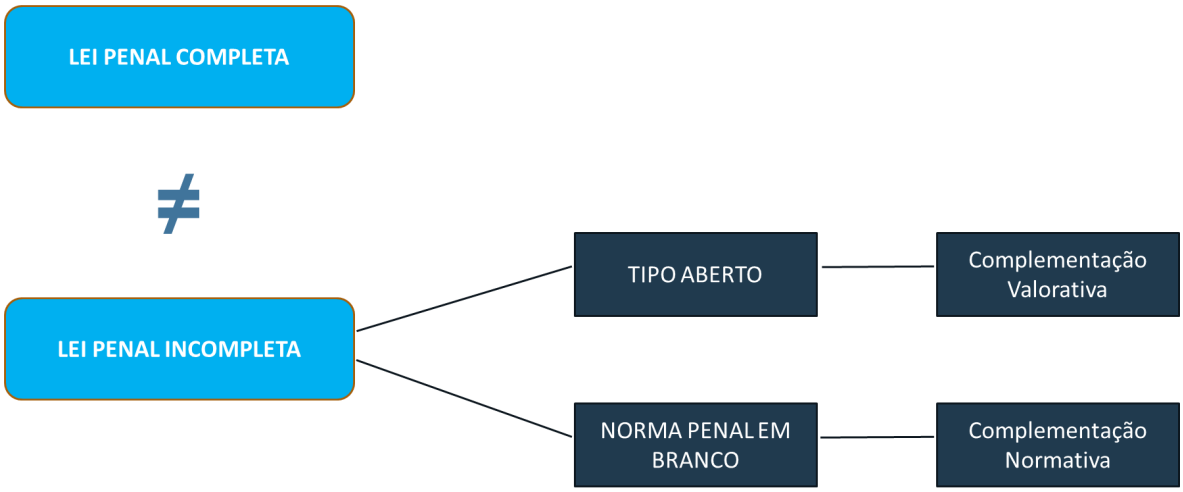
c) Em branco heterogêneas.

d) Imperfeitas (ou incompletas *strictu sensu*).

Comentários

A **alternativa D** está correta. Os tipos penais devem ser claros e certos, e não indeterminados, imprecisos, ambíguos. Essa é uma exigência da taxatividade, que decorre do princípio da legalidade. Isto não significa que os tipos abertos são vedados. Admitem-se os tipos abertos, como os dos crimes culposos, mas exige-se um mínimo de determinação.

As **leis penais incompletas** são aquelas que dependem de complemento, sendo que a doutrina majoritária defende sua compatibilidade com o princípio da legalidade. As normas com tipos abertos constituem uma das espécies de leis penais incompletas, ao lado das leis penais em branco. Vejamos a subdivisão das normas incompletas:



A incompletude da norma pode decorrer de se exigir uma outra norma ou um complemento valorativo para sua aplicação. Deste modo, se uma norma não exige complementação (nem normativa nem valorativa), teremos uma lei penal completa.

Se a norma incompleta depende do complemento valorativo, nós temos um tipo aberto. É o caso dos tipos dos crimes culposos, acima mencionados. Um homicídio culposo praticado por imprudência, depende, por exemplo, da definição do complemento valorativo "imprudência". Só após definirmos o que se entenderá por imprudência e seus limites no ordenamento, será possível a aplicação da norma.

Por outro lado, se a norma incompleta depende de complemento normativo, ou seja, da conjugação com outra norma para ser aplicada, há o que se denomina de norma penal em branco. A norma penal em branco é aquela que exige a utilização de outra para que seja possível sua aplicabilidade.

Outra parte da doutrina usa o termo lei penal incompleta em sentido estrito para aquelas que precisam de complemento quanto ao preceito secundário. Também são denominadas normas em branco ao revés. De todo modo, a norma penal incompleta seria a única resposta possível, seja como gênero, seja como espécie.

3. Consulplan/TJ-MG/2019

"Pode-se afirmar que constitui verdadeira barreira ao abuso da intervenção punitiva do Estado, evitando-se o exagero da utilização desmedida do Direito Penal como agente solucionador de conflitos e panaceia de todos os males. Busca restringir o âmbito de atuação do Direito Penal às situações realmente relevantes, em que a ação do Estado seja necessária e outros ramos do Direito não sejam capazes de dar solução adequada ao conflito." Tal assertiva relaciona-se com o Princípio da:

a) Lesividade.

b) Legalidade.

c) Culpabilidade.

d) Intervenção mínima.

Comentários

A **alternativa D** está correta. O princípio da intervenção mínima preconiza que só se deve criminalizar uma conduta se houver necessidade para a proteção do bem jurídico. O Direito Penal só deve atuar se os outros meios de controle social foram insuficientes, possuindo, portanto, caráter subsidiário, de *ultima ratio*. Isto é, **o Direito Penal só deve ser invocado, com a criação de um tipo penal, se os demais ramos do Direito não forem suficientes para coibir a conduta indesejada.** Ademais, só se deve utilizar uma norma penal para punir condutas que afrontem os bens jurídicos mais importantes para a sociedade, e não para a proteção de qualquer interesse social.

4. Consulplan/TJ-MG/2019

Quanto à teoria do erro em Direito Penal, assinale a opção correta.

a) O erro de proibição indireto incide sobre causas de justificação.

b) O erro de subsunção constitui hipótese de erro de tipo essencial.

c) A *aberratio criminis* e a *aberratio ictus* constituem hipóteses de erro de proibição indireto.

d) O erro de tipo permissivo possui consequência de erro de tipo essencial, quando plenamente justificado pelas circunstâncias.

Comentários

A **alternativa A** está correta. O **erro de permissão ou erro de proibição indireto** ocorre quando o agente se equivoca não quanto à norma que prevê o crime (o típico erro de proibição), mas sim sobre a norma que prevê a excludente de ilicitude, a descriminante. Ele interpreta mal a norma que dispõe sobre a legítima defesa; o estado de necessidade; o exercício regular de um direito ou o estrito cumprimento do dever legal.

A **alternativa B** está incorreta. Erro de subsunção ocorre quando o agente sabe que comete uma conduta ilícita, mas pensa que se adéqua a um tipo penal diverso. Por exemplo, ele ignora que duplicata é equiparada a documento público, falsificando-a, pensando praticar crime de falsidade de documento particular. Entretanto, pratica delito de falsificação de documento público. É irrelevante, salvo para dosimetria da pena. Portanto, não consiste em hipótese de erro de tipo essencial.

A **alternativa C** está incorreta. A *aberratio criminis* e a *aberratio ictus* constituem hipóteses de erro de tipo acidental, pois, recaem sobre dados da figura típica que são irrelevantes para a configuração ou não do delito.

A **alternativa D** está incorreta. Erro de tipo permissivo é um erro de tipo essencial sobre um tipo permissivo, possuindo o mesmo tratamento, portanto, de acordo com a teoria limitada da culpabilidade (seja ele plenamente justificável, seja ele vencível). O tratamento igual ao erro de tipo não está limitado a quando o erro é escusável. São efeitos do erro de tipo essencial:

- ✓ O erro de tipo essencial sobre elementares sempre afasta o dolo.
- ✓ O erro de tipo essencial invencível sobre elementares afasta o dolo e a culpa.

5. IESES/TJ-SC/2019

Quanto à aplicação da lei penal e processual penal no tempo e no espaço, é INCORRETO afirmar:

a) Com relação ao lugar do crime, para efeito de aplicação da lei brasileira e sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, o Código Penal adotou a teoria da ubiquidade, nos termos do seu art. 6º, considerando praticado o delito no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.

b) Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro, os crimes praticados contra o patrimônio da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público, ainda que o agente tenha sido absolvido no estrangeiro.

c) Com relação ao tempo do crime, o Código Penal adotou, nos termos de seu art. 4º, a teoria da atividade, considerando praticado o delito no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado.

d) Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela os efeitos penais da sentença condenatória, salvo se já transitada em julgado.

Comentários

A **alternativa A** está correta. O ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria da ubiquidade quanto ao lugar do crime. Considera-se que o crime foi praticado tanto no lugar em que se praticou a conduta (comissiva ou omissiva) quanto no lugar em que se produziu ou se deva produzir o resultado, conforme prevê o Código Penal, em seu artigo 6º:

> *Art. 6º - Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.*

A **alternativa B** também está correta. A extraterritorialidade incondicionada está prevista no artigo 7º, inciso I e § 1º, do Código Penal. Relaciona-se às hipóteses em que a lei penal é aplicada a um crime cometido no exterior, independentemente de qualquer condição:

> *Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:*
> *I - os crimes:*
> *a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;*
> *b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público;*
> *c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço;*
> *d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;*
> *(...)*
> *§ 1º Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.*

Referidos crimes, dada sua gravidade e o interesse do Estado Brasileiro em sua punição, são puníveis no Brasil independentemente do implemento de qualquer condição.

A **alternativa C** está correta. O ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria atividade quanto ao tempo do crime, como prevê o Código Penal, em seu artigo 4º:

> *Art. 4º - Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado.*

A **alternativa D** está incorreta é o gabarito da questão. A *abolitio criminis* determina a extinção da sanção penal que já tenha sido imposta e dos efeitos penais da condenação. Quem já foi condenado e está cumprindo pena terá esta imediatamente extinta, por não subsistir mais o crime pelo qual foi condenado. Note-se, portanto, que a abolitio criminis não encontra óbice na coisa julgada, surtindo efeitos inclusive em quem se encontra em fase de execução penal, cumprindo pena após definitivamente condenado.

6. IESES/TJ-SC/2019

A respeito das causas excludentes de culpabilidade e de ilicitude previstas no Código Penal, é INCORRETO afirmar:

a) Entende-se em legítima defesa apenas quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, à sua integridade física ou de outrem.

b) A embriaguez, mesmo completa, não exclui a imputabilidade penal, se voluntária ou mesmo culposa. Se preordenada, enseja ainda a aplicação de agravante genérica na segunda fase da dosimetria da pena.

c) A coação moral irresistível exclui completamente a culpabilidade do agente que pratica a conduta típica, sendo punível apenas o autor da coação, embora, no caso de coação

resistível, seja punível o agente que, coagido, praticou a conduta, cabendo, nessa segunda hipótese, a aplicação de atenuante genérica na segunda fase de dosimetria da pena.

d) Considera-se em estado de necessidade, o qual exclui a ilicitude, apenas quem pratica o fato típico para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. Se, porém, era razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

Comentários

A **alternativa A** está incorreta e é o gabarito da questão. O Código Penal trata da legítima defesa no artigo 25:

> *Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.*

Como se vê, a legítima defesa tem a finalidade de repelir injusta agressão ao direito do agente ou de outrem, e não somente a integridade física.

A **alternativa B** está correta. Se a embriaguez for voluntária ou culposa, não sendo acidental, não implicará na inimputabilidade do agente. É o que prevê o artigo 28, inciso II, do Código Penal:

> *Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:*
>
> *(...)*
>
> *Embriaguez*
>
> *II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.*

A embriaguez preordenada, além de ter excluída a imputabilidade, a conduta do sujeito é mais reprovável, razão pela qual incide uma agravante:

> *Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:*
>
> *(...)*
>
> *II - ter o agente cometido o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*
>
> *l) em estado de embriaguez preordenada.*

A **alternativa C** está correta. A coação moral deve ser irresistível, ou seja, aquela à qual o agente só pode sucumbir. Caso o agente possa não ceder ou resistir à ameaça, a coação moral será considerada resistível, o que não exclui a culpabilidade. O Código Penal assim prevê:

> *Coação irresistível e obediência hierárquica*

Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

O coator pode responder pelo crime praticado pelo coato em concurso com o crime de tortura. Há também de hipótese de responder somente pelo crime praticado pelo coato, com a pena agravada, nos termos do artigo 62, II, do Código Penal:

Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

(...)

II - coage ou induz outrem à execução material do crime;

No caso de coação moral resistível, não haverá exclusão da culpabilidade. Isto porque se poderia exigir conduta diversa do agente, que poderia resistir à coação. Entretanto, o Código Penal prevê a consideração da circunstância na dosimetria da pena, com a incidência de uma atenuante:

Circunstâncias atenuantes

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:
(...)
III - ter o agente:
(...)
c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

A **alternativa D** também está correta. O Código Penal prevê em seu artigo 24, o seguinte:

Art. 24 Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

Como se pode constatar, a afirmativa da alternativa D está de acordo com a norma penal.

7. CESPE/TJDFT/2019

Considerando a relação causal entre conduta e resultado típico, assinale a opção correta.

a) A concausa preexistente absolutamente independente reforça o nexo entre a ação do agente e o resultado, não retirando a consumação do crime praticado pelo ofensor.

b) A causa superveniente relativamente independente não exclui a imputação do fato ao agente, ainda que tenha produzido o resultado por si só.

c) A teoria da imputação objetiva prevê que não haverá nexo de causalidade se o agente atuar dentro do risco permitido, mesmo que a sua conduta gere resultado previsto em lei como crime.

d) A causa preexistente relativamente independente à conduta do agente não configura o nexo causal da ação do sujeito ativo e, por isso, exclui a imputação do resultado.

e) A teoria naturalística, adotada em caso de omissão, dispõe que não há relevância causal entre a conduta omissiva do garantidor e o resultado material ocorrido quando ele poderia e deveria agir.

Comentários

A **alternativa A** está incorreta. Na concausa preexistente absolutamente independente, a causa do resultado não se origina, direta ou indiretamente, da conduta. Possuem origem totalmente diversa. Rompem o nexo causal.

A **alternativa B** está incorreta. A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

A **alternativa C** está correta. A teoria da imputação objetiva busca dar ao nexo causal um conteúdo jurídico, e não só naturalístico. Impõe uma análise da causalidade naturalística, de que o antecedente seja causa do resultado. Cuida-se de uma análise de causa e efeito. Exige-se, de todo modo, que a conduta crie um risco proibido para a produção do resultado. Não é todo risco que enseja a responsabilidade penal, sendo que o fato de o sujeito presentear seu inimigo com uma experiência de *bungee jumping*. Mesmo que se trate de um esporte radical e perigoso, seu eventual falecimento, em decorrência da prática esportiva, não pode ensejar a responsabilização do sujeito por sua conduta. Ele não seria responsável mesmo que tivesse desejado que a corda se rompesse. Isto porque o risco de referida atividade esportiva é permitida socialmente, o que afasta a imputação do resultado ao sujeito.

A **alternativa D** está incorreta. A causa do resultado não se situa na linha de desdobramento causal da conduta. Entretanto, origina-se, mesmo que indiretamente, da conduta do agente. Não rompe o nexo causal.

A **alternativa E** está incorreta. A teoria naturalística dispõe que resultado é a modificação realizada no mundo exterior pela conduta, comissiva ou omissiva, do agente. É o que a conduta produz no mundo dos fatos. Segundo tal concepção, nem toda infração penal possui resultado naturalístico.

8. CESPE/TJDFT/2019

Acerca das regras de territorialidade e de extraterritorialidade da lei penal, assinale a opção correta.

a) Crime de genocídio praticado fora do território brasileiro poderá ser julgado no Brasil quando cometido contra povo alienígena por estrangeiro domiciliado no Brasil.

b) O brasileiro que praticar crime em território estrangeiro poderá ser punido, devendo ser aplicada ao fato a lei penal brasileira, ainda que o agente não mais ingresse no Brasil.

c) Crime contra a administração pública nacional praticado no exterior ficará sujeito à lei brasileira quando o agente criminoso que estava a serviço da administração regressar ao Brasil.

d) Crime praticado em embarcação de propriedade de governo estrangeiro, quando se encontrar em mar territorial brasileiro, ficará sujeito à lei penal brasileira.

e) Crime praticado em aeronave brasileira de propriedade privada em território estrangeiro não se sujeita à lei penal brasileira, mesmo que não seja julgado no exterior.

Comentários

A **alternativa A** está correta e é o gabarito da questão. A extraterritorialidade incondicionada está prevista no artigo 7º, inciso I e § 1º, do Código Penal. Relaciona-se às hipóteses em que a lei penal é aplicada a um crime cometido no exterior, independentemente de qualquer condição:

Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:
I - os crimes:
(...)
d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;
(...)
§ 1º Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.

Referidos crimes, dada sua gravidade e o interesse do Estado Brasileiro em sua punição, são puníveis no Brasil independentemente do implemento de qualquer condição.

A **alternativa B** está incorreta. Para que seja aplicada lei penal brasileira ao brasileiro que praticou crime em território estrangeiro, exige-se seguintes condições:

- entrar o agente no território nacional;
- ser o fato punível também no país em que foi praticado;
- estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;
- não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;

- não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

Como a alternativa prevê que a lei brasileira deve ser aplicada mesmo se o agente não mais ingressar no Brasil, ela está incorreta.

A **alternativa C** está incorreta. De acordo com o princípio real, da defesa ou da proteção, a punição do crime cometido no exterior pela lei nacional deve ocorrer em virtude do interesse nacional, do bem jurídico atingido pelo delito. Deste modo, como o crime contra a administração pública, cometido por quem está a seu serviço, está elencado no inciso I do art. 7° como uma das hipóteses em que a lei penal é aplicada a um crime cometido no exterior, independentemente de qualquer condição, verifica-se que a alternativa está incorreta.

A **alternativa D** está incorreta. Conforme o princípio do pavilhão, da bandeira ou da representação, a aplicação da lei penal é determinada pela nacionalidade do navio ou da embarcação.

A **alternativa E** está incorreta. Em observância ao princípio do pavilhão ou da bandeira, se não julgado no exterior, se sujeita à lei penal brasileira, desde que presentes as condições elencadas na justificativa da alternativa B.

9. CESPE/TJDFT/2019

A respeito de características do direito penal, assinale a opção correta.

a) Segundo o direito penal, é possível incriminar a simples conduta humana que exponha a perigo bens jurídicos, ainda que não exista vítima determinada e direta.

b) O direito penal tem os princípios como fontes de integração da lei penal, que devem ser utilizados em caso de omissão legislativa, mas cuja aplicação é vedada para desfavorecer o réu.

c) De acordo com o direito penal, a aplicação de nova lei, no caso de esta estabelecer nova causa de diminuição de pena e nova causa de aumento para um tipo penal incriminador existente, deve ser afastada a fato ocorrido antes de sua vigência, ainda que em benefício do réu.

d) Segundo o direito penal, a fato praticado durante a vigência de lei excepcional, quando findo o período de sua duração ou quando cessarem as circunstâncias que a determinaram, não mais se aplica a lei excepcional.

e) O direito penal estabelece, com fundamento na teoria da atividade, que deve ser analisado todo o desdobramento da ação criminosa para se estabelecer o local do delito.

Comentários

A **alternativa A** está correta. A repressão penal se justifica também se houver ameaça de lesão a um bem jurídico. O crime de perigo abstrato configura-se mesmo sem a efetiva demonstração de que o bem jurídico foi exposto a perigo, sendo o perigo, nestes casos, presumido. É o caso do crime de tráfico de drogas.

A **alternativa B** está incorreta. Os princípios gerais do direito consubstanciam normas com maior grau de abstração, que exprimem valores e são extraídos do ordenamento jurídico. São valores norteadores do sistema jurídico, que são compreendidos por meio das normas penais, direcionando o intérprete na aplicação da lei penal. A analogia é a forma de se suprir as lacunas da lei, determinando a aplicação de regras previstas para um caso semelhante. No caso do Direito Penal, só se admite a analogia *in bonam partem*, isto é, para beneficiar o acusado.

A **alternativa C** está incorreta. A *novatio legis in pejus* é a lei que de qualquer forma prejudica o réu. Como visto, vige o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, razão pela qual ela só vai incidir sobre os fatos praticados a partir de sua vigência. A lei penal mais benéfica, se anterior, terá ultra-atividade, regulando os fatos ocorridos durante a sua vigência, mesmo após já ter sido revogada por outra, que lhe seja posterior e se apresente mais gravosa.

A **alternativa D** está incorreta. Conforme prevê o art. 3° do Código Penal, a lei de vigência temporária possui vigor por prazo determinado por um período de tempo ou por um evento, regulando os fatos ocorridos durante sua vigência, mesmo após já cessada a sua vigência.

A **alternativa E** está incorreta. O ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria da ubiquidade quanto ao lugar do crime. Considera-se que o crime foi praticado tanto no lugar em que se praticou a conduta (comissiva ou omissiva) quanto no lugar em que se produziu ou se deva produzir o resultado.

10. CESPE/TJDFT/2019

Aplicado no direito penal brasileiro, o princípio da alteridade

a) determina que o juiz analise as especificidades do fato e do autor do fato durante o processo dosimétrico.

b) assevera que a pena não passará da pessoa do condenado.

c) afasta a tipicidade material de fatos criminosos, ao definir que não haverá crime sem ofensa significativa ao bem tutelado.

d) reconhece que o direito penal deve abarcar o máximo de bens possíveis para promover a paz.

e) assinala que, para haver crime, a conduta humana deve colocar em risco ou lesar bens de terceiros, e é proibida a incriminação de atitudes que não excedam o âmbito do próprio autor.

Comentários

A **alternativa E** está correta. Conforme o princípio da alteridade ou da transcendentalidade, o Direito Penal não deve se ocupar de atitudes meramente internas, que não apresentem potencial de lesionar o bem jurídico. Não se pode punir as condutas humanas que não saem da esfera da disponibilidade do agente. O fato típico deve ultrapassar a pessoa do autor e ser capaz de atingir o outro, razão pela qual não se pune a autolesão (ressalvada a intenção de prejudicar outrem) nem o suicídio tentado. Sua elaboração é imputada ao jurista Alemão Claus Roxin.

A alternativa A diz respeito ao princípio da individualização da pena; a B, ao princípio da personalidade ou da intranscedência da pena e o C, ao princípio da insignificância. Já a letra D refere-se ao oposto do que determina o princípio da intervenção mínima, especialmente o seu corolário, o princípio da fragmentariedade.

28. Considerações Finais

Finalizamos a nossa aula da versão simplificada. Mais uma vez, relembro-os de que estou disponível para as dúvidas e quaisquer sugestões são bem-vindas. O contato pode ser feito pelo fórum, por e-mail ou pelo Instagram.

Veremo-nos na próxima aula. Até breve,

Prof. Michael Procopio.

 michael.avelar@estrategiaconcursos.com.br

 professor.procopio

ESSA LEI TODO MUNDO CONHECE:
PIRATARIA É CRIME.

Mas é sempre bom revisar o porquê e como você pode ser prejudicado com essa prática.

1. 

Professor investe seu tempo para elaborar os cursos e o site os coloca à venda.

2. 

Pirata divulga ilicitamente (grupos de rateio), utilizando-se do anonimato, nomes falsos ou laranjas (geralmente o pirata se anuncia como formador de "grupos solidários" de rateio que não visam lucro).

3. 

Pirata cria alunos fake praticando falsidade ideológica, comprando cursos do site em nome de pessoas aleatórias (usando nome, CPF, endereço e telefone de terceiros sem autorização).

4. 

Pirata compra, muitas vezes, clonando cartões de crédito (por vezes o sistema anti-fraude não consegue identificar o golpe a tempo).

5. 

Pirata fere os Termos de Uso, adultera as aulas e retira a identificação dos arquivos PDF (justamente porque a atividade é ilegal e ele não quer que seus fakes sejam identificados).

6. 

Pirata revende as aulas protegidas por direitos autorais, praticando concorrência desleal e em flagrante desrespeito à Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98).

7. 

Concurseiro(a) desinformado participa de rateio, achando que nada disso está acontecendo e esperando se tornar servidor público para exigir o cumprimento das leis.

8. 

O professor que elaborou o curso não ganha nada, o site não recebe nada, e a pessoa que praticou todos os ilícitos anteriores (pirata) fica com o lucro.



Deixando de lado esse mar de sujeira, aproveitamos para agradecer a todos que adquirem os cursos honestamente e permitem que o site continue existindo.