Estratégia
Carreira Jurídica

Aula 00

Direito Penal p/ Cartório do TJ-PR - 2021

- Pré-Edital

Autor:

Equipe Materiais Carreiras Jurídicas, Michael Procopio Avelar

21 de Janeiro de 2021

INTRODUÇÃO AO DIREITO PENAL E TEORIA DO CRIME



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO AO DIREITO PENAL E TEORIA DO CRIME 1
SUMÁRIO 1
Apresentação do Curso 6
1.1 Direito Penal para Cartórios *6*
2. Introdução ao Estudo do Direito Penal 8
2.1 Considerações Iniciais *8*
2.2 Conceito e Objeto *8*
2.3 Características *10*
2.4 Evolução Histórica *11*
2.5 Fontes *15*
2.6 Interpretação da Lei Penal *19*
2.7 Classificação das Leis Penais *22*
2.8 Lei Penal no Tempo *24*
2.9 Leis de Vigência Temporária *29*
2.10 Lei Penal no Espaço *30*
3. Imunidades 36
3.1 Imunidades Diplomáticas *36*

3.2 Imunidades Parlamentares 38
3.3 Inviolabilidade do advogado 43
4. Eficácia da Sentença Penal Estrangeira 44
5. Pena cumprida no estrangeiro 46
6. Prazo Penal 46
6.1 Frações não computáveis da pena 47
7. Conflito Aparente de Normas 47
7.1 Princípio da Especialidade 48
7.2 Princípio da Subsidiariedade 48
7.3 Princípio da Consunção (absorção) 50
7.4 Princípio da Alternatividade 52
8. Princípios em espécie 52
8.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana 52
8.2 Princípio da Humanidade 53
8.3 Princípio do Devido Processo Legal 54
8.4 Princípio da Legalidade 55
8.5 Princípio da Intervenção Mínima (ultima ratio) 59
8.6 Princípio da Fragmentariedade 60
8.7 Princípio da Subsidiariedade 60
8.8 Princípio da Adequação Social 61
8.9 Princípio da Culpabilidade 61
8.10 Princípio da Ofensividade ou Lesividade 62
8.11 Princípio da Autorresponsabilidade 62
8.12 Princípio da Individualização da Pena 63
8.13 Princípio da Coculpabilidade ou da Corresponsabilidade 63
8.14 Princípio da Confiança 64
8.15 Princípio da Pessoalidade ou da Personalidade 64

8.16 Princípio da Alteridade ou da Transcendentalidade 65
8.17 Princípio da Exteriorização ou Materialização do Fato 66
8.18 Princípio da Proporcionalidade 66
8.19 Princípio da Presunção de Inocência (ou da Não Culpa) 67
8.20 Princípio da Vedação da Dupla Punição pelo Mesmo Fato 67
8.21 Princípio da Irretroatividade 68
8.22 Princípio da Insignificância (ou Bagatela) 68
8.23 Princípios do Garantismo 70
9. Conceito de Crime 71
9.1 Conceito Analítico de Crime: teorias 72
9.2 Conceito Analítico de Crime e a teoria tripartida 73
10. Sujeitos do Crime 74
10.1 Sujeito ativo 74
10.2 Pessoa jurídica como sujeito ativo 74
10.3. Sujeito passivo 75
11. Objeto do Crime 76
12. Fato Típico 77
12.1 Elementos do fato típico 77
13. Conduta 77
13.1 Teoria causalista, causal-naturalista, naturalística ou clássica 78
13.2 Teoria neokantista ou causal-valorativa 79
13.3 Teoria finalista 80
13.4 Teoria social da ação 81
13.5 Teoria constitucional do Direito Penal 81
13.6 Elementos da conduta 81
13.7 Causas de exclusão da conduta 82
13.8 Formas da conduta: ação e omissão 82

13.9 Espécies da conduta quanto ao elemento subjetivo 82
14. Tipo Doloso 83
14.1 Elementos do dolo: 83
14.2 Teorias do dolo 83
14.3 Espécies de dolo 84
15. Tipo Culposo 87
15.1 Elementos do crime culposo 87
15.2 Modalidades de culpa 88
15.3 Espécies de culpa 88
16. Tipo Qualificado pelo Resultado 90
16.1 Crimes qualificados pelo resultado e seus elementos 90
16.2 Crime Preterdoloso 91
17. Tipo Omissivo 92
17.1 Teorias da omissão 92
17.2 Espécies de Crime Omissivo 93
17.3 Requisitos da omissão 94
17.4 Crimes de conduta mista 95
18. Erro de tipo 95
18.1 Espécies 96
18.2 Erro de tipo essencial 97
18.3 Erro de tipo acidental 98
18.4 Descriminantes putativas 101
18.5 Erro de tipo causado por terceiro 103
19. Resultado 104
20. Nexo Causal 105
20.1 Teoria da equivalência dos antecedentes 106
20.2 Teoria da eliminação hipotética dos antecedentes causais 106

20.3 Teoria da causalidade adequada 107

20.4 TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA 108

20.5 O Nexo Causal e o Direito Penal Brasileiro 110

21. Tipicidade 112

21.1 Espécies de tipicidade 112

22. Ilicitude 113

22.1 Conceito de ilicitude 113

23. Causas excludentes de ilicitude 114

23.1 Estado de necessidade 115

23.2 Legítima defesa 116

23.3 Estrito Cumprimento do Dever Legal 117

23.4 Exercício Regular de um Direito 118

23.5 Ofendículos 118

23.6 Causas Supralegais de Exclusão da Ilicitude 119

23.7 Excesso Punível 119

24. Culpabilidade 120

24.1 Conceito de culpabilidade 120

24.3 Elementos da culpabilidade 122

24.4 Causas excludentes da culpabilidade 125

25. Considerações Finais 137

APRESENTAÇÃO DO CURSO

1.1 Direito Penal para Cartórios

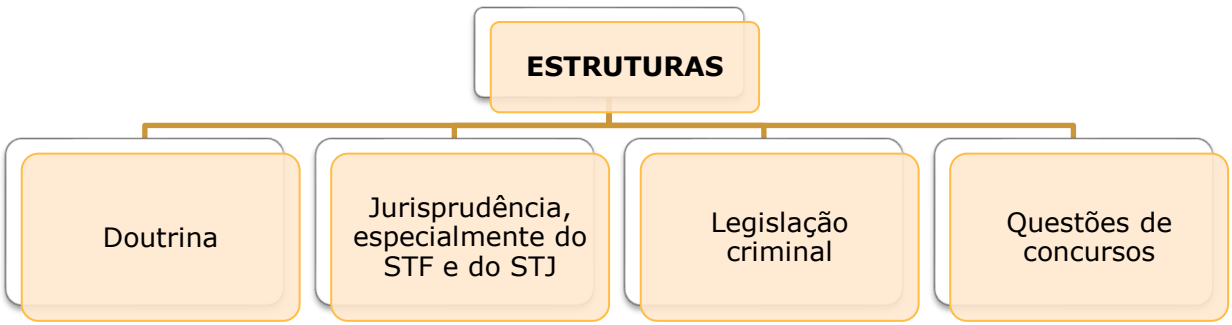
Iniciamos nosso Curso de Direito Penal para Cartórios em **teoria** e **questões**, voltado para provas objetivas e discursivas de concursos públicos.

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.

Confira, a seguir, com mais detalhes, a nossa metodologia.

1.1.1 Metodologia do Curso

As aulas levarão em consideração as seguintes estruturas, a partir das quais estudaremos os temas do Direito Penal:



Esses são os pilares que devem sustentar nossos estudos do Direito Penal: lei seca, doutrina, jurisprudência e a análise de questões, uma abordagem prática de aplicação do conteúdo estudado.

Vou chamar a atenção para o fato de que o livro digital, nosso material em PDF, é a base para a sua aprovação, de modo que os vídeos são um material de apoio, como mais um recurso didático para o aprendizado.

1.1.2 Apresentação Pessoal



Faço uma breve apresentação pessoal. Meu nome é Michael Procopio Avelar, 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!

2.2 Conceito e Objeto

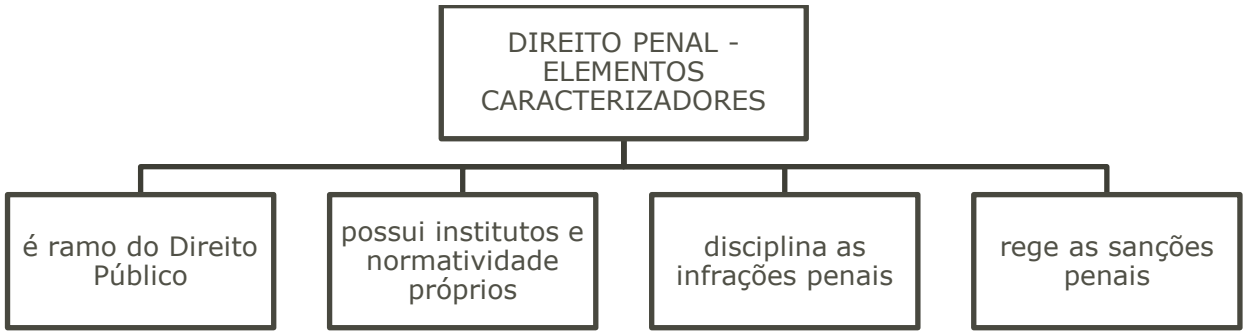
O Direito é didaticamente dividido em vários ramos, como o Direito Constitucional, o Direito Administrativo, o Direito Civil, o Direito Penal, entre outros. Ainda que seus institutos estejam interligados, essa divisão facilita o estudo das regras e princípios específicos de cada uma das disciplinas. Referidas disciplinas são ainda agrupadas em dois grandes troncos, o do Direito Público e o do Direito Privado. O campo do Direito Privado, representado pelo Direito Civil, cuida das relações entre particulares, como seus contratos, propriedades e transmissão de herança. O Direito Público, por sua vez, cuida das relações entre os particulares e o Estado.

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.



Portanto, desde logo, devemos assimilar que o Direito Penal é um **ramo do Direito que trata das infrações penais e das suas respectivas sanções.**

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.).

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.

A expressão **Direito Penal Simbólico** se refere à elaboração de normas penais com o fito de atender à opinião pública do momento, passando a impressão de que o Estado está tomando medidas para melhorar a segurança pública. O Direito Penal Simbólico é aquele voltado a atender os reclames midiáticos, geralmente voltados para casos específicos utilizados para causar o clamor social. Passa-se para a sociedade uma falsa ideia de segurança pública, buscando manipular a opinião social.

Direito Penal Promocional é a denominação utilizada para definir o uso, pelo Estado, de normas penais para a realização de suas políticas públicas. A Administração Pública, buscando determinado objetivo de governo,

faz uso das leis penais para auxiliar sua implementação. Tal conduta pode violar o princípio da intervenção mínima.

Direito Penal de Intervenção é uma ideia defendida por Winfried Hassemer, sobre a criação de um novo sistema punitivo para se combater a criminalidade moderna. Cuida-se de um ramo do Direito que se situaria entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, aplicando sanções de natureza não penal, mas com flexibilização das garantias processuais e encurtamento dos procedimentos. Essa resposta estatal possui uma forte vinculação com a ideia de sociedade de risco[1] e de maior sentimento de medo da população. Seria, na visão do referido autor, uma resposta mais adequada do que a crescente criminalização de condutas, com o agigantamento do Direito Penal.

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

[1] Sociedade de risco é um termo que foi elaborado pelo sociólogo Ulrich Beck. Ele se refere ao modo de organização da sociedade moderna, que teria como foco a gestão dos riscos. Caso haja interesse em aprofundamento no tema, não tão ligado aos concurso da carreira jurídica, pode-se consultar a obra do referido autor alemão.

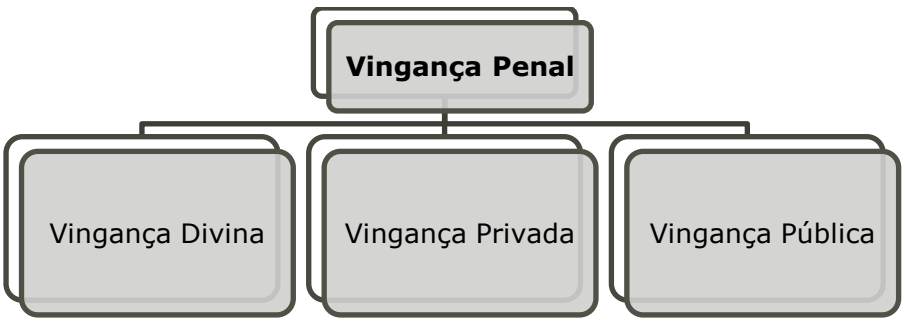
Na fase da vingança privada, o mal causado pelo infrator era considerado uma ofensa à própria vítima, ao seu clã ou à própria comunidade. Quando a infração era cometida no seio do clã do seu autor, era comum a pena de banimento, com a expulsão do indivíduo daquele grupo. Se a infração envolvia um terceiro, 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.





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 originariamente 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, juiz das execuções 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 chamadas escolas do Direito Penal representam a categorização de determinados autores, que defenderam ideias com algum ponto em comum e em determinado intervalo de tempo. Não se trata de autores que frequentavam, necessariamente, os mesmos ambientes de debate, nem de pensadores com ideias totalmente semelhantes. São fases do pensamento do Direito Penal, em que se reúnem doutrinadores de um mesmo período. 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. 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.

Escola Positiva

São expoentes desta escola Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garofalo. O contexto deste pensamento envolve o pensamento positivista na filosofia e o 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. Esta 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.

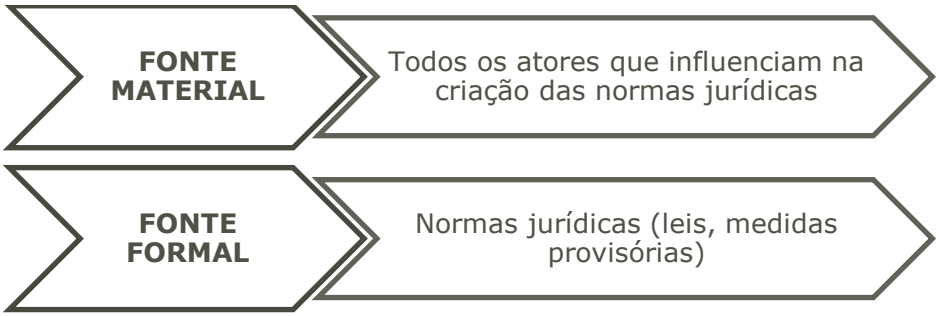
2.5.1 - Classificação

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.

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** e a **jurisprudência** são consideradas, por parte substancial dos doutrinadores, como formas de se interpretar a norma penal.

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.

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.

Portanto...



É VEDADA A EDIÇÃO DE LEI DELEGADA EM MATÉRIA PENAL, POR AFETAR DIREITOS INDIVIDUAIS.

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 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. Neste modo, 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. Deste modo, 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.



Existe **controvérsia** a respeito de se adotar **interpretação extensiva** de normas penais quando se trata de situação **contrária ao interesse do réu**. A posição majoritária é a de que a interpretação é forma de se extrair o sentido da norma, não se tratando de sua alteração. Assim, ao se interpretá-la, nada se faz além de se compreendê-la, extraindo o seu real sentido e significado. Deste modo, não há que se falar em vedação da interpretação extensiva se esta contrariar os interesses do réu.

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. De todo modo, enquanto a analogia busca a integração do Direito, com aplicação de regras previstas para uma situação parecida em caso de lacuna da lei, a interpretação extensiva é apenas uma classificação da forma de se extrair o conteúdo da norma. Cuida-se de interpretação que amplia o sentido do texto legal, para se adequar ao sentido que se pretendia com a norma penal. Portanto, são institutos diversos.

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. Não se confunde com a analogia, pois na interpretação analógica não há lacuna na lei, pois o próprio legislador prevê esse âmbito de aplicação da norma. Demais disso, não se cuida de interpretação dita extensiva, já que aqui não se busca ampliar o sentido do texto porque a norma disse menos do que desejava. Na interpretação analógica, o texto diz exatamente o que pretende, tanto que já prevê um rol de casuísmos e depois se utiliza de uma cláusula mais ampla.

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.



ANALOGIA	É técnica de integração jurídica, que visa a preencher as lacunas da lei, com utilização de normas previstas para casos com semelhanças com o que se busca regular.
INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA	É classificação da interpretação quanto ao resultado, que é obtido com ampliação do sentido da norma penal. Diz-se cabível quando a lei diz menos do que quer.
INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA	É técnica legislativa, em que, após a previsão de hipóteses em que a norma incide, há a estipulação de uma fórmula genérica, a ser compreendida nos termos da exemplificação.

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. O artigo 155 do Código Penal, por exemplo, traz a previsão do crime de furto. O seu preceito primário é constituído das seguintes elementares: "Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel". Cuida-se do chamado tipo penal, a previsão da conduta que, se houver um fato real que se amolde à sua previsão, justificará a sua incidência. O preceito secundário do artigo 155 do Código Penal é o seguinte:

"reclusão, de um a quatro anos, e multa". Quanto às penas, haverá o estudo pormenorizado mais adiante, quando formos analisar as sanções penais.

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. São comuns na Parte Geral do Código Penal, que cuida das orientações sobre a aplicação das normas incriminadoras, como sua vigência e aplicação no tempo e no espaço, as imunidades, os concursos de crimes, a aplicação e dosagem das penas, etc. As normas penais não incriminadoras se subdividem em permissivas, explicativas ou interpretativas, complementares e de extensão ou integrativas:

- **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. Ou elas deixam de considerar o fato ilícito, por sua previsão, ou estabelecem uma excludente de culpabilidade. Com isso, há uma subdivisão, as normas penais permissivas podem ser exculpantes ou justificantes. 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 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

Na aplicação das normas, um dos aspectos a serem estudados diz respeito à sua relação com o tempo. Em regra, no Direito, vige o mandamento *tempus regit actum*, ou seja, aplica-se ao ato as normas vigentes à época de sua produção. Assim, havendo sucessão de leis penais, deve-se buscar aquela que estava vigente à época da prática do ato. Entretanto, 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.

A extra-atividade, que é gênero, diz respeito à aplicação da lei fora do período de sua vigência. A retroatividade é uma das suas espécies, sendo vedada em caso de lei penal mais gravosa. Outra de suas espécies é a já analisada ultra-atividade, observada no caso de lei mais benéfica, sucedida por uma mais gravosa. **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. Sobre o tema, 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.*

Deste modo, resta claro 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. Como será estudado mais adiante, para a teoria tripartida exige-se a culpabilidade para que se configure o crime. Deste modo, o agente deve ser imputável, ou seja, possuir 18 anos completos de idade ou mais à época em que praticado o crime, além de ter consciência de seus atos e conseguir se portar de acordo com este entendimento.

➔ Outro importante desdobramento do tempo do crime é a definição da lei vigente à época em que ele é praticado. Só se pode definir qual era a lei vigente à época da prática do crime, por imperativo lógico, após entendermos quando se considera que o crime foi praticado. Esta é, portanto, outra consequência importante de se definir o tempo do crime: a conclusão acerca da lei vigente à época de sua prática.

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**. Basta imaginar que os efeitos extrapenais não dependem da criminalização da conduta, razão pela qual a descriminalização não importa na cessação dos efeitos extrapenais, como a obrigação de reparar o dano.



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. Isto ocorreu no caso do atentado violento ao pudor e do estupro. Foi excluído do Código Penal o atentado violento ao pudor, tipo penal que descrevia a prática de constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, para praticar com alguém ou fazer essa pessoa praticar consigo qualquer ato libidinoso. O

atentado violento ao pudor não abrangia, entretanto, a conjunção carnal (sexo vaginal), ato este que era punido pelo crime de estupro. Vejamos:

> ***Atentado violento ao pudor***
>
> *Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal*
>
> *Pena - reclusão de dois a sete anos.*
>
> *Parágrafo único. Se o ofendido é menor de catorze anos:*
>
> *Pena - reclusão, de seis a dez anos.*

Referido dispositivo foi revogado pela Lei nº 12.015, de 2009. Entretanto, a conduta de se constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal passou a ser considerada crime pelo artigo 213 do Código Penal, que traz a figura do estupro, em sua nova redação, dada justamente pela lei acima mencionada:

> *Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)*
>
> *Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.*

Portanto, quem cumpria pena pelo crime de atentado violento ao pudor não foi beneficiado com a extinção da sua punibilidade. Houve apenas a realocação dos tipos penais, incidindo o princípio da continuidade normativo-típica. O crime de estupro passou a prever também a conduta que antes se subsumia ao delito de atentado violento ao pudor.

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. Além disso, pode surgir dúvida sobre a lei mais benéfica. Em virtude de os aspectos em que as leis se diferenciam não serem equiparáveis, sendo, por exemplo, que uma prevê uma causa de diminuição de pena e outra, duas atenuantes aplicáveis ao réu, pode haver a dúvida sobre qual a lei deve prevalecer. Uma possível solução seria a consulta, pelo juiz, ao réu, para que ele aponte qual lei entende lhe ser mais favorável. **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?**

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. Deste modo, em caso de sucessão de leis penais no tempo, caso a execução prossiga, ultrapassando o início de vigência da nova lei, esta deve ser aplicável, independentemente de ser ou não favorável. Isto porque não se trata de lei posterior maléfica, mas de lei aplicável ao crime por este ter se consumado durante a sua vigência. Não se utiliza, neste caso, qualquer regra de extra-atividade, pois enquanto a consumação perdurar o crime se considera praticado na vigência das leis que se sucederem.

A posição do Supremo Tribunal Federal, cujo entendimento está expresso em sua Súmula 711, é no mesmo sentido:

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

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.). Cuida-se, como dito, de ficção jurídica, em virtude da qual, por razões de política criminal, considera-se que o agente praticou um único delito para fins de aplicação de pena, com a incidência de uma causa de aumento. O artigo 71, *caput,* do Código Penal, trata do crime continuado. Havendo a prática de um dos crimes, que deve ser tido como continuidade do primeiro, após a superveniência de nova lei penal, ainda que mais gravosa, ela deverá ser aplicada ao crime continuado.

Deste modo, ainda que o primeiro crime seja cometido na vigência da lei A, se os demais (ou mesmo só um deles) sejam cometidos na vigência da lei B, esta será aplicável à continuidade delitiva, mesmo que mais gravosa que a lei A. Isto porque não há que se falar em extra-atividade de lei penal, há a mera incidência da lei vigente quando da prática do crime. Esta posição também está expressa na Súmula 711 do Supremo Tribunal Federal, acima transcrita. Cumpre ressalvar que, caso a lei mais benéfica seja aquela que sobreveio antes do fim da cessação da permanência ou da continuidade, ela será aplicável. A lei só menciona a lei mais gravosa para demonstrar que não se trata de aplicação de irretroatividade de lei pena mais grave, **mas sim de aplicação da lei que estava vigente quando se encerrou a continuidade delitiva ou a permanência do crime.**

2.8.7 - Lei penal no tempo e a norma penal em branco.

Ainda envolvendo o tema da lei penal no tempo, surge a controvérsia sobre as chamadas leis penais em branco. Leis penais em branco **são aquelas que dependem de complementação normativa para sua aplicação**. São espécie das chamadas leis penais incompletas. Exemplo de lei penal em branco é o artigo 236 do Código Penal, que prevê o crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento. Para a interpretação deste tipo penal e sua aplicação, é imprescindível recorrermos ao rol de impedimentos matrimoniais, o que pode ser extraído do artigo 1.521 do Código Civil. Sem recorrermos à norma do Código Civil, não é possível a aplicação do dispositivo penal, razão pela qual temos uma lei penal em branco.

Ocorre que este complemento da norma penal pode ser modificado por reforma legislativa, o que leva a questionar qual a influência da alteração do complemento da lei penal no que diz respeito ao crime que a norma penal em branco prevê. Basta imaginar o caso de modificação do artigo 1.521 do Código Civil, com a exclusão do impedimento existente para casamento entre o(a) sogro(a) e a(o) nora(genro).

2.9 Leis de Vigência Temporária

2.9.1 - Conceito

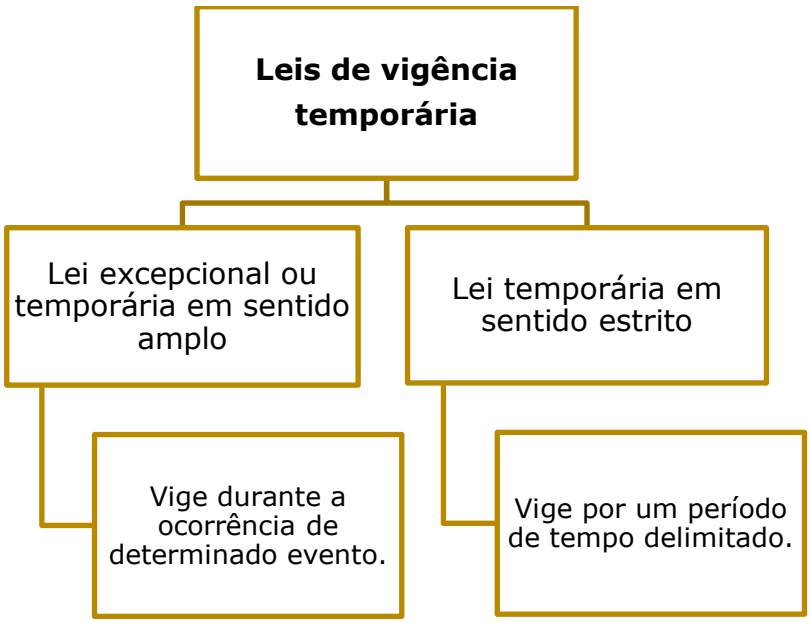
Leis de vigência temporária são aquelas instituídas para viger em determinado período. Elas são exceção à regra exposta na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, no *caput* do seu artigo 2º, de que a lei terá vigência até que outra a modifique ou revogue, ou seja, vige por prazo indeterminado:

> *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.*

Como visto pela própria redação do dispositivo, as leis de vigência temporária se subdividem em duas espécies: leis excepcionais ou leis temporárias em sentido estrito. A lei excepcional ou temporária em sentido amplo é aquela que possui vigência durante determinado evento efêmero, transitório. Por sua vez, a lei temporária em sentido estrito possui prazo temporal previsto em seu próprio corpo normativo, vigorando com termo final já fixado, ou seja, com dia para o fim de sua vigência.



2.9.2 - 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.

2.9.3 - 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.

2.9.4 - 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).

2.10 Lei Penal no Espaço

2.10.1 - 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.

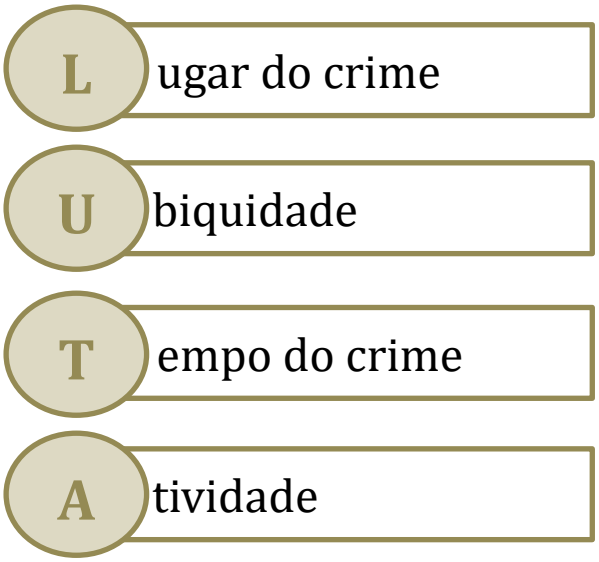


Não confundir os crimes à distância com os crimes plurilocais!

Os crimes plurilocais são aqueles que percorrem, em sua prática, mais de um lugar, mas dentro do mesmo território soberano. Neste caso, dúvida pode surgir sobre o foro competente para julgamento do delito, o que é resolvido pelo *caput* do artigo 70 do Código de Processo Penal. Cabe ressalvar que esta matéria é de Direito Processual Penal, sendo aqui mencionada para que não haja confusão com a definição do lugar do crime, no Código Penal, aplicável para os crimes à distância.



Atenção para este importante esquema que auxilia, pela memorização do acróstico "LUTA", formado pelas iniciais das palavras principais, a recordar qual a teoria que se aplica ao tempo e ao lugar do crime:



2.10.2 - 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).

Não integra o território físico para fins penais:

- Zona contígua (12 às 24 milhas marítimas – área de fiscalização, sem integrar o território do país);
- Zona econômica exclusiva (12 às 200 milhas marítimas – o Brasil possui exclusividade para exploração e aproveitamento dos recursos naturais, mas tal área não integra nosso território);
- Espaço cósmico (Segundo o Tratado sobre Exploração e Uso do Espaço Cósmico, não está sujeito a apropriação nacional).

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.



Neste ponto, entretanto, cabe ressalvar que se reconhece o direito de passagem inocente de **embarcações estrangeiras**, ou seja, de elas passarem pelo mar territorial ao se dirigirem de um ponto a outro, desde que não tenham a intenção de aqui atracar. É o que prevê o artigo 3º da Lei 8.617/93.

Assim, reconhecida a passagem inocente, não se aplica a lei penal aos crimes praticados na embarcação que atender aos requisitos, como o de não ser prejudicial à paz, à boa ordem ou à segurança do Brasil e que seja contínua e rápida. Retomando, o território nacional é composto do território físico e do território jurídico, conforme o esquema:

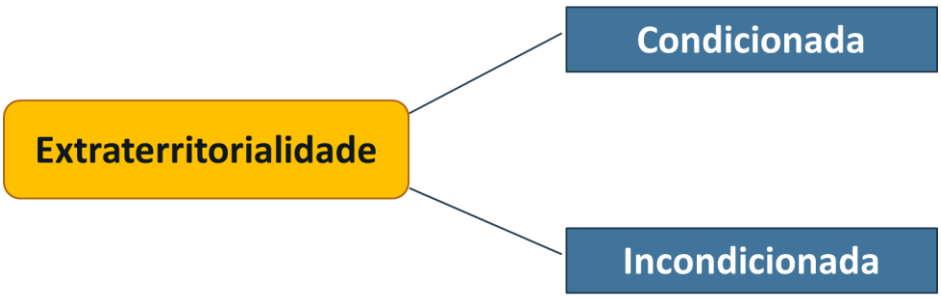


Vejamos, então, o que diz o Código Penal, em seu artigo 5º, sobre o território jurídico ou por extensão:

> *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.*

2.10.3 - 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 consignado, de forma expressa, no Pacto de São José da Costa Rica e será estudado ainda nas aulas iniciais deste Curso. 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**. **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**.

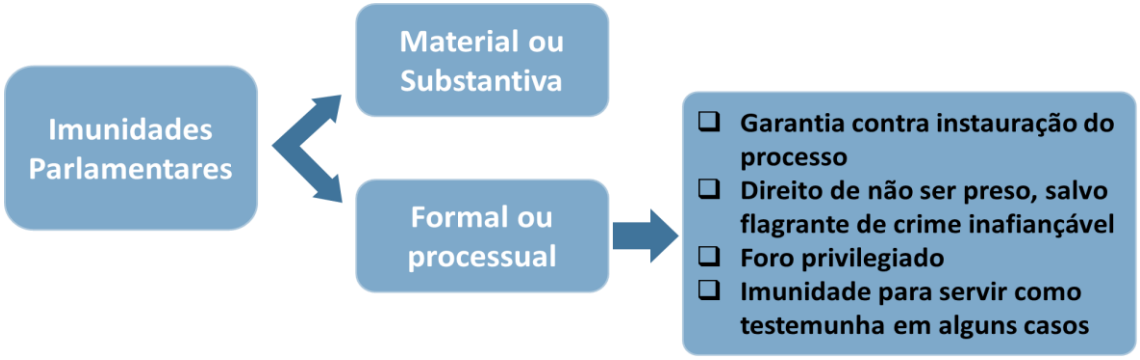
Assim, as imunidades penais referentes aos agentes consulares são relativas, isto é, só abrangem o exercício de suas funções. Se praticarem fatos criminosos fora do exercício de suas funções, podem sofrer persecução penal perante o Poder Judiciário brasileiro. Ademais, esta inviolabilidade, por ser profissional,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

Atenção: a redação atual dos parágrafos 3º e 4º do artigo 53 foi dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001. Anteriormente, a Constituição dispunha que a garantia abrangia qualquer crime, praticado antes ou depois da diplomação, sendo que o processo só se iniciava após autorização da Casa Legislativa. 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). **Esta garantia não impede a instauração do inquérito policial**. Assim, caso haja a prática de um crime supostamente cometido por parlamentar, o inquérito deve ser instaurado para apuração dos fatos. A imunidade diz respeito ao processo que, uma vez iniciado com o recebimento da denúncia, pode ter seu andamento sustado por decisão da Casa Legislativa a que pertencer o parlamentar. Neste sentido, precedente do Supremo Tribunal Federal:

> *"(...) A GARANTIA DA IMUNIDADE PARLAMENTAR EM SENTIDO FORMAL NÃO IMPEDE A INSTAURAÇÃO DO INQUERITO POLICIAL CONTRA MEMBRO DO PODER LEGISLATIVO (...)".*

Ainda que o precedente seja anterior à EC n 35/2001, não houve nenhuma alteração que prejudique o entendimento acima adotado. O inquérito policial, por ser necessário para a investigação do crime, com reunião de indícios de materialidade e autoria, deve ser realizado sem nenhuma sustação. A investigação apenas leva à colheita de indícios, não se tratando de juízo de culpa, o que demonstra que a imunidade não abrange esta fase inquisitorial. No mais, o inquérito deve ser instaurado por iniciativa do MPF e deve haver a supervisão do Supremo Tribunal Federal, no caso dos deputados federais e senadores, em razão da prerrogativa de foro.

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.

Interpretando este artigo, o STF entendeu que o envio dos autos à Casa a que pertence o parlamentar deve ocorrer também no caso de imposição de alguma das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Apesar de se tratar de matéria a ser estudada na matéria Direito Processual Penal, cabe a leitura de trecho do acórdão, por sua estreita ligação com o assunto aqui tratado, da imunidade relativa dos parlamentares:

> *"O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, assentando que o Poder Judiciário dispõe de competência para impor, por autoridade própria, as medidas cautelares a que se refere o art. 319 do Código de Processo Penal, vencido o Ministro Marco Aurélio, que, ao assentar a premissa da inaplicabilidade da referida norma legal a parlamentares, declarava o prejuízo do pedido. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, também por votação majoritária, deliberou que se encaminhará à Casa Legislativa a que pertencer o parlamentar, para os fins a que se refere o art. 53, § 2º, da Constituição, a decisão pela qual se aplique medida cautelar, sempre que a execução desta impossibilitar, direta ou indiretamente, o exercício regular de mandato parlamentar (...)" (ADI 5526/DF, Rel. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, Julgamento: 11/10/2017)*

Na ADI, foram questionados os artigos 312 e 319 do CPP, que tratam, respectivamente, da prisão preventiva e das medidas cautelares diversas da prisão. O STF definiu que a Casa a que pertence o parlamentar deve decidir sobre a medida cautelar imposta pelo Poder Judiciário, nos termos do artigo 53, § 2º, da Constituição.

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.*

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.*

De igual modo, sobre as informações que receberam ou forneceram no exercício de suas funções parlamentares, os deputados e senadores não são obrigados a testemunhar, podendo se recusar nestes casos. Ademais, quando são chamados a testemunhar, os parlamentares possuem a prerrogativa de designar dia, hora e local. Isto está previsto no *caput* do artigo 221 do Código de Processo Penal.

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). 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.*

Sobre a natureza da imunidade penal ou absoluta sobre a conduta praticada, prevalece ensejar a **atipicidade do fato**. Assim, quando o parlamentar pratica conduta que se amolda, formalmente, ao crime de difamação, mas o faz em seu discurso na tribuna da Casa Legislativa, sua conduta é atípica. Este entendimento vem sendo adotado pelo Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo, no julgamento do Inq 3948/DF, de 22/11/2016, pela Primeira Turma, e da Pet 6156/DF, de 30/08/2016, por sua Segunda Turma. 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**. Sobre as manifestações proferidas no recinto do Poder Legislativo e a presunção do seu nexo com a função parlamentar, há recente julgado do Supremo Tribunal Federal, cujo trecho segue abaixo:

"(...) 1. A imunidade parlamentar material que confere inviolabilidade na esfera civil e penal a opiniões, palavras e votos manifestados pelo congressista (CF, art. 53, caput) incide de forma absoluta quanto às declarações proferidas no recinto do Parlamento. (...)" (RE 576074 AgR/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Julgamento em 26/04/2011).

Esta diferenciação também foi feita pela Segunda Turma do STF no julgamento da Pet 6156/DF, da relatoria do Min. Gilmar Mendes, de 30/08/2016 (ver ao final da aula, no tópico Destaques da Legislação e da Jurisprudência). Para resumir esta diferenciação quanto às manifestações dos deputados e senadores, vejamos o quadro-resumo:

Local da manifestação	Nexo com a função parlamentar

No recinto da Casa Legislativa	Presunção absoluta
Fora da Casa Legislativa	Deve ser comprovado

Há questionamento se essa posição vai ser mantida, por causa de um caso em que um então parlamentar se dirigiu a uma ministra de Estado e passou a ser investigado por crime, mesmo que dentro do recinto da Casa. **O parlamentar licenciado não mantém a imunidade**. Assim, se um deputado federal se afasta de sua função no Legislativo para assumir o cargo de Ministro de Estado, não subsistirão suas imunidades parlamentares durante o seu licenciamento. Este entendimento do STF, atual, é diferente do que prevalecia na Corte anteriormente, razão pela qual a Súmula nº 4 foi cancelada ("Não perde a imunidade parlamentar o congressista nomeado Ministro de Estado").

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. As Constituições dos Estados devem prever as imunidades dos deputados estaduais, por serem normas de reprodução obrigatória pelos Estados Membros.

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. Os vereadores não possuem imunidade relativa, só possuindo prerrogativa de foro se estiver prevista na Constituição do Estado. Neste caso, havendo foro por prerrogativa de função fixada pela Constituição do Estado, este não prevalecerá no caso de competência do tribunal do júri. Isto é o que prevê a Súmula Vinculante nº 45 (conversão da antiga Súmula nº 721 do STF):

> *A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual.*

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.*

É importante notar que a lei pode limitar essa inviolabilidade, tornando-a mais restrita. Portanto, na tradicional classificação das normas constitucionais feita por José Afonso da Silva, estamos diante de uma norma de aplicabilidade imediata e de eficácia contida. No âmbito infraconstitucional, a inviolabilidade foi prevista como uma das formas de exclusão dos crimes de injúria e difamação no artigo 142, I, do Código Penal:

> *Exclusão do crime*
>
> *Art. 142 - Não constituem injúria ou difamação punível:*
>
> *I - a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador; (...)*

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 (...)*

Por que o desacato deve ser riscado na nossa transcrição do art. 7º, § 2º, do Estatuto da OAB?

Deve ser desconsiderado do âmbito da inviolabilidade dos advogados o crime de desacato, pois o STF, no julgamento da ADI nº 1.105/DF, declarou a inconstitucionalidade parcial do referido dispositivo, determinando a exclusão do termo desacato. O entendimento da Corte foi de que a inclusão do crime desacato implicaria na desigualdade entre juiz e advogado, retirando daquele a autoridade que é necessária para a condução do processo.

Portanto, a inviolabilidade do advogado se vincula à atividade funcional, devendo estar vinculada à discussão da pretensão que o advogado defende naquele caso. Abarca, então, as ofensas irrogadas em juízo na defesa de seu representado, mas não abrange ofensas gratuitas ou desvinculadas do exercício de suas funções ou da defesa dos interesses apresentados em juízo. A legislação **não prevê inviolabilidade quanto ao crime de calúnia**, mas somente de injúria e difamação!

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.*

Entretanto, existem casos em que é **imprescindível que haja a homologação** da sentença penal estrangeira para sua execução. É o que prevê o artigo 9º do Código Penal:

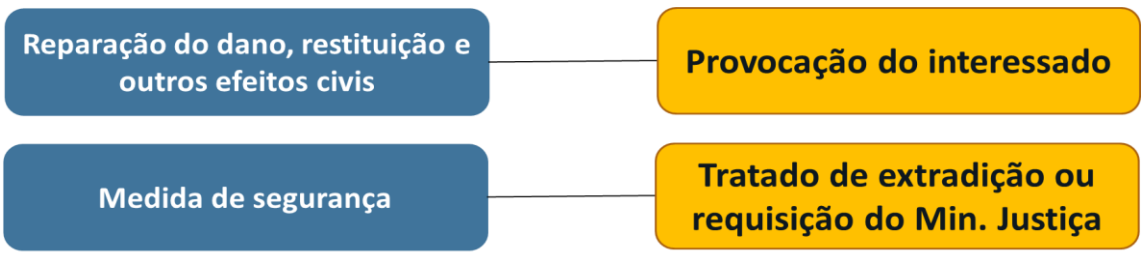
> *Art. 9º - A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas conseqüências, pode ser homologada no Brasil para:*
>
> *I - obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis;*
>
> *II - sujeitá-lo a medida de segurança.*
>
> *Parágrafo único - A homologação depende:*
>
> *a) para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada;*
>
> *b) para os outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça.*

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:



A competência para homologação de sentenças estrangeiras pertence ao Superior Tribunal de Justiça – STJ, conforme prevê o artigo 105, inciso I, da Constituição da República. A competência do Superior Tribunal de Justiça foi **alterada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004**. Anteriormente, a competência era do Supremo Tribunal Federal. Portanto, muita atenção com essa modificação de competência para homologação da sentença penal estrangeira. Antes da modificação da competência, o STF editou súmula sobre o assunto, determinando que se aguarde o trânsito em julgado da sentença estrangeira para sua homologação:

> *Não se homologa sentença proferida no estrangeiro sem prova do trânsito em julgado.*

O Superior Tribunal de Justiça não analisa o mérito da sentença penal estrangeira, mas sim analisa os requisitos formais para sua homologação, nos termos do que dispõe o artigo 788 do Código de Processo Penal. 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. Os artigos 103 a 105, por sua vez, tratam do tema "Transferência de Pessoa Condenada", possibilitando a transferência de quem for condenado pelo Poder Judiciário nacional para seu país de nacionalidade ou país em que tiver residência habitual ou vínculo pessoal, desde que expresse interesse nesse sentido. Assim, poderá cumprir em outro país a pena imposta pelo Estado brasileiro por sentença transitada em julgado.

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. Caso haja a condenação do agente tanto no Brasil quanto no estrangeiro, deve-se aplicar o disposto no artigo 8º, acima transcrito, que estipula as regras conforme a natureza das penas:

- **Se as penas forem da mesma qualidade, a pena cumprida no estrangeiro deve ser abatida da pena a que o agente foi condenado no Brasil**.
- **Se as penas forem de tipos diferentes, deve haver a atenuação da pena a ser executada no Brasil**.

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.*

Perceba que, no caso dos prazos penais, **o dia do começo deve ser incluído no cálculo**. Se alguém é preso às 18h30min do dia 5 de maio, referido dia já é computado no prazo como o primeiro dia. De igual forma, se o indivíduo descobre que quem o ofendeu foi Fulano da Silva, no dia 30 de setembro, às 18h30min, o prazo decadencial para oferecimento de queixa se iniciou ali, sendo que, contando os 6 meses, teremos fim do prazo em 29 de março. **Os dias, meses e anos são contados normalmente**, conforme o nosso calendário. É o calendário gregoriano, o comum, e não o calendário forense, por exemplo. Isto significa que os meses não são contados, como prazo penal, pelos dias que representam, diferenciando-se fevereiro de março, por exemplo. Ou seja, não convertemos os meses em dias e então calculamos. O mês é calculado de mês a mês:

se o prazo é de 10 meses a iniciar em janeiro, ele termina em novembro. Se começou em 5 de janeiro de 2018, terminou em 4 de novembro de 2018. Percebam que contamos de mês a mês, sem converter 10 meses em número de dias.

Os anos também são contados de ano a ano, e não pelos dias ou meses que contêm. Não há diferença, portanto, se um ano é bissexto ou não para se contar um ano de prazo penal. **Características**: São **fatais e improrrogáveis**, mas suscetíveis de **suspensão e interrupção**.

- ✓ **E se o prazo for aplicado para o Direito Penal e para o Direito Processual Penal?**

Caso o prazo tenha aplicação no direito material e no processual, cuidando-se de prazo de natureza híbrida, deve prevalecer sua natureza material, ou seja, de Direito Penal. Assim, sua contagem deve ser feita nos termos do artigo 10 do Código Penal. O exemplo deste caso é a decadência.

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.*

A dosimetria da pena é realizada por meio de um critério trifásico, razão pela qual as penas podem resultar em número fracionários de dias ou, no caso de pena pecuniária, de frações de real. Nestes casos, deve ser aplicado o disposto no artigo 11 do CP.

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.

Para solucionar o suposto conflito, o Direito Penal se vale de quatro princípios: o da especialidade, o da subsidiariedade, o da consunção e o da alternatividade. Cumpre, então, analisar cada um deles e sua respectiva aplicação.

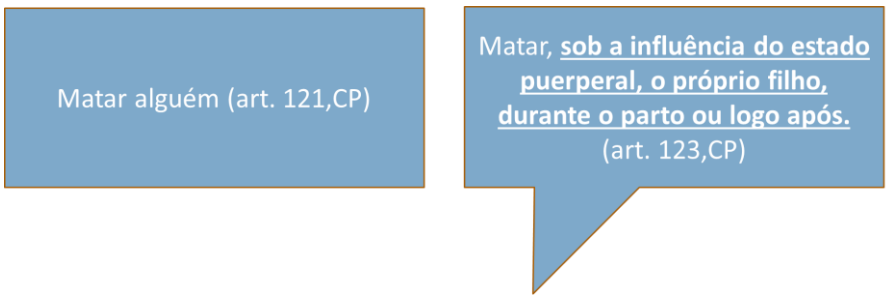
7.1 Princípio da Especialidade

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.*

Visualizemos esta diferença, com um exemplo, no seguinte quadro:



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.

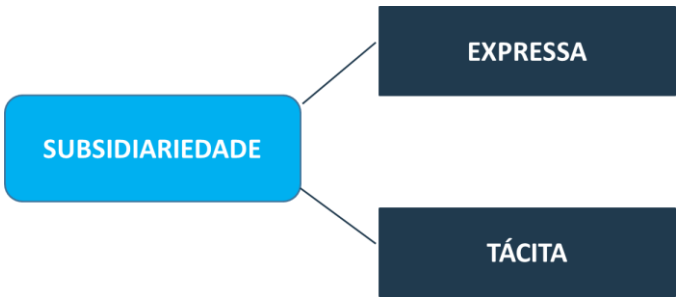
7.2 Princípio da Subsidiariedade

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.

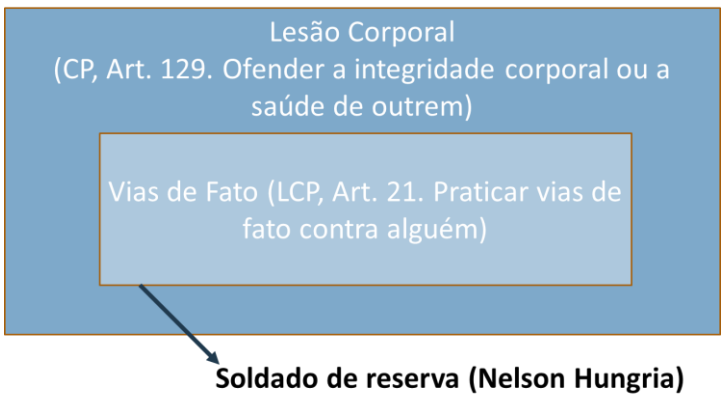
A subsidiariedade pode ser classificada em expressa (ou explícita) e tácita (ou implícita):



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. Percebam este exemplo melhor visualizado no esquema abaixo:



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.

Vamos entender este princípio. Imaginem que, para a prática de um crime, seja necessário que se pratique um outro, por ser fase normal de sua execução. O agente, neste caso, só responderá pelo crime que almejava alcançar. Pensemos no exemplo do homicídio. Para matar alguém com vários golpes dados com um porrete, é imprescindível que se pratique lesão corporal contra a vítima. Sem ofender a integridade corporal da vítima, não é possível a execução do homicídio.

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*. Deste modo, 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**.

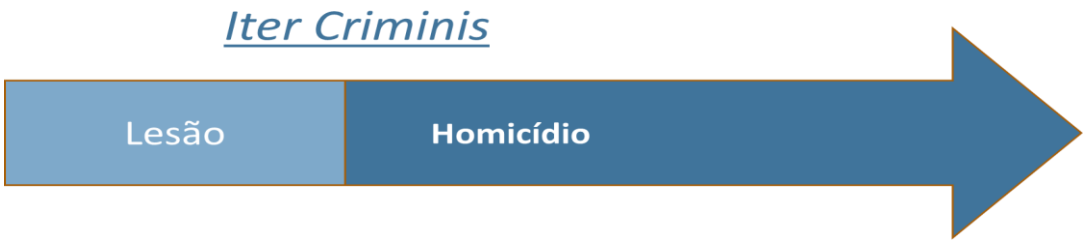
Progressão criminosa em sentido estrito: neste caso, o agente muda de ideia. Imaginemos um sujeito que chega até a casa do sujeito para lhe dar uns socos e, lá chegando, resolve matá-lo. Neste caso, há uma modificação do dolo. A prática das lesões corporais, previstas na norma consunta, eram o objetivo 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:

"(...) 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).

Vale a leitura, ainda, do seguinte acórdão, que demonstra a admissão da absorção do crime mais grave por outro, menos grave:

"(...) 2. Admite esta Corte a consunção de crime mais grave por crime menos grave. Precedentes. (...)" (STJ, HC 388543, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 08/03/2018).

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.

8.2 Princípio da Humanidade

Como aplicação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana no Direito Penal, a doutrina costuma fazer referência a ele como princípio da humanidade. Se a dignidade da pessoa humana é fundamento da nossa República, a humanidade é a denominação usual da doutrina para sua incidência específica neste ramo do Direito. 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**.

O banimento ou desterro, pena vedada pela Constituição, consiste na expulsão do indivíduo do território nacional, enquanto durar a pena. As penas perpétuas também não são admitidas, prevendo nosso ordenamento jurídico limite para a duração das penas, atualmente de 40 anos, nos termos do artigo 75 do Código Penal. Por fim, a Constituição veda qualquer pena que seja cruel, conceito aberto que visa a evitar penas, atuais ou futuras, que possuam caráter degradante, afrontando a dignidade humana.

É o princípio da humanidade que pode fundamentar o repúdio ao cumprimento de pena em presídios lotados, em que os condenados e presos provisórios precisam se revezar para dormir, bem como aos

projetos de imposição de doação de órgãos *post mortem* a quem tenha sido condenado pela prática de determinada infração penal.

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.



Entretanto, cabe, aqui, relembrar que o princípio do devido processo legal possui uma vertente formal e outra, substancial. Sua origem é apontada como sendo do direito anglo-saxão, de onde proveio a expressão "due process of law", que, traduzida, equivaleria ao devido processo legal.

O **devido processo legal substancial** se refere à limitação do exercício do poder, que deve se amoldar ao que determina a Constituição e, além disso, atender o princípio (ou postulado, conforme a doutrina que se adote) da proporcionalidade. Neste ponto, segundo parte da doutrina, o devido processo legal permite ao Poder Judiciário o exame da constitucionalidade das leis, seja sob o viés do confronto com as normas constitucionais, seja sob o âmbito do atendimento da proporcionalidade. Esta vertente do princípio também permite o controle das decisões judiciais, também sob o âmbito da proporcionalidade e razoabilidade. O **devido processo legal formal** consiste no respeito às normas processuais, isto é, às regras e aos princípios que orientam e determinam o procedimento penal, desde o oferecimento da denúncia ou queixa até o trânsito em julgado, abarcando, posteriormente, a execução da pena ou da medida de segurança. Inclui os princípios acima mencionados, que são seus corolários, como contraditório, ampla defesa, juiz natural, imparcialidade do julgador, inadmissibilidade de provas ilícitas, etc. Esta vertente é que a determina que se deve observar garantias mínimas do acusado no decorrer do processo 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). A lei representava, então, uma garantia contra a tirania do soberano.

Atualmente, com o advento dos Estados Democráticos de Direito, as constituições ganharam grande importância, com o reconhecimento de direitos fundamentais e da separação de poderes. Neste âmbito, há o reconhecimento da legalidade como único meio para se limitar direitos dos cidadãos, já que a lei representa, em último caso, a vontade do povo.

Na Constituição, de modo genérico, o princípio da legalidade está previsto no inciso II do seu artigo 5º

> *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.*

O princípio da legalidade possui conteúdo jurídico e político. Possui conteúdo jurídico por determinar que deve haver lei formal e anterior para que um fato seja considerado crime, por impedir a retroatividade da lei penal mais gravosa, por não permitir que um fato típico seja previsto em uma portaria, etc. Ocorre que, de forma concomitante, a legalidade também possui um viés político, por representar uma conquista da sociedade e uma garantia do povo de que o poder será exercido segundo a sua vontade, que, na democracia representativa, se expressa justamente na aprovação de uma lei.

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 na nossa aula introdutória acerca da 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*.

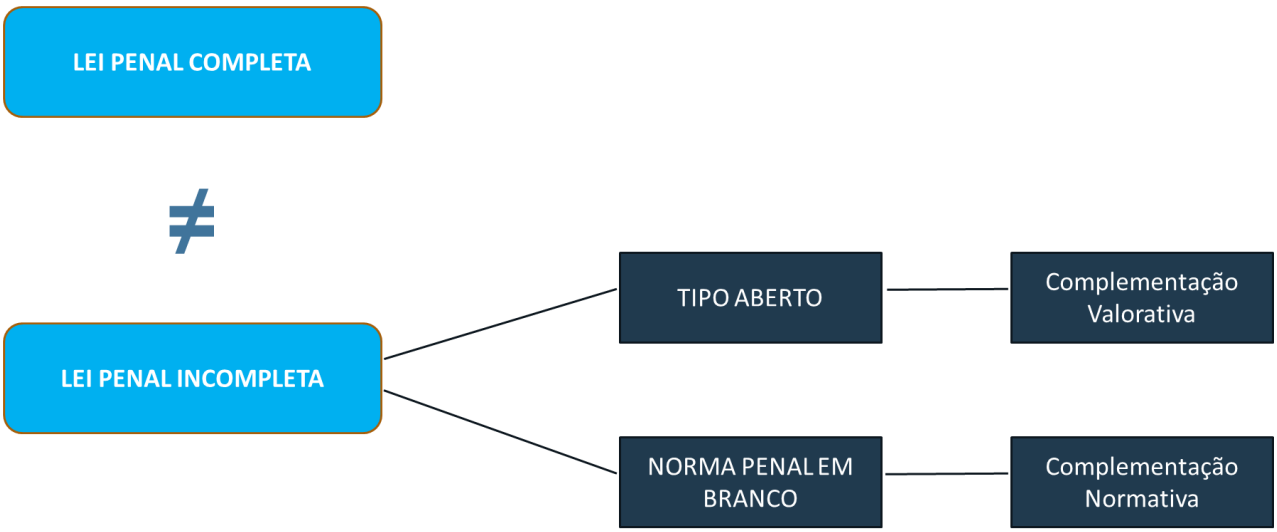
8.4.3 - Taxatividade, determinação e descrição genérica

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. A culpa pode ter como modalidades a imprudência, a imperícia ou a negligência. Ainda que esta matéria seja vista em outra aula, pelas

modalidades de culpa já podemos perceber que não há uma definição muito fechada. O que é imprudência? O que seria um caso de imperícia? Quais são as hipóteses de negligência? Não é possível dar uma resposta precisa sobre os limites da imprudência, aquilo que a configura e aquilo que não a configura. Mesmo nesse caso, exige-se um mínimo de determinação, um meio-termo. Sendo o elemento subjetivo (a culpa) um termo de definição menos precisa, os demais elementos do tipo devem estar previstos de forma determinada, sem ambiguidades.

Isto não significa que os tipos abertos são vedados, já que se exige lei penal incriminadora que seja certa e determinada. **Admitem-se os tipos abertos,** como os dos crimes culposos, **mas exige-se um mínimo de determinação**. 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:



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. 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**. 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.*

Percebam que o histórico documento exige que as penas impostas por lei sejam estritamente necessárias, o que demonstra que, se forem desejadas, mas puderem ser substituídas por meios menos gravosos, o Direito Penal não deve incidir. Exige-se mais, pois o texto também enfatiza que as penas, que são a resposta do Direito Penal aos crimes cometidos por indivíduos imputáveis, devem ser evidentemente necessárias, ou seja, deve ser perceptível por todos referida necessidade, demonstrando ainda mais o caráter de *ultima ratio* da intervenção criminal. 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**.

Não se deve punir, de igual modo, ações meramente imorais. O Direito Penal não deve se preocupar com a moralidade pública, no sentido de inibir comportamentos tidos como inaceitáveis do ponto de vista da moral particular de determinado grupo social ou de eventual pensamento majoritário. As sanções penais se prestam a apresentar a resposta estatal aos comportamentos que violem os bens jurídicos mais relevantes da sociedade, aqueles que demonstrem ser de importância primordial para determinada população. Pode-se, dizer, com base neste princípio, que há **a exclusiva proteção de bens jurídicos pelo Direito Penal**. A seleção dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade, a serem tutelados pelas normas penais, deve ser feita pela lei formal, em consonância, obviamente, com o que estabelece a Constituição da República.

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. Assim, o Direito Penal é subsidiário, ou seja, o último recurso do Estado quando se deseja punir determinada conduta tida por perniciosa no seio social. Havendo possibilidade de uma multa de trânsito,

por exemplo, resolver o problema e inibir um comportamento indesejado, não se deve criar um tipo penal, já que uma pena seria, então, desnecessária para o fim a que se destina.

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. A doutrina aponta como exemplo o caso do jogo do bicho, em que se poderia diferenciar o pequeno apontador, que trabalha ilegalmente com o jogo sem grandes lucros, e o banqueiro, que se aproveita de um sistema organizado e dotado de capilaridade para auferir proveitos financeiros vultosos. A conduta do apontador, de módicos ganhos, estaria já aceita pela sociedade, que se acostumou aos jogos de bicho e muitas vezes sabe onde as apostas são feitas, mas que ainda pode se indignar com o banqueiro que se enriquece deste modo. Não se trata de caso com acolhida pela jurisprudência. O STJ também afasta a aplicação do princípio no caso da venda de CDs e DVDs "piratas", falsificados:

> *"(...) 2.Consoante jurisprudência pacificada deste Superior Tribunal de Justiça, não se aplica o princípio da adequação social à conduta de vender cd's e dvd's falsificados, sendo, portanto típica, formal e materialmente, nos termos do artigo 184, § 2º, do Código Penal. (...)" (STJ, AgRg no REsp 1351687/AC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 18/10/2017).*

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, cumpre enfatizar que culpabilidade pode ser **elemento do crime** (crime, para a teoria tripartida, é fato típico, ilícito e culpável), **elemento de determinação da pena** (a pena deve ser individualizada na medida da culpabilidade de cada sujeito) e **vedação da responsabilidade objetiva** (exigência de dolo ou culpa). Aqui, como princípio, nos referimos à culpabilidade como vedação à responsabilidade penal objetiva. Cumpre observar, ainda, que a doutrina distingue o chamado **Direito Penal do Autor e o Direito Penal do Fato**. No Direito Penal do Autor, julga-se o indivíduo por aquilo que ele é. No Direito Penal do Fato, o que se busca é o julgamento dos fatos que o indivíduo teria cometido. Não se adota no Brasil de forma irrestrita o Direito Penal do Autor, por ser odioso, ao buscar o julgamento do indivíduo por sua personalidade, e não por aquilo que fez.

Dentre deste enfoque, a doutrina distingue a **culpabilidade pelo fato individual** e a **culpabilidade do autor**. A culpabilidade pelo fato individual se volta ao desvalor do fato praticado, analisando-se o modo de execução e as circunstâncias do crime, por exemplo. Já a culpabilidade do autor valora o sujeito ativo do delito, em razão de sua conduta social, personalidade e antecedentes. Na dosimetria da pena adotada pelo Código Penal, encontramos a adoção de ambas as espécies de culpabilidade, com análise das duas para fixação da sanção penal. 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. Para esclarecimento, cumpre registrar que este princípio também é estudado na Criminologia, designando a necessidade de se estudar a vítima ao lado do autor do fato.

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. Imaginem que João estimule seu desafeto a comprar uma passagem de avião, desejando ardentemente que haja uma pane e ele faleça no acidente. Mesmo que o avião venha a cair, por uma falha do piloto que sequer sabia do desejo do João, este último não poderá ser responsabilizado. Isto porque ele incentivou que seu inimigo viajasse, mas os riscos de uma viagem são permitidos e aceitos pela sociedade.

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. Veda-se, assim, a padronização de punições. Não pode haver uma pena padrão para todos aqueles que cometem homicídio, mas sim uma consideração das circunstâncias específicas de cada fato e a imposição de uma pena individualizada para cada agente. 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.*

Sobre a execução da pena, é importante analisar os seguintes trechos de julgados do STF a respeito da incidência da individualização da pena. A Corte deixou claro que não pode o legislador retirar o espaço do juiz na individualização da pena, sendo que o Judiciário deve definir o regime inicial de cumprimento da pena e as espécies de penas adequadas ao caso (substituição da pena privativa de liberdade por pena de multa ou pena restritiva 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. Assim, devem ser tratados de modo diferente um sujeito que furta para poder auxiliar sua família a pagar uma dívida e aquele que, proveniente de uma classe privilegiada, comete o mesmo delito para aumentar sua riqueza. 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.*

Como contrapartida, surgiu a **teoria da coculpabilidade às avessas**. Considera que a seletividade do Direito Penal, como defende parte dos estudiosos da criminologia, enseja a punição, de forma mais frequente e rigorosa, das camadas menos favorecidas da sociedade, as quais têm menor influência no processo legislativo e na tomada de decisões governamentais. Em resposta a esse desiquilíbrio legislativo e à atuação do Executivo, o Judiciário deveria impor sanções penais mais gravosas aos agentes que possuem grande capacidade financeira e considerável status social. Referidas penas seriam proporcionais à sua maior liberdade de escolha de violarem ou não as normas penais.

Cabe registrar não ser possível agravar a pena por tal motivo, já que, até por imperativo da reserva legal, não há agravante genérica do Código Penal, possibilitando ao juiz aumentar a pena com base em elementos não previstos em lei. No entanto, nada impede que se valore a conduta do agente, em uma perspectiva de coculpabilidade às avessas, na primeira fase da dosimetria, em que se utilizam as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP.

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. 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. Deste modo, o motorista que trafega pela via preferencial e passa diretamente pelo cruzamento, não pode ser responsabilizado por alguém ter desrespeitado a regra de trânsito e, assim, ter havido uma colisão. Também não pode ser considerado responsável pela infecção do paciente o cirurgião que recebe tesoura do instrumentador, acreditando que ela estava esterilizada, conforme obrigação deste último profissional.

Além disso, deve-se ter em vista que, dentro de limites, há perigos socialmente aceitáveis, que consistem no **risco socialmente tolerado**. Assim, a construção de altos edifícios, com envio de funcionários para pavimentos muito altos para o trabalho, parte do pressuposto da confiança nos sistemas de segurança do trabalho e no gerenciamento dos riscos. Isto afastaria a responsabilidade penal, também com base no princípio da confiança.

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 individualizados, 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;*

Percebam que a própria Constituição faz a seguinte ressalva: a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens podem ser estendidas aos sucessores e contra eles executadas. A matéria deve ser regulamentada em lei e respeitar 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.



Não podemos confundir o princípio da transcendentalidade ou da alteridade com o princípio da intranscendência da pena, também chamado de princípio da pessoalidade ou da personalidade. Vejamos a diferenciação no quadro, para correta fixação do conceito de cada um dos princípios:

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. A exteriorização ou materialização do fato implica na vedação ao Direito Penal do autor, com a consagração do Direito Penal do Fato. Não se pode julgar um caso com fundamento em quem é o acusado, mas sim considerando-se fato que se lhe imputa.

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 ser extraído, de forma indireta, do artigo 98, I, da Constituição, em que se determina que haja um procedimento oral e mais abreviado, com possibilidade de transação, para os casos de infrações penais de menor potencial ofensivo:

> *Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:*
>
> *I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os*

> *procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;*

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*

Por outro lado, não pode, a pretexto de cumprir a norma superior, prever uma sanção penal desproporcional ao legislar sobre o tema, sob pena de se configurar excesso. Há, portanto, limites para ambos os lados. Não se pode deixar de tutelar o bem jurídico, mas, do outro, não se pode causar uma punição excessiva a título de proteção de um bem jurídico protegido por norma constitucional.

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,*

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**. O artigo 8º do Código Penal, que trata da extraterritorialidade, prevê uma exceção a esta regra:

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

Referido artigo é de duvidosa constitucionalidade, mas o STF não foi instado a se manifestar sobre o tema. Enquanto não houver manifestação, presume-se a constitucionalidade da norma, especialmente para questões objetivas de concursos. O Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional, prevê, no artigo 20, o princípio do *ne bis in idem*:

> *1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido.*

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. A doutrina debate o tema da combinação de leis, se é possível ou não combinar normas penais da lei anterior e normas da lei posterior, o que implicaria em uma normativa decorrente da mescla de ambas. Sobre o tema, há controvérsia grande entre os doutrinadores, sendo que a matéria foi tratada de forma mais aprofundada na aula inaugural, razão pela qual remeto os alunos para aquela aula se precisarem relembrar o assunto.

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 da conduta. Com a incidência de referido princípio, a tipicidade passa a ser vista sob o âmbito formal e material.

Na tipicidade formal, analisa-se se o fato ocorrido se amolda à norma penal, que funciona como uma forma-padrão para que se analise se o fato é típico ou não. Essa é uma análise de encaixe, como se fossem a norma e o fato duas peças do brinquedo ®Lego.

Já a tipicidade material exige, além de que a conduta se encaixe na norma, que haja relevância da lesão ou da ameaça de lesão ao bem jurídico. Se a lesão ou ameaça de lesão forem ínfimas, não haverá tipicidade material, por incidência do princípio da insignificância.

Há a tipicidade formal e a tipicidade material:

Tipicidade formal: subsunção do fato à norma.

Tipicidade material: relevância da lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 116.242 (Disponível a ementa em "Destaques da Legislação e da Jurisprudência", ao final deste aula), 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. Por fim, cabe destacar que existe, ainda, a chamada **bagatela imprópria**, reservada para aqueles casos em que, ainda que a lesão ou ameaça de lesão se mostrem relevantes, incida o princípio da desnecessidade da pena. São casos em que há uma lesão ou ameaça de lesão significativa a um bem jurídico, mas as circunstâncias que envolvem o caso demonstram que a pena é prescindível naquele caso. O exemplo mais citado é o do perdão judicial previsto no artigo 121, § 5º, do Código Penal. O perdão judicial se fundamenta na **desnecessidade da pena** (bagatela imprópria). Neste caso, vige o chamado **princípio da irrelevância penal do fato**.

Bagatela Própria	Bagatela Imprópria
Princípio da insignificância	Princípio da Desnecessidade da Pena
Afasta a tipicidade. Fatos que **nascem sem tipicidade material**, isto é, sem que haja uma relevante lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico. Ex: furto de um pão.	Embora a ação penal seja inicialmente relevante, a pena pode deixar de ser aplicada, quando a pena não é necessária, conforme as circunstâncias do caso concreto, deixando de ser aplicada pelo juiz. Ex: pai mata filho acidentalmente. Art. 121, § 5º, CP, perdão judicial.

8.23 Princípios do Garantismo

O garantismo consiste em teoria do Professor Luigi Ferrajoli, que consiste em um conjunto de princípios que visam a garantir os direitos do acusado no curso do processo penal. O professor Ferrajoli explicita que existem **três acepções de garantismo**. Para os fins de provas de concursos, cabe, então, uma enumeração dos princípios elencados pelo professor, com os respectivos axiomas latinos. Vejamos:

AXIOMAS	PRINCÍPIO
Nulla poena sine crimine	Retributividade/consequencialidade da pena
Nullum crimen sine lege	Legalidade
Nulla lex (poenalis) sine necessitate	Necessidade/Economia do Direito Penal
Nulla necessitas sine injuria	Lesividade/ofensividade
Nulla injuria sine actione	Materialização/Exteriorização do fato
Nulla actio sine culpa	Culpabilidade
Nulla culpa sine judicio	Jurisdicionariedade
Nulla judicium sine accusatione	Acusatório
Nulla accusatio sine probatione	Do ônus da prova
Nulla probatio sine defensione	Da Defesa ou da Falseabilidade

9. CONCEITO DE CRIME

O crime, ideia que possui importância nuclear no Direito Penal, possui diversos conceitos, a depender do aspecto que se tome como preponderante. O estudo dessas concepções é interessante e possui grande importância, devendo ser o ponto de partida para o estudo da teoria do crime. Sob o ponto de vista **legal**, podemos extrair o conceito de crime do artigo 1º do Decreto-Lei 3.914/41, denominado de "Lei de Introdução do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais":

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

O direito brasileiro, portanto, reconhece dois tipos de infração penal: os crimes e as contravenções penais. Estas últimas, por estarem previstas em diploma normativo específico (Decreto-Lei 3.688/1941), são objeto de estudo da Legislação Penal Especial ou Extravagante. **O sistema adotado no Brasil foi o dualista ou binário, com previsão de duas espécies de infração penal, o crime (ou delito) e a contravenção penal (delito liliputiano, crime vagabundo ou crime-anão)**. A diferença entre ambos é de grau, ou seja, de escolha do legislador quanto à gravidade da conduta, de juízo de valor (axiológica). Não há diferenciação de natureza entre ambas as infrações penais, ou seja, não há diversificação de cunho ontológico.

➢ **E qual a diferença entre ambas as espécies de infração penal?**

Vejamos um esquema com as principais diferenças entre crimes e contravenções penais:

Principais diferenças entre crime e contravenção penal		
Diferenças	**Crimes**	**Contravenções Penais**
Penas	Reclusão ou detenção com aplicação cumulativa ou alternativa com pena de multa (e o art. 28 da Lei 11.343/06?)	Prisão simples com cominação alternativa ou cumulativa com pena de multa
Tentativa	Punível	Não punível
Extraterritorialidade	Possível	Não prevista
Limite das penas	30 anos	5 anos
Ação Penal	Ação penal pública condicionada, ação penal pública incondicionada ou ação penal privada.	Ação penal pública incondicionada.

Quanto ao seu **conceito material**, crime é a conduta humana contrária aos interesses sociais, representando lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, tornando necessária a imposição de sanção penal. Analisando o seu **conceito formal**, crime é toda conduta vedada pela lei, sob a ameaça de pena. Neste critério, considera-se a opção do legislador. Aquilo que o Congresso Nacional decide ser crime, aprovando lei neste sentido, é o que se pode ter como conduta criminosa.

Entretanto, 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.

9.1 Conceito Analítico de Crime: teorias

Como já dito, o conceito analítico de crime é definido de formas diversas pelos doutrinadores, a depender da corrente que se adote. Os elementos que podem ser selecionados para a conceituação, conforme a teoria que se adote, são o fato típico, a antijuridicidade ou ilicitude, a culpabilidade e a punibilidade:

- **Fato Típico**: é a ação, ou conduta, que se amolda àquilo que a hipótese de incidência prevê. Isto é, é a ação ou omissão do agente que se encaixa naquilo que dispõe a norma penal, aquela que estipula o que é o tipo penal. Ademais, caso haja resultado naturalístico (modificação no mundo real), é necessário que se constate um nexo ou um vínculo causal entre ele e a conduta praticada.
- **Ilicitude ou antijuridicidade**: é a contrariedade da conduta em relação ao ordenamento jurídico. Cuida-se da reprovação do ato. Não basta que o agente tenha praticado a conduta que se amolda ao tipo penal. Para haver crime, é imprescindível que tal conduta contrarie o que o Direito dispõe.
- **Culpabilidade**: é a possibilidade de se atribuir a conduta praticada, bem como seu resultado, ao seu autor, com um juízo de censura. Cuida-se da análise da conduta realizada sob o ponto de vista da reprovação.
- **Punibilidade**: este substrato diz respeito à possibilidade de o Estado aplicar ao sujeito ativo a sanção penal prevista para a conduta típica praticada. Há vários fatores que extinguem a punibilidade, como a morte do agente ou a prescrição.

Neste ponto, tomando como possíveis substratos do crime **o fato típico, a ilicitude, a culpabilidade e a punibilidade**, a divergência repousará em quais desses elementos devem estar presentes para se compreender que há a ocorrência de crime em determinado caso. Vejamos:

- **Teoria bipartida**: crime é o fato típico e antijurídico (ou ilícito). Cuida-se de concepção que se aponta ter surgido com o finalismo, teoria da conduta a ser estudada nesta mesma aula. Dentre os substratos com que a teoria do crime trabalha ("fato típico", "antijuridicidade", "culpabilidade" e "punibilidade"), o causalismo entendia que o dolo ou a culpa ocupavam o substrato da culpabilidade,

o que fazia com que esse elemento fosse imprescindível para a formação do que se entende por crime. Com o advento do finalismo, a culpa em sentido amplo (abrangendo o dolo e a culpa em sentido estrito) deixou de integrar a culpabilidade, passando a fazer parte do fato típico.

Com isso, parte da doutrina passou a entender que crime é o fato típico e antijurídico. E a culpabilidade? Passou a ser mero pressuposto da pena, ou seja, requisito indispensável para que se aplique a sanção penal, mas não para que exista um crime.

O maior expoente da concepção bipartida é o Professor Damásio de Jesus.

- **Teoria tripartida**: crime é o fato típico, antijurídico (ou ilícito) e culpável. Cuida-se de concepção do crime adotada pelas teorias causalista e neokantista da conduta, assim como por grande parte dos partidários da teoria finalista. É a corrente que prevalece atualmente na doutrina brasileira.

  Compreende-se como crime a ação ou omissão que consista em um fato típico, que se apresente como ilícito e que enseje um juízo de reprovabilidade. Com essa compreensão, a censurabilidade da conduta pratica faz parte da definição do delito, sendo imprescindível para sua configuração.

  É adotada na obra de Nelson Hungria, Heleno Fragoso, Guilherme Nucci e Engênio Raúl Zaffaroni.

- **Teoria quadripartida:** crime é o fato típico, antijurídico (ou ilícito), culpável e punível. Para esta concepção de crime, todos os substratos devem estar presentes para configuração do crime. Deste modo, só é crime a conduta típica, ilícita, com agente culpável e que seja punível. Pouco difundida e aceita no nosso país, foi adotada por doutrinadores como Hassemer e Battaglini, no exterior, bem como pelo brasileiro Basileu Garcia.

9.2 Conceito Analítico de Crime e a 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 pressuposto para aplicação da pena, não fazendo parte da conceituação de infração penal**. Portanto, são elementos do crime: **fato típico, ilicitude e culpabilidade**.

10. 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.

10.1 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. Mas, além de pessoa física ou natural, é possível que a pessoa jurídica seja sujeito ativo de um crime? Vejamos a seguir.

10.2 Pessoa jurídica como sujeito ativo

Importante assunto no estudo dos sujeitos do crime é a possibilidade de a pessoa jurídica figurar como autora de delito. Essa discussão ganhou contornos mais relevantes com a Constituição de 1988, que prevê, no seu 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.*

Da redação deste dispositivo, surgiu a celeuma: **pode a pessoa jurídica praticar crime?**

A divergência não possui solução no âmbito doutrinário. Antes de analisarmos como a jurisprudência tem tratado o tema, vamos analisar as teorias sobre a pessoa jurídica como sujeito ativo de crimes:

- **Teoria da ficção**: A pessoa jurídica é uma ficção jurídica, de modo que sua existência é irreal. Por sua existência não ser real, a pessoa jurídica não possui consciência, vontade nem finalidade. Não há

como se configurar a sua culpabilidade, já que não se pode imputar alguma conduta, nem se falar na sua potencial consciência da ilicitude. As decisões da pessoa jurídica na verdade são vontade livre e consciente de seus sócios ou diretores, de modo que o crime seria cometido por estes, não pela pessoa jurídica. Essa corrente possui base no aforismo romano *societas delinquere non potest*, ou seja, pessoa jurídica não pode delinquir.

Ademais, argumenta-se que a pena imputada à pessoa jurídica violaria o princípio da pessoalidade da pena, já que poderia afetar, inclusive, os sócios minoritários, que podem não ter sido favoráveis à conduta que ensejou a condenação da sociedade empresária. A própria pena falharia em sua função preventiva especial ou retributiva, já que não se poderia falar em se coibir a pessoa jurídica de praticar novos delitos (função preventiva especial), já que os sócios e diretores podem se alterar com o passar do tempo, por exemplo, além de a pessoa jurídica não possuir temor em relação à prática delituosa, pelo próprio fato de não ter consciência ou vontade próprias.

Teve como precursor o renomado autor Friedrich Carl von Savigny.

- **Teoria da realidade**: A pessoa jurídica possui vontade própria, além de apresentar capacidade. Ela se torna, com sua criação, uma entidade existente no mundo real e, por isso, possui capacidade de cometer delitos. Argumenta-se que a vontade da pessoa jurídica se diferencia da dos seus membros, individualmente considerados. Assim, em uma votação, um sócio fica vencido e na outra, seu voto é o vencedor; o que demonstra a diferença entre a vontade de ambos. A culpabilidade da pessoa jurídica se basearia na exigibilidade de conduta diversa, sendo possível se pensar no que se pode exigir, naquelas circunstâncias, como conduta de uma sociedade empresária.

  Por fim, a pena respeitaria o princípio da intranscendência, já que os efeitos sobre os sócios são financeiros. Tais efeitos, indiretos, seriam os mesmos que ocorrem com relação aos filhos menores de um indivíduo condenado à pena privativa de liberdade. Apesar de a pena não se estender a outras pessoas, ela possui consequências inevitáveis, que atingem terceiros inocentes de forma indireta, como a esposa que se vê sem o auxílio do marido, recolhido ao cárcere, para sustento da família.

  Esta concepção foi defendida pelo jurista Otto Gierke.

- **Teoria eclética**: busca conciliar as duas correntes anteriores. Defende-se que às pessoas jurídicas devem ser aplicadas sanções administrativas, quase penais.

  Dentre seus defensores, podemos citar Winfried Hassemer.

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.

10.3. 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. Como o ente que estabelece as normas jurídicas e possui a titularidade do poder de punir, todo delito representa uma afronta ao Estado. Portanto, ele é sujeito passivo formal de todas as infrações criminais, possuindo essa posição de forma constante.
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. No estupro, é a pessoa natural que tem sua dignidade sexual violada. No roubo, aquele que possui o patrimônio violado, bem como aquele que sofre a violência ou grave ameaça, caso não seja o próprio titular do patrimônio lesado. Pode figurar como sujeito passivo material do delito a pessoa natural e, em alguns casos, também a pessoa jurídica. O morto não pode ser sujeito passivo de infração penal, sendo que, no caso dos crimes contra o respeito aos mortos, tutela-se a família do morto ou a coletividade.

11. 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.
b) **Objeto jurídico:** é o bem jurídico tutelado pela norma penal.

Em virtude do objeto jurídico, os crimes classificam-se em mono-ofensivos e pluriofensivos.

Crime mono-ofensivo é aquele que só possui um objeto jurídico. É o caso do homicídio, já citado, cujo objeto é a vida. Também é o caso do furto, que busca tutelar o bem jurídico patrimônio.

Crime pluriofensivo é o delito cuja previsão busca tutelar mais de um bem jurídico. Exemplo é o crime de roubo, que tutela a liberdade individual (ou a integridade física) e o patrimônio. Outro exemplo é o crime de latrocínio, cujos objetos jurídicos são a vida e o patrimônio.

Não há crime sem objeto jurídico.

É impossível que haja crime sem objeto jurídico. Conforme já estudamos, o princípio da ofensividade ou da lesividade preconiza que **não pode haver crime sem que haja conteúdo ofensivo a bens jurídicos**. A repressão penal, portanto, só se justifica se houver lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico. Por isso, toda infração penal necessariamente possui um objeto jurídico (mono-ofensivo) ou até mesmo mais de um (pluriofensivo). Entretanto, sempre deve haver objeto jurídico para que haja uma infração penal.

Com relação ao objeto material, é possível que haja crime sem ele:

Existem crimes sem objeto material.

Há crimes cuja conduta não recai diretamente sobre uma vítima nem sobre uma coisa. Podemos pensar, como exemplos, nos crimes de ato obsceno e de falso testemunho, que, portanto, não possuem objeto material. **E se o crime apresentar objeto material, mas, no caso concreto, houver sua impropriedade**

absoluta? Neste caso, teremos a hipótese de crime impossível ou quase-crime, como estudaremos adiante. Exemplo é o caso do sujeito que, buscando matar seu desafeto, vai até sua casa e o encontra deitado. Desfere vários tiros contra ele e parte em seguida. Ocorre que seu inimigo havia sofrido um ataque cardíaco e não dormia, mas já estava morto. Crime de homicídio não haverá, pois o objeto material ("alguém" – pessoa viva) não havia, por impropriedade absoluta.

Bem jurídico: constitui-se, na linha do que preleciona Roxin, circunstância da realidade ou uma finalidade necessária para uma vida segura e breve, garantindo-se os direitos fundamentais de cada um ou o funcionamento do sistema estatal que se volta a estes objetivos.

12. 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.

13. 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. Entretanto, o tema é um dos que mais foram discutidos no âmbito do Direito Penal, sendo espinhoso e controverso. A discussão sobre o

que é a conduta deu origem às chamadas 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.

13.1 Teoria causalista, causal-naturalista, naturalística ou clássica

A teoria causalista, também denominada causal-naturalista, naturalística ou clássica, surgiu na época 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. **O elemento subjetivo, a culpa em sentido amplo, é parte da culpabilidade**, devendo ser analisado neste substrato do conceito de crime. Percebam que, por essa teoria, é considerado um ato típico de homicídio culposo no trânsito qualquer atropelamento, ainda que o atropelado seja um suicida que tenha se lançado na direção do pneu dianteiro para dar cabo da própria vida. O elemento subjetivo só é analisado na culpabilidade. No nosso ordenamento jurídico, a culpabilidade é matéria de instrução processual, ou seja, deveria haver inquérito, processo e, só então, a análise da culpabilidade pelo juiz. Franz Von Liszt, por exemplo, diz que sem ato de vontade não há ação, mas ressalva que voluntariedade, para ele, não é livre-arbítrio (em um sentido metafísico), mas **simplesmente que o homem agiu sem coação física** (mecânica ou psicofísica)[2].

Alguns causalistas consideravam que, como parte da culpabilidade, o dolo seria considerado normativo, possuindo como seu elemento da consciência da ilicitude, nos termos do dolus malus do direito romano[3].

2 Liszt, Franz von. Ibidem, p. 197.

3 Altero aqui a versão anterior do Curso para inserir informações mais detalhadas.

Seria a posição de Carrara[4]. Outros, como Franz Von Lizst, entendiam que a consciência da ilicitude não estava inserida no dolo, que deveria ser compreendido não como o dolus malus[5], mas consistindo apenas em um elemento volitivo (manifestação de vontade) e um elemento intelectivo (representação sobre o resultado)[6]. Para ele, o erro sobre a ilicitude da ação não afastaria o crime[7]. A **culpabilidade** pode ser dolosa ou culposa, ou seja, é composta apenas do elemento subjetivo, o que a torna psicológica. Franz Von Liszt[8], 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". Foi defendida, dentre outros, pelos juristas Franz Von Liszt, Gustav Radbruch e Ernst Von Beling. É a estrutura adotada pelo Código Penal Militar.

13.2 Teoria neokantista 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. 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 de forma exclusivamente objetiva, já que há elementos subjetivos que compõem a própria descrição típica. Como diferença em relação à teoria causal, deve-se destacar que a culpabilidade passa a conter como elemento a inexigibilidade de conduta diversa. Deste modo, temos, na culpabilidade, o **dolo ou a culpa (elemento psicológico)**. Ademais, com a inclusão, pelos neokantistas, da **inexigibilidade de conduta diversa, a culpabilidade passa a contar com um elemento normativo**. Por isso, a culpabilidade, para a teoria neokantista, é psicológico-normativa.

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

---

[4] Essa posição já foi adotada pela Banca CESPE, no Concurso 2013 - Polícia Federal - Delegado de Polícia: "Segundo a teoria causal, o dolo causalista é conhecido como dolo normativo, pelo fato de existir, nesse dolo, juntamente com os elementos volitivos e cognitivos, considerados psicológicos, elemento de natureza normativa (real ou potencial consciência sobre a ilicitude do fato)."

[5] 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. 278.

[6] BRANDÃO, Cláudio. Teoria jurídica do crime. 6 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 225-226.

[7] Liszt, Franz von. Ob. Cit., p. 287-289.

8 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.

dolo ou culpa, bem como se possuía, à época da conduta, a consciência atual da sua ilicitude. Conduta não é ação, mas comportamento, o que abrange tanto a conduta positiva quanto a negativa, ou seja, tanto a ação quanto a omissão. Há uma substituição do método científico, das ciências naturais, pelo axiológico, ou seja, de juízo de valor. Cuida-se de teoria defendida por Mezger.

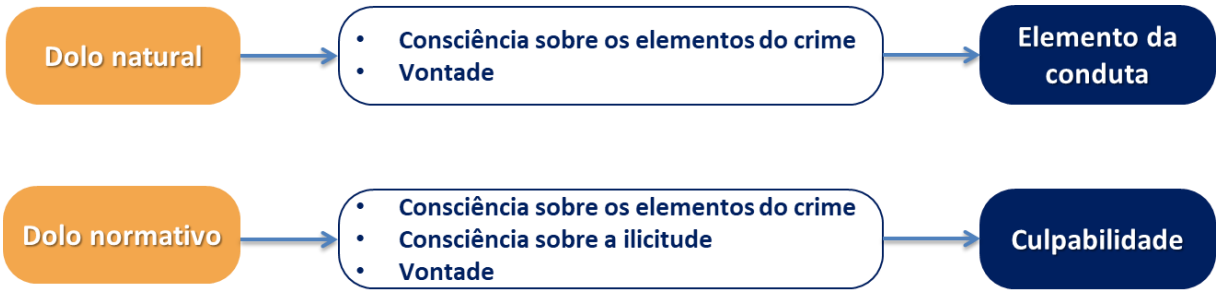
13.3 Teoria finalista

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 (ou 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, e não como elemento da culpabilidade, na qual há juízo de reprovação. Sendo o dolo analisado como elemento da conduta, sua análise é neutra, sem valoração. Abre-se espaço, assim, para a elaboração de **uma teoria pura da culpabilidade**, na qual se faz um juízo de valoração ou reprovação da conduta ilícita do agente. Retira-se o chamado elemento psicológico da culpabilidade, com a migração do dolo e da culpa para a conduta. Seu grande teórico, como se nota acima, foi Hans Welzel. É a teoria da conduta adotada por grande parte da doutrina atualmente. Ainda que tenham surgido vários questionamentos e novos enfoques, sua maior contribuição foi deslocar o elemento subjetivo do delito (dolo ou culpa) da culpabilidade para a conduta.

Visualizem a principal modificação na teoria do crime realizada pelo finalismo, com a concepção do dolo natural, em relação à concepção anterior (neokantismo), de dolo normativo, além de deslocar o dolo da culpabilidade para a conduta:



13.4 Teoria social da ação

Para a teoria social da ação, a ação ou a conduta é o comportamento humano socialmente relevante. Possui base finalista, de modo que não há grande modificação na estrutura do crime quando comparamos com a concepção de Hans Welzel. A **adequação social**, para a concepção em estudo, integra o fato típico. No conceito de crime, há a incorporação de um elemento sociológico de interpretação. A conduta deixa de ser punida porque a sociedade não a reputa mais injusta. Busca-se uma maior interação entre o ordenamento jurídico e a realidade social, em razão da mudança ser mais rápida em relação a esta última. Um exemplo seria uma luta esportiva, em que várias condutas praticadas configurariam, em tese, o crime de lesão corporal. Entretanto, por incentivo social ao esporte e aceitação geral de sua prática, a conduta, ainda que à primeira vista seja típica, não é assim considerada devido à aceitação de sua prática pela sociedade. Aponta-se como seu formulador o jurista Eberhard Shmidt.

13.5 Teoria constitucional do Direito Penal

A teoria constitucional do Direito Penal não é propriamente uma teoria da conduta. Entretanto, deve ser estudada em virtude de sua abordagem, por alguns autores, ao lado das demais teorias estudadas acima. Como resultado da supremacia da Constituição e de sua força normativa, a Teoria Constitucional preconiza que deve haver **controle do Poder Judiciário sobre as leis penais, sob a ótica da Constituição**. O Estado Democrático de Direito exige mais que previsão legal, devendo haver compatibilidade das leis formais com seu fundamento de validade, as normas constitucionais. É necessário haver conteúdo de crime para que o indivíduo seja responsabilizado criminalmente. Possui relevância, neste âmbito, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que deve servir de norte para a interpretação de todas as normas infraconstitucionais, notadamente as penais. Portanto, para que se configure um delito, são necessários a subsunção formal da conduta ao tipo penal e o conteúdo material de crime.

13.6 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.

13.7 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. Imaginem que um sujeito, muito mais forte, usa a mão de outro, débil, para empurrar um grande vaso de um terraço que atinge um transeunte. O sujeito débil, que teve seu corpo usado como instrumento, não pode ser responsabilizado, pois sequer conduta teve.
- ✓ **Caso fortuito ou força maior**: são dois institutos que a doutrina não consegue diferenciar de forma unânime, razão pela qual devem ser analisados em conjunto. 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. Deste modo, fica excluída a conduta, para o Direito Penal, do indivíduo sujeito à hipnose ou sob o efeito de sonambulismo.
- ✓ **Movimentos reflexos:** os movimentos reflexos do corpo, involuntários, são aqueles sobre os quais tomamos consciência após sua ocorrência. Cuida-se de uma reação corpórea a um estímulo sensorial. Por serem involuntários, não há, obviamente, voluntariedade e, assim, não se considera a existência de conduta para o Direito Penal.

13.8 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.

13.9 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).

Vejamos cada uma dessas modalidades de conduta a seguir.

14. 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:

14.1 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.

14.2 Teorias do dolo

Com relação ao dolo, a doutrina formulou algumas teorias sobre sua definição. Por isso, para melhor concepção do que é dolo para nosso Direito Penal, é imprescindível analisar tais teorias:

- ✓ **Teoria da vontade**: dolo é a vontade consciente de realizar a conduta e produzir o resultado.
- ✓ **Teoria da representação**: dolo é a vontade de realizar a conduta, prevendo o resultado, sem necessidade de que ele seja desejado.
- ✓ **Teoria do assentimento ou do consentimento**: dolo é a vontade de praticar a conduta, com a previsão do resultado e a aceitação dos riscos de produzi-lo.

Uma crítica realizada à teoria da representação, diz respeito a sua confusão com a culpa, que representa a quebra de um dever objetivo de cuidado pelo agente, que por sua vez produz um resultado não desejado, previsível ou não. Se adotada a teoria da representação, seria de difícil diferenciação a conduta culposa e a doloso. De todo modo, 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, no que diz respeito ao dolo eventual. Esta espécie de dolo será estudada a seguir.

14.3 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 psicológico, 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 causal 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 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 sucessivo, 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. Imaginem um sujeito que, após estrangular seu sogro, pensa que ele já faleceu. Para simular um acidente, joga o corpo do quinto andar, onde mora, sendo que o sogro só efetivamente morre com a queda. Percebam que a conduta que ele praticou com o fim de matar o sogro, o estrangulamento, não causou o resultado desejado. O resultado morte adveio de outra conduta, o lançamento do corpo da janela do apartamento. Por isso, a hipótese é denominada *aberratio causae*, pois há um equívoco quanto à conduta que teria dado causa ao resultado. Entretanto, dado o chamado dolo geral, ele deve ser responsabilizado pelo homicídio doloso do sogro, pois, não importa qual conduta dele deu causa ao resultado, se a que ele imaginava ter surtido efeito, ou se a posterior. Por ter agido com intenção, dotado de vontade livre e consciente de praticar o resultado morte, e pelo fato de uma de suas ações ter sido a causa do resultado pretendido, sua conduta é dolosa e penalmente relevante.

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. É o caso, por exemplo, do sujeito que vai pedir prestação de contas a um sócio, que acredita ter desviado dinheiro da sociedade empresária de que participam. Já sai de casa com a intenção de lhe causar lesões corporais, imaginando que uma "boa surra" lhe daria a lição necessária. Lá chegando, passa a agredi-lo, quando então ouve a confissão do sócio, que lhe diz não estar arrependido. Por isso, muda sua intenção de lesionar para a de matar, causando-lhe múltiplas lesões que o levam à morte. Este é o chamado dolo cumulativo, sendo que o agente, no caso, responderá apenas pelo crime de homicídio, em virtude da incidência do princípio da consunção.

- ✓ **Quanto ao critério cronológico**:

Antecedente, inicial ou preordenado: é o dolo que existe antes da conduta. Não é suficiente para a responsabilização penal. Imaginem que uma mulher quis furtar um casaco de peles de sua conhecida, por saber que é caríssimo. Depois de já ter deixado para trás esse intento criminoso, vai a uma festa e confunde seu casaco, falso, com o da outra mulher, verdadeiro e muito valioso. Incorre, claramente, em erro de tipo, não havendo dolo em sua conduta. O dolo anterior, existente antes de sua ação, não pode ser considerado para qualificá-la.

Concomitante: é o dolo que está presente no momento da conduta, sendo o elemento subjetivo necessário para a configuração do crime doloso. Configura-se de forma concomitante com a realização da conduta – comissiva ou omissiva – do agente. **É o dolo que possui relevância para o Direito Penal**.

Subsequente: é o dolo posterior à conduta. Imaginem que, sem nenhuma intenção, o sujeito atropela um transeunte. Após identificá-lo como um colega dos tempos da escola que contra ele praticava *bullying,* passa a desejar sua morte. Essa vontade de ver o inimigo morto, surgida após a conduta, não é apta a tornar sua ação dolosa.

- ✓ **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.

15. 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 pelo mestre 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.

15.1 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.

15.2 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.

É o caso do sujeito que resolve passar pelos cruzamentos de uma avenida sem obedecer aos sinais de pare nem às luzes vermelhas do semáforo, por estar com pressa para chegar em casa. Atua sem se atentar para o perigo de sua forma de conduzir o veículo. Causado um acidente, com lesões corporais na vítima, há um típico caso de comportamento culposo.

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.

Ademais, cabe o seguinte questionamento: e se o autor agir com culpa, assim como a vítima? E se, em um acidente de trânsito com lesão corporal da vítima, ambos ultrapassaram o sinal vermelho do semáforo, com clara imprudência? **Cabe a compensação de culpas no Direito Penal?**



Não cabe. É possível a consideração da culpa 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.**

15.3 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**. O agente, na verdade, atua com dolo, mas o erro de tipo indesculpável afasta o dolo, possibilitando a sua punição por culpa, caso haja previsão de modalidade culposa do delito praticado. Por tal razão, equipara-se tal conduta a uma ação culposa, de modo que temos uma culpa por assimilação ou por extensão.

✓ **Outra classificação**:

Culpa mediata ou indireta: ocorre quando um agente, após a produção de um resultado, a partir dele produz um segundo resultado, por culpa.

O típico exemplo citado pelos penalistas é aquele em que o agente mostra a arma de fogo para a vítima, visando a praticar um roubo, mas ela se assusta, corre para a rodovia e é atropelada. Vistas as espécies de culpa, cumpre questionar: **qual a diferença entre dolo eventual e culpa consciente?** O que distingue um e outro é exatamente a aceitação do resultado, ou, em outras palavras, a assunção do risco. NO dolo eventual, o agente assume o risco da produção do resultado. Na culpa consciente, o agente confia que o resultado não ocorrerá. 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"

Portanto, tanto na culpa consciente quanto no dolo eventual, temos **um resultado previsto pelo agente**. A diferença reside na atitude do sujeito em relação à previsão do resultado: se lhe é indiferente, ou seja, se ele aceita o risco e realiza a conduta, temos um caso de dolo eventual. Se, pelo contrário, o agente acredita que poderá evitar o resultado, o caso é de culpa consciente.

16. 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.

16.1 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.



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"[9]. Há, entretanto, doutrinadores que admitem tal modalidade[10]. 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.

16.2 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. Portanto, 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**.



Questão tormentosa que surge a partir dessa afirmativa é o caso de aborto qualificado pela morte ou lesão grave da gestante, em que há o resultado morte da grávida (fato culposo subsequente), mas o feto sobrevive, sem se configurar o aborto (fato doloso antecedente). Parte da doutrina considera uma exceção, sendo um caso de delito preterdoloso tentado. Outra parte defende que, ainda que o aborto não se consume, o delito qualificado é considerado consumado em virtude da morte da gestante, a exemplo do que se entende acerca do latrocínio. Por fim, é possível defender que o agente deve responder pelo aborto tentado e pelo homicídio culposo consumado, em concurso. Cuida-se de questão bastante controversa, mas cujo registro é importante. 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.

---

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

[10] 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.

O latrocínio, por sua vez, pode ou não ser preterdoloso, a depender de o resultado morte ser provocado a título de culpa ou dolo, sendo que ambas as formas configuram esse crime qualificado pelo resultado. Assim, há latrocínio no caso de o agente, com a violência, praticar a morte da vítima, desejando-a ou assumindo o risco de tal resultado. Neste caso, o latrocínio não é preterdoloso, já que houve dolo no fato antecedente e dolo quanto ao resultado. Por outro lado, também se configura o latrocínio se o agente, para efetuar a subtração, age com violência para conseguir se apropriar da bolsa da vítima. Entretanto, perde a medida da força necessária e acaba empurrando-a, o que a faz cair no chão e bater a cabeça em uma pedra pontiaguda. Com isso, a vítima falece. Temos, então, um latrocínio preterdoloso, pois o resultado foi praticado por culpa em sentido estrito (no caso, imprudência).

17. 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. Para compreensão da omissão como uma conduta penalmente relevante, a doutrina se debruçou sobre o tema:

17.1 Teorias da omissão

São teorias sobre a relevância da omissão para o Direito Penal:

- ✓ **Teoria naturalística** – entende que quem omite faz algo, diverso do que deveria fazer. Portanto, a omissão penalmente relevante não deixa de ser uma ação do agente, mas que destoa da conduta que se esperava dele e à qual ele era juridicamente obrigado. Por ser uma ação diversa do que deveria ser, a omissão pode provocar mudança no mundo exterior, ou seja, pode causar um resultado naturalístico.
- ✓ **Teoria normativa** – a omissão é um nada e, por isso, nada causa. Não há como se imputar um resultado naturalístico de forma direta a uma conduta omissiva, já que ela não pode causá-lo, por não ser nada. Essa teoria apenas admite que se responsabilize penalmente alguém que apresentou comportamento negativo a partir da ideia do **dever jurídico de agir**. Portanto, para que a omissão seja relevante para o Direito Penal, deve estar acompanhada do *quod debeatur*, ou seja, aquilo que tinha o dever jurídico de fazer. A omissão só interessa ao Direito Penal, portanto, a partir de uma norma que imponha comportamento diverso, um tipo mandamental, como já estudado.

  Portanto, a fórmula da teoria normativa da omissão é a seguinte:

  Non facere (comportamento omissivo) **+ *quod debetur*** (dever jurídico de agir).

  Adotada a teoria normativa, a relação de causa e efeito decorre da norma, sendo denominada, portanto, de normativa. Isto porque só se vincula o resultado naturalístico à omissão do agente em decorrência do dever jurídico de agir.

17.2 Espécies de Crime Omissivo

A doutrina classifica os crimes omissivos em omissivos próprios e impróprios. Parte da doutrina entende, ainda, existir uma terceira modalidade, denominada crime omissivo por comissão. Vejamos cada um deles.

✓ 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, cujas denominações são extraídas da obra de Fernando Capez:

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. É o caso dos pais, que possuem a responsabilidade sobre os filhos menores em virtude das normas do Direito de Família. Também é o caso do diretor do presídio em relação aos custodiados. Caso um deles deixe de alimentar aquele por quem é responsável, levando-o à morte, pode responder por homicídio por seu comportamento negativo (não fazer).

b) **de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado (dever de garantidor);**
Responsabiliza-se, assim, o sujeito que, não sendo obrigado por lei a impedir o resultado, obrigou-se por vontade própria. É o caso do sujeito que se vincula a um contrato, como o vigilante do banco. Imaginem que ele veja um sujeito, desarmado, furtar uma quantia do caixa e sair correndo, sendo que ele se abstém de qualquer conduta, mesmo podendo impedir sua fuga. Também aqui se enquadra o salva-vidas, que, podendo salvar uma criança que se afoga na piscina de um clube, assiste à cena inerte.

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. Deste modo, se o sujeito causa incêndio em sua fazenda e não acorda seu empregado, que dorme na edícula, mesmo podendo fazê-lo sem risco à sua integridade física, pode responder por homicídio, se ele vier a morrer. Obviamente, toda a sua conduta deve ser livre e consciente, com o dolo de não agir, apesar de saber ter criado a situação de risco.
Justamente por esse dever jurídico específico de agir, que envolve o agente que criou o perigo, é que o estado de necessidade não pode ser invocado pelo causador do risco. Ora, se ele mesmo colocou o bem jurídico em perigo, criando o risco da produção do resultado, tem o dever de evitá-lo.

Apesar de a denominação acima fazer referência à hipótese da alínea *b* do § 2º, do art. 13, do CP, como figura do garante, a doutrina costuma se referir a todas as espécies de crimes omissivos impróprios como sendo os que apresentam a figura do garante (ou do garantidor). Garantidor, assim, seria todo aquele que tem o dever específico de cuidado decorrente da cláusula geral (artigo 13, § 2º, CP).

17.3 Requisitos da omissão

São requisitos da omissão:

- **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.

17.4 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.

18. 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.

18.1 Espécies

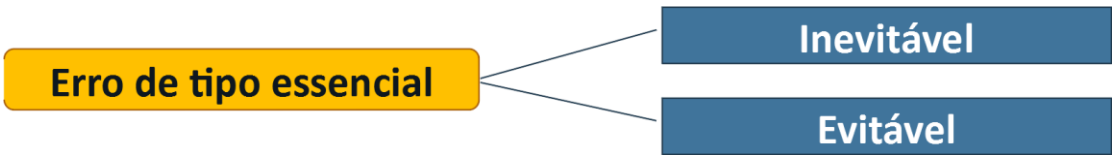
O erro de tipo pode ser essencial ou acidental, a depender do elemento sobre o qual recai.

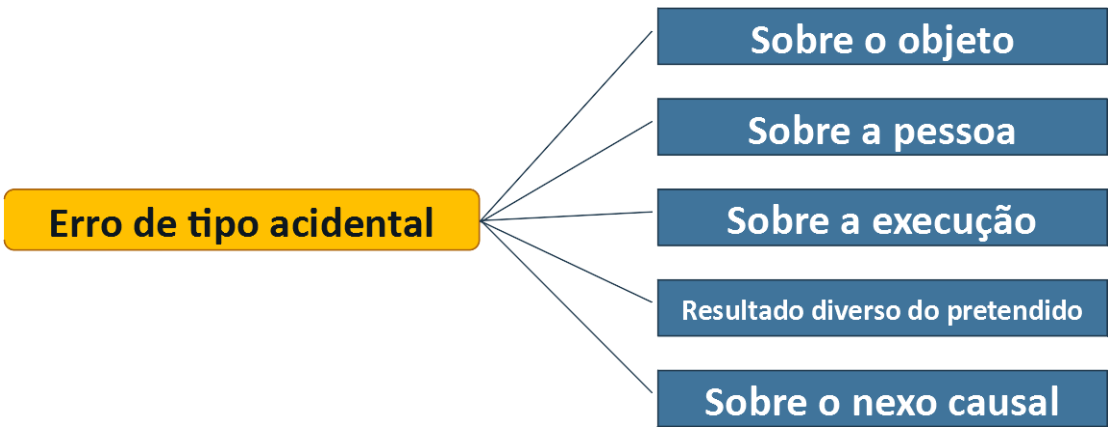
- **Erro de tipo essencial**: recai sobre os elementos principais do tipo penal (elementares e circunstâncias).

  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:





18.2 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. Podemos pensar no sujeito que, no clássico exemplo da festa, leva um chapéu de outra pessoa, mas de idênticos tamanho, marca e estado de conservação. Neste caso, seria difícil que ele evitasse a confusão e sua falta percepção da realidade, razão pela qual o erro é considerado escusável.

- **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.

  Imaginem, neste caso, o sujeito que, ao sair da universidade com raiva de sua reprovação nos exames, resolve quebrar o retrovisor do seu próprio carro em um ataque de ira. Entretanto, para em frente ao carro de outra pessoa e o depreda. Neste caso, bastaria olhar a placa do veículo ou mesmo se lembrar de onde estacionou o veículo. Pode-se considerar, neste caso, que o erro foi vencível, possibilitando a responsabilização penal a título de culpa. Entretanto, como o crime de dano não admite a modalidade culposa, não haverá responsabilização penal, restando a solução para o Direito Civil. Outro exemplo seria o do sujeito que atira em uma pessoa na mata, pensando se tratar de um animal. A pessoa atingida estava vestida com trajes normais, fazendo uma trilha. Logo, se o sujeito que atirou tivesse tido mais diligência, prestado mais atenção, não teria atirado. Caso a vítima sofra lesões corporais, o atirador responderá pela modalidade culposa. Isto porque a lei prevê a lesão corporal culposa, possibilitando a sua punição.

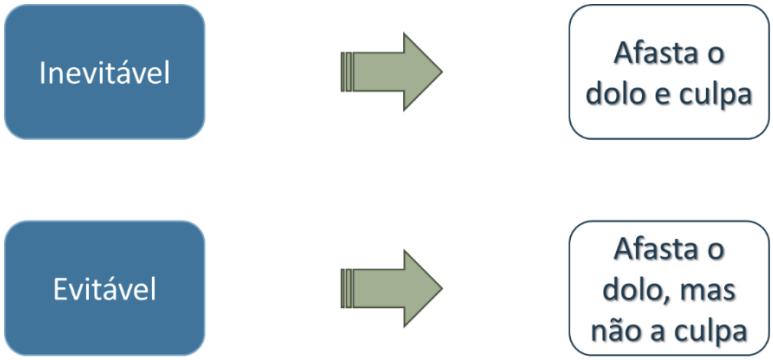
E como se determina se o erro é evitável ou inevitável?

A doutrina fornece critérios para se determinar se o erro é evitável ou inevitável, sendo que há duas correntes: **Tradicional:** leva-se em conta o **"homem médio"**, a previsibilidade de uma forma geral, sem levar em conta a pessoa do agente. Considera-se como uma pessoa "comum" agiria naquela situação e qual o grau de diligência que normalmente se esperaria dela. **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. **E quais os efeitos do erro de tipo essencial?**

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.



18.3 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.

Pensem em uma mulher que quer danificar o carro de sua concorrente na organização em que trabalham. Ao fim do expediente, lança uma pedra no para-brisa do veículo na frente do prédio, acertando o carro de sua mãe, que fora lhe fazer uma surpresa, em vez do carro da colega de trabalho. Percebam que o crime seria o mesmo, mas, no caso do dano praticado contra ascendente, a pena teria uma agravante, prevista no artigo 61, II, *e*, do Código Penal. Adotando a regra do *in dubio pro reo*, ela deveria responder como se houvesse danificado o caso de sua inimiga, sem a agravante.

➢ **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.

Assim, imaginem que Pedro, com nítido propósito de violência doméstica contra a mulher, resolve matar sua esposa, que já havia agredido algumas vezes, e vai ao seu encontro na porta da casa da sogra. Lá, confunde sua esposa com a sua cunhada, já que ambas são gêmeas. Então, dispara contra a cunhada e a mata. Ele deve responder como se tivesse matado sua esposa (a vítima virtual). Deste modo, responderá pelo feminicídio, e não pelo homicídio, apesar de ter efetivamente matado sua cunhada, com quem não tinha quase nenhum contato.

- **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.**

Um exemplo é o da mulher que resolve envenenar o próprio marido para ficar com a herança. De manhã, prepara seu café, já que ele acorda bem cedo para ir trabalhar, e aproveita para despejar uma boa dose de estricnina na bebida. Ocorre que, enquanto se distrai com outros afazeres domésticos, fingindo naturalidade, sua filha acorda e bebe o café, falecendo em virtude da bebida. Ela responderá pelo homicídio como se o seu marido tivesse sido a vítima, inclusive com a qualificadora do motivo torpe e a agravante do crime praticado contra o próprio cônjuge. Isto porque deve ser considerada a vítima virtual. Este é um caso de erro **por acidente** (*aberratio ictus* por acidente).

Imaginem que o sujeito resolva se vingar do seu vizinho por uma briga banal sobre a limpeza da calçada e, deste modo, resolve jogar uma pedra em sua cabeça quando ele passar perto de sua casa. Entretanto, ao ver o seu vizinho perto da cerca da sua propriedade, lança a pedra e atinge um transeunte qualquer. Ele deverá responder pelo crime como se tivesse atingido seu vizinho, o que fará com o que o motivo de sua conduta seja considerado na fixação da pena. Cuida-se de um erro **no uso dos meios de execução** (*aberratio ictus* no uso dos meios de execução).

Por fim, imaginemos uma pessoa sem treinamento com arma de fogo e que adquire uma. Certo dia, discute com um colega de trabalho. Então, no dia seguinte, leva sua arma na sua maleta e dispara contra ele, mas, por falha na pontaria (erro no uso dos meios de execução), acerta seu chefe no braço,

de raspão, e atinge o colega de quem não gosta, lesionando-o. Portanto, praticou lesão corporal tanto na pessoa que queria atingir quanto em outra, incidindo a regra do **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 ensejará responsabilização criminal. 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:

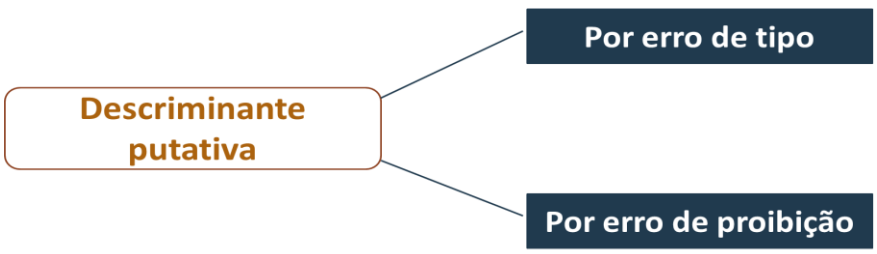
a) Erro sobre o nexo causal em sentido estrito: o agente **só pratica um ato**, mas atinge o resultado por causa diversa da que pretendia. É o caso do sujeito que lança a vítima do alto, para que caia no mar e morra afogada, por não saber nadar. Entretanto, ela bate a cabeça numa rocha e morre com o impacto. O agente responde pelo crime de forma dolosa, de todo modo, já que ele pretendia o resultado, não importando se o obteve da forma como imaginava. Mesmo que sua conduta tenha surtido o efeito desejado de forma diferente da projetada, o agente agiu com dolo e obteve o resultado com tal conduta, respondendo pelo delito doloso.

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. É o caso de quem atira no seu inimigo e, imaginando que ele esteja morto, lança-o do penhasco. Se a vítima estava viva e só morre ao ser lançada do penhasco, o autor deve responder por homicídio doloso, pois tinha intenção de matar (mesmo que por outra forma).

18.4 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). Estudamos que a ilicitude é a contrariedade da conduta do agente ao ordenamento jurídico, sendo que a descriminante, portanto, torna o comportamento, que seria contrário ao ordenamento em um primeiro momento, conforme a lei. A descriminante, então, afasta a ilicitude.

São descriminantes previstas no Código Penal: a legítima defesa; o estado de necessidade; o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de um direito. 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. Visto isto, podemos conceituar a **descriminante putativa como uma imaginação do agente de que existe uma causa que exclui a ilicitude do seu comportamento**. O indivíduo supõe estar acobertado por uma excludente de ilicitude, mas não está. Isto deriva de sua imaginação, ou seja, ele age sob o efeito de um erro. Nós estudaremos as descriminantes ao longo do curso, mas aqui já precisamos saber que é possível que haja uma situação de descriminante putativa **por erro de tipo** ou **por erro de proibição**. A descriminante putativa por erro de tipo ocorre quando o agente imagina que está acobertado por uma excludente de ilicitude por interpretar de modo equivocado a realidade, o mundo que o cerca. A descriminante putativa por erro de proibição se configura quando o agente imagina, equivocadamente, estar agindo sob a incidência de uma excludente de ilicitude, mas porque interpreta a norma, que prevê tal excludente, de forma errada. Vejamos em um esquema:



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.

O agente pode ter se equivocado de forma inevitável ou evitável. Se seu equívoco se deu de modo **inevitável, afastam-se o dolo e a culpa**, razão pela qual ele não pode ser responsabilizado penalmente (não se admite responsabilidade penal objetiva). Se o equívoco podia ser evitado, chamamos de um erro **evitável, inescusável ou indesculpável**, possibilitando a sua punição pela modalidade culposa do crime, se houver. Neste caso, diz-se que agiu com **culpa imprópria**. Não se trata propriamente de culpa, pois ele age de forma intencional, mas imaginando estar acobertado por uma causa que justifica sua ação, que a tornaria conforme o ordenamento jurídico. **É um erro de tipo essencial sobre um tipo permissivo, possuindo o mesmo tratamento, portanto**. Parte da doutrina denomina tal erro, por conseguinte, de **erro de tipo permissivo**. O agente se equivoca sobre a realidade, mas não sobre os elementos que configuram o crime (erro de tipo), mas sobre os fatos que configuraram a própria excludente de ilicitude (erro de tipo permissivo ou descriminante putativa por erro de tipo).

Como exemplo, pensemos no caso do sujeito que encontra seu inimigo, em uma rua escura, e pensa que este quer lhe matar. Quando esse inimigo vai retirar o celular do bolso, pensa se tratar de uma arma de fogo e atira, imaginando-se acobertado pela legítima defesa. Ele agiu porque imaginou estar acobertado pela legítima defesa, mas, na verdade, teve uma interpretação equivocada dos fatos, do mundo real. Portanto, configura-se uma descriminante putativa (uma legítima defesa apenas imaginada) por erro de tipo (decorrente de interpretação equivocada da realidade).

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. O **erro de proibição direto,** por sua vez, seria aquele em que o agente interpreta a própria norma penal de forma incorreta, imaginando que sua conduta não é alcançada pela lei penal incriminadora, como a dona de casa que, muito idosa e acostumada a um tempo patriarcal, usa o CPF do marido como se dela fosse, por não ser costume, antigamente, que mulheres portassem referido documento. Neste caso, a má

interpretação se refere à norma penal incriminadora, ou seja, aquela que prevê a infração, que traz o tipo penal.

Voltando ao **erro de proibição indireto, erro de permissão ou descriminante putativa por erro de proibição**, podemos citar um exemplo típico: é a chamada legítima defesa da honra, que não existe, não sendo situação acobertada pela excludente de ilicitude legítima defesa. Ou seja, o agente interpreta mal a norma que prevê a excludente de ilicitude, imaginando que está acobertado pela descriminante da legítima defesa. Entretanto, é um erro dele sobre a abrangência da norma que trata da legítima defesa. Por isso, podemos dizer que seu erro de proibição (má interpretação da norma) foi indireto (não diz respeito à norma penal incriminadora, mas a uma norma que prevê uma excludente de ilicitude). Voltaremos ao tema quando do estudo da culpabilidade, que possui relação com o erro de tipo e o erro de proibição.

18.5 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.



Atenção para a diferença entre os institutos a seguir:

Erro de tipo essencial: o agente pratica uma conduta típica, mas por falsa percepção da realidade. Ele se equivoca sobre um elemento essencial para a configuração do delito. É o caso do sujeito que pensa atirar em um urso, mas na verdade atinge um jovem que estava fantasiado para uma festa. Se inevitável, não responde pelo crime, pois ficam afastados o dolo e a culpa. Se evitável, responde pela modalidade culposa do delito, se houver.

Erro de proibição: o agente pratica uma conduta típica por má interpretação da norma. Por exemplo, o sujeito imagina que a licença obtida para matar determinado espécime da vida selvagem também abrange outra espécie da fauna da região. Não se trata de alegação de ignorância da lei. Ele age sabendo que tem a licença, mas interpreta a sua abrangência de forma errada. Se o erro for inevitável, não responde, por falta de potencial consciência de ilicitude e, portanto, ausência de culpabilidade. Se evitável, responde pelo delito previsto no artigo 29 da Lei 9.605/98, com diminuição de pena de um sexto a um terço.

Delito putativo por erro de tipo: o agente visava a cometer um crime, mas, por falsa percepção da realidade, pratica um fato atípico. Imaginemos que José, querendo entrar para o tráfico, procura um conhecido criminoso da região, que lhe vende talco. Ele, por vários dias, separa o pó em cápsulas e chega a anunciar a

venda de cocaína. Entretanto, apesar de ele imaginar estar praticando o delito previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006, praticou fato atípico. Vender talco não é uma conduta penalmente relevante.

Erro de subsunção: 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.

19. 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.*

Nota-se que o Código Penal foi claro quanto à exigência de ocorrência de resultado para a existência de crime. Como dito, de acordo com a teoria naturalística, nem todo crime possui resultado. Assim, **somente se compatibiliza perfeitamente com a legislação em vigor a teoria normativa, por preconizar que todo crime possui resultado**. Para o professor Damásio de Jesus, o resultado pode ser **físico**, como seria o caso do crime de dano; **fisiológico**, tal como ocorre no homicídio; ou **psicológico**, como nos crimes contra a honra.

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.
- ✓ **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.
- ✓ **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.

  _Crime de perigo concreto: é aquele que, para se configurar, exige a demonstração de efetivo risco de dano ao bem jurídico.

20. 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 o Mestre Cezar Roberto Bitencourt. 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.

20.1 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. 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. Foi elaborada pelo jurista Maximilian Von Buri.

20.2 Teoria da eliminação hipotética dos antecedentes causais

A teoria da eliminação hipotética dos antecedentes causais preconiza que causa é todo fato que, se for eliminado no campo da suposição, leva à exclusão do resultado. Deste modo, caso se queira descobrir se determinado antecedente é considerado causa do resultado, basta proceder à sua eliminação hipotética e verificar se, mesmo assim, o resultado ocorreria. Se o resultado não ocorreria sem referido antecedente, este deve ser considerado sua causa. Assim como a teoria anterior, a questão é o ilimitado regresso, já que todo antecedente cuja eliminação hipotética exclua o resultado seria considerado sua causa. Como consequência, os antecedentes causais seriam ilimitados. Notem que a teoria da equivalência dos antecedentes causais e a teoria da eliminação dos antecedentes causais possuem as mesmas bases e os mesmos efeitos, sendo aqui separadas apenas para efeitos didáticos.

O professor sueco Johan Thyrén foi o responsável por sua elaboração. A aplicação conjunta das teorias da equivalência dos antecedentes causais e da eliminação hipotética geraria a denominada causalidade objetiva ou efetiva do resultado. Somente a causalidade psíquica, entretanto, impede com que o regresso seja eterno, por considerar todos os antecedentes que como causas do resultado provocado.

20.3 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**. 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. Entretanto, critica-se essa teoria em razão de eliminar o nexo causal e, portanto, a imputação causal em casos de mínima probabilidade de a conduta do agente produzir o resultado.

Seria o caso, por exemplo, do sujeito que, em uma brincadeira com um amigo do trabalho, joga-o na piscina muito rasa. Ocorre que o indivíduo possui uma doença raríssima, denominada urticária aquagênica, que causa reação no contato à água. Ele leva a vítima ao hospital e, sem saber sobre os medicamentos que ela usa, acompanha-a no tratamento e ela recebe um remédio cujo princípio ativo reage com outro que tomava, por outro problema de saúde. Com isso, a vítima sofre uma reação e falece. Percebam que, apesar de ser o responsável pela conduta, por seu comportamento culposo, sua ação pode ser considerada inidônea para a produção do resultado já que, nas circunstâncias do caso, era impossível que o sujeito se afogasse ou se lesionasse pela forma como foi lançado à piscina rasa. Desta forma, não seria possível sua punição de acordo com a teoria da causalidade adequada.

Imaginem também um indivíduo que dirige seu carro sem verificar se os pneus já estão gastos. Naquele dia, cai uma chuva inesperada e acima do previsto, tendo havido, ainda, um derramamento de produto escorregadio na pista de rolamento. Ademais, havia obras na pista, sendo que os fortes ventos levaram para o acostamento os cones de sinalização. Neste mesmo momento, um indivíduo prende seu pé no buraco feito para conserto do asfalto, o que motiva o atropelamento, já que o veículo freia de forma inadequada e mais lenta pelo estado de conservação dos pneus. O choque não é tão forte, mas o sujeito possui hemofilia e, por isso, acaba por falecer, já que a ambulância, única da região, estava socorrendo outro sujeito e demora chegar ao local. Ainda que muito específico, o exemplo demonstra que a conduta do agente, que dirigia em velocidade reduzida, não se mostra idôneo, a princípio, para a produção do resultado. Segundo os ensinamentos da teoria da causalidade adequada, a doutrina aponta que não seria possível a responsabilização do agente por seu comportamento culposo. Foi elaborada pelo professor alemão Johannes von Kries

20.4 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. Imaginemos que dois motoristas imprudentes ultrapassam a velocidade permitida na via e acabam se chocando, ao mesmo tempo, com um motociclista. O motociclista morre. Como sabemos, não se admite tentativa de crime culposo. Se eliminarmos um dos resultados, a vítima ainda assim teria morrido. Deveriam ambos ficar impunes, como seria o resultado da teoria da equivalência dos antecedentes?

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.

Referida teoria foi desenvolvida pelo jurista Karl Larenz e posteriormente levada ao Direito Penal por Richard Honig. Ela busca corrigir as deficiências das demais teorias e estabelecer um método para definição do nexo causal entre a conduta do agente e o resultado típico. A ideia central da imputação objetiva é considerar causa de um resultado típico o comportamento do agente que demonstre um **risco proibido** ao bem jurídico tutelado, além de trazer um conteúdo jurídico para a imputação do resultado ao autor.

Deste modo, o fato típico depende de:

- **Imputação objetiva:** análise da causalidade naturalística, de que o antecedente seja causa do resultado. Cuida-se de uma análise de causa e efeito, somada a uma análise jurídica baseada no risco proibido.
- **Imputação subjetiva**: verificação sobre a existência do dolo ou da culpa, imprescindível à consideração de que um antecedente é causa efetiva do resultado.

Vale realizar um breve comentário sobre uma divergência doutrinária:

- Há autores que entendem que a imputação objetiva substitui as teorias da causalidade (teoria da equivalência das condições e teoria da causalidade adequada), que se baseiam no dogma causal (a imputação ao resultado depende de uma relação de causa e efeito), pela ideia do risco não permitido. É a posição de Damásio de Jesus e Juan Bustos Ramírez[11].
- Há autores que tratam da causalidade dentro da imputação objetiva. Assim, a relação de causalidade seria um elemento da imputação objetiva. É a posição de Jakobs e Frisch[12].

[11] ROCHA, Ronan. A relação de causalidade no direito penal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 68-69

[12] ROCHA, Ronan. A relação de causalidade no direito penal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 61 e 67.

Existe, ainda, a posição de que a causalidade é um pressuposto da imputação objetiva, de modo que, após constatado o nexo de causalidade, deve-se analisar se há imputação objetiva. É o que defende Claus Roxin[13] e parece ser a posição de Nucci (para quem a imputação objetiva "interpõe-se, na verificação da tipicidade, entre o nexo causal naturalístico e o elemento subjetivo"[14].

A teoria da imputação objetiva exige 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 permitido socialmente, o que afasta a imputação do resultado ao sujeito.

Em razão do exposto acima, só pode ser imputado a alguém o resultado que esteja na linha de desdobramento normal da sua conduta, não sendo possível a responsabilização penal por um comportamento socialmente aceito como permitido. Não se pode imaginar que um indivíduo receba uma sanção penal por ter espirrado, sem imaginar que havia contraído COVID-19, antes mesmo do surto, por exemplo, e, assim haja transmitido o vírus para outrem, sem que tenha feito nada fora do habitual.

Referida teoria foi formulada inicialmente pelo jurista e filósofo alemão Karl Larenz. Atualmente, um grande expoente e defensor da teoria, que inclusive lhe deu maior desenvolvimento, é o jurista Roxin.

Claus Roxin, defensor do funcionalismo teleológico, fala em três requisitos para a imputação ao tipo objetivo:

1. Um **resultado causado pelo agente** só pode ser imputado ao tipo objetivo se a conduta, por ele praticada, haja criado um **perigo para o bem jurídico** não coberto por um risco permitido. O jurista alemão exemplifica. No caso de alguém enviar outro a uma tormenta, torcendo para que seja morto por um raio, não há risco proibido.
2. Esse **perigo também tenha se realizado no resultado concreto**.
   Se alguém pratica uma lesão leve e a vítima vai ao hospital, onde morre em um incêndio, houve risco proibido. Entretanto, neste caso o perigo não se realizou no resultado, ou seja, o risco que foi causado à integridade física não se realizou na morte, causada exclusivamente pelo incêndio.
3. Se o resultado se apresenta como realização de um perigo criado pelo autor, por regra geral lhe é imputável, configurando-se o nexo causal. Entretanto, **excepcionalmente pode desaparecer a imputação se a abrangência da norma incriminadora não alcança determinados perigos e suas repercussões**.

---

[13] ROCHA, Ronan. A relação de causalidade no direito penal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 76-77.

[14] NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 15 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 135.

Exemplifica o mestre com o caso de alguém que convida outra pessoa a ir escalar uma montanha, desejando um acidente, o qual efetivamente ocorre. Ainda que com fundamentação em direito alemão, o penalista conclui que não está no âmbito de alcance da norma a autocolocação em perigo.

A identificação do risco, segundo entendimento amplamente adotado pela doutrina, deve ocorrer por meio de **prognose póstuma objetiva**. É um juízo de prognose, porque leva em conta o conhecimento que o agente podia ter à época da conduta. É póstumo, porque é realizado pelo juiz, depois de a conduta já ter sido praticada e ter sido possível analisar se o risco veio ou não a se concretizar. Por fim, é objetiva porque leva em conta os dados conhecidos do ponto de vista de um comportamento de um homem prudente, e não subjetiva, feita com base em critério pessoal do julgador quanto à assunção do risco.

20.5 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.

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**.

Vejamos as diferenças entre as concausas e a possibilidade de responsabilização pelo resultado no quadro abaixo:

Causas	Espécie		Responsabilização
Absolutamente Independentes	Preexistente		Rompem o nexo causal. O agente responde somente pelos atos que praticou.
	Concomitante		
	Superveniente		
Relativamente Independentes	Preexistente		Não rompem o nexo causal. O agente responde pelo resultado provocado.
	Concomitante		
	Superveniente	Que não produz o resultado por si só (soma de energias)	
		Que por si só produz o resultado (novo nexo de causalidade)	Rompe o nexo causal

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.

21. 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.

Parte da doutrina diferencia tipicidade e adequação típica:

- **Tipicidade**, em princípio, seria a análise de correspondência formal entre a conduta e o tipo penal. Analisaremos que há mais de um conceito de tipicidade, mas, de forma introdutória, podemos adotar este.
- **Adequação típica** seria uma análise mais aprofundada, passando pela subsunção formal e fazendo análise da vontade ou da finalidade do agente.

21.1 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.



Vejamos as correntes sobre o assunto:

- **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 na aula 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 ou incentivado 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 e ao consentimento do ofendido 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, 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. 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.

22. ILICITUDE

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

22.1 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.

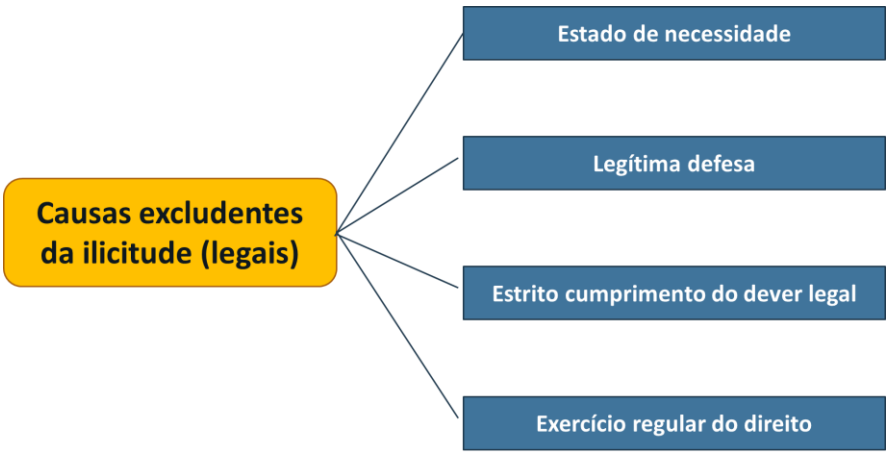
23. CAUSAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE

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 elenca as causas excludentes da ilicitude:

> *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:



23.1 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. É uma faculdade do indivíduo, segundo Cezar Roberto Bitencourt, que pode salvar o bem jurídico, com o sacrifício de outro, desde que referido sujeito não tenha por si mesmo colocado o bem jurídico em risco, nem tenha o dever jurídico de agir. Nestes casos, de provocação de perigo ou de dever legal do agente, há a incidência da cláusula de dever jurídico de agir, sendo que a inércia do agente em proteger o bem jurídico pode ensejar a configuração do crime comissivo por omissão (crime omissivo impróprio).

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. Há divergência doutrinária sobre a necessidade ou não de o bem jurídico salvo ter valor superior ao do interesse jurídico protegido. Essa discussão levou a divergências, com existência de diferentes teorias para explicação do estado de necessidade:

- ✓ **Unitária**: o estado de necessidade é sempre causa excludente da ilicitude. O agente não precisa calcular o valor dos bens em conflito, basta que aja com razoabilidade.

  Foi a adotada pelo Código Penal, que não exige que o agente proceda à valoração dos interesses jurídicos em conflito.
- ✓ **Diferenciadora:** se o bem jurídico sacrificado tiver valor menor ao do protegido, tem-se o estado de necessidade justificante, que é excludente da ilicitude. Se o bem sacrificado tiver valor igual ou maior que o protegido, tem-se o estado de defesa exculpante, cuja natureza jurídica é a de causa supralegal de exclusão da culpabilidade.
- ✓ **Equidade:** o fato não deve ser punido por razões de equidade. Possui base na teoria de Immanuel Kant.

São **requisitos** do estado de necessidade:

- ✓ Perigo atual e inevitável;
- ✓ Não provocação voluntária do perigo;
- ✓ O perigo deve ameaçar direito próprio ou alheio;
- ✓ Inevitabilidade do comportamento lesivo;
- ✓ Inexigibilidade do sacrifício do interesse ameaçado;
- ✓ Finalidade de salvar o bem do perigo, conhecimento da situação de fato exculpante (elemento subjetivo);
- ✓ Ausência do dever legal de enfrentar o perigo.

23.2 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, político e jurista italiano, 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.*

Deste modo, há exclusão da ilicitude na conduta praticada com o fim de, dentro do uso moderado dos meios, rechaçar agressão atual ou iminente ao seu próprio bem jurídico ou a um bem jurídico pertencente a outrem. Para configuração da legítima defesa, excludente da ilicitude, são necessários os seguintes requisitos:

- Agressão injusta;
- Agressão atual ou iminente;
- Proteção de direito próprio ou alheio;
- Uso moderado dos meios necessários;
- Conhecimento da situação de fato justificante.

O conhecimento da situação de fato justificante é o **elemento subjetivo** necessário para a configuração da legítima defesa. É necessário que o agente saiba que está repelindo uma agressão injusta e possua a vontade livre e consciente de neutralizá-la para defender bem jurídico seu ou alheio. Este elemento subjetivo pode ser denominado de *animus defendendi*. Caso a vítima tenha a opção de fugir ou de ficar e enfrentar o perigo, sua opção de correr da injusta agressão é chamada de *commodus discessus*. Não se exige o *commodus discessus,* de modo que, se o agente ficar e enfrentar a injusta agressão, não se descaracterizará a excludente de ilicitude.

23.2.1 - Classificações de legítima defesa

Existem algumas espécies de legítima defesa, assim denominadas pela doutrina:

Legítima defesa real ou própria: é a legítima defesa com todos os pressupostos preenchidos.

Legítima defesa putativa: como já visto, o termo putativo deriva do verbo latim *putare*, que significa imaginar, supor. O agente supõe, por erro de tipo ou de proibição, estar acobertado por legítima defesa. Deste modo, repele uma agressão que só é injusta em razão do equívoco do sujeito.

Legítima defesa sucessiva: é a causa de excludente que acoberta o agente que, após provocar a injusta agressão, busca repelir o excesso.

Legítima defesa subjetiva: é o excesso derivado de erro de tipo escusável ou inevitável. Neste caso, a vítima se excede, ao se defender de uma injusta agressão, por interpretar a realidade de forma equivocada, pensando necessitar de meios mais gravosos do que realmente necessita.

E se houver erro de execução (aberratio ictus) na legítima defesa?

O agente responde como se tivesse atuado contra o agressor, nos termos do artigo 73 do Código Penal. Como estudamos sobre o erro de execução, deve-se considerar a vítima que o agente buscava atingir (vítima virtual), e não aquela que efetivamente atingiu (vítima real). Deste modo, considera-se como tendo efetivamente agido em legítima defesa.

Há divergências, pois parte da doutrina defende que há estado de necessidade neste caso.

Cabe legítima defesa recíproca?

A doutrina afasta a hipótese, por ser seu requisito a agressão injusta. Caso o sujeito inicie uma agressão injusta e a vítima se defenda (legítima defesa), não é possível que o sujeito que iniciou a agressão invoque a legítima defesa, pois a agressão da vítima é legítima.

Em algumas situações, **não é cabível a invocação da legítima defesa contra**:

- **Legítima defesa real**: não cabe legítima defesa recíproca, pois uma das agressões será injusta.
- **Estado de necessidade real**: se o sujeito age em estado de necessidade, não há como se repelir sua agressão a título de legítima defesa, pois a atitude dele não será injusta. É possível, entretanto, estado de necessidade recíproco.
- **Exercício regular do direito**: se alguém está agindo conforme um direito seu, sua conduta não pode ser classificada como injusta agressão e, por isso, não pode ser repelida a título de legítima defesa.
- **Estrito cumprimento do dever legal**: do mesmo modo que o exercício regular de um direito, o agente que atua em estrito cumprimento do seu dever legal não pratica injusta agressão, por agir em conformidade com um dever que lhe é dado. Deste modo, ausente agressão injusta, não há que se falar em legítima defesa.

23.3 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.

Como as demais causas excludentes de ilicitude, já estudadas, é imprescindível que esteja presente o **elemento subjetivo**. Isto é, o agente deve ter conhecimento da situação que o permite agir em estrito cumprimento de um dever legal. Caso contrário, o fato é ilícito.

Deste modo, se um agente público possui o dever de destruir produtos trazidos para o Brasil de forma ilícita e, mesmo ignorando que a garrafa de bebida que seu vizinho trouxe de uma viagem internacional possui teor alcoólico acima do permitido, apreende-a para satisfação pessoal e a destrói. Sua conduta não estará acobertada pelo exercício regular de um direito, em razão de não ter consciência dos elementos que tornavam sua conduta lítica e de ter se portado com outra vontade livre e consciente, que não era a de cumprir seu dever legal. A excludente do estrito cumprimento do dever legal se estende aos coautores, ou partícipes do fato, desde que esteja presente o elemento subjetivo.

O estrito cumprimento do dever legal abrange o particular ou apenas o funcionário público?

A doutrina diverge a respeito da possibilidade de um particular invocar o estrito cumprimento do dever legal. Para a maioria, o particular pode sim invocar esta excludente da ilicitude. Seria exemplo o caso do advogado que se nega a depor, em juízo, sobre fatos confidenciados pelo cliente. Também poderiam invocar o estrito cumprimento de dever legal o jurado e o mesário das eleições, dentre outros.

23.4 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. Mais uma vez, cumpre enfatizar a necessidade, como nas demais excludentes de ilicitude, da presença do **elemento subjetivo**. A consciência do agente deve abranger todos os fatos, assim como a situação que autoriza a sua prática, sob pena de ser a conduta ilícita. Se o elemento subjetivo for outro, há crime. São requisitos do exercício regular de um direito:

- Proporcionalidade
- Indispensabilidade
- Elemento subjetivo (conhecimento da situação)

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.

23.5 Ofendículos

Os ofendículos, também denominados de *offendicula* ou *offensacula*, querem dizer obstáculo ou obstrução. Cuida-se de aparato predisposto, que deve estar visível, destinado à proteção de bens jurídicos, como a vida

e a propriedade. Note-se que o obstáculo deve ser perceptível, não devendo estar oculto ou articulado para agir de surpresa.

23.6 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. Se o consentimento do ofendido não for elementar do crime, pode-se analisar se a hipótese é de exclusão da ilicitude. Cuida-se de matéria doutrinária e, por isso, não há consenso sobre sua aplicação. Seriam exemplos de delitos em que o consentimento do ofendido seria uma cláusula excludente de ilicitude: o furto e a lesão corporal leve. Para que o consentimento do ofendido seja considerado causa supralegal de exclusão de ilicitude, apontam-se os seguintes requisitos:

- Capacidade do ofendido;
- Validade do consentimento;
- Disponibilidade do bem (objeto jurídico);
- Titularidade do bem (o ofendido deve ser o titular);
- Antecedência ou simultaneidade do consentimento;
- Forma expressa do consentimento;
- Ciência da situação fática que exclui a ilicitude.

23.7 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. O excesso é chamado intensivo devido à intensidade da conduta do agente. Imaginem que um lutador de *jiu-jitsu*, em uma discussão de bar, começa a ser agredido por alguém que possui força física muito inferior à dele e, portanto, que ele pode facilmente conter. Entretanto, o atleta retira uma arma do coldre e dispara até acabar sua munição, levando o outro indivíduo a óbito. Ele responde por esse excesso.
- **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. É o caso da mulher, chamada Joana, que leva vários tapas de sua colega de trabalho. Então, revida. A agressora desiste e, quando está deixando o ambiente, é alcançada por Joana, que resolve agredi-la até lhe causar lesão corporal de natureza

grave. Seu excesso é denominado extensivo, pois se estende, no tempo, mais do que dura a injusta agressão. Por isso, Joana deve responder pelo excesso.

Por fim, cumpre destacar que o excesso pode ser doloso ou culposo. Deste modo, excedendo-se o agente em sua conduta, ainda que justificada por uma excludente de ilicitude, deve por ela responder, tenha ele agido com dolo ou com culpa.

24. CULPABILIDADE

24.1 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. Logo, é a análise se a conduta típica **[primeiro substrato do conceito analítico de crime]** e não permitida pelo ordenamento jurídico **[segundo substrato do conceito analítico do crime]** é ou não é reprovável **[terceiro substrato do conceito analítico do crime]**.

A culpabilidade pode ser compreendida em um aspecto formal e em um aspecto material:

- **Culpabilidade formal:** é o juízo de reprovação realizado pelo legislador, de forma abstrata, para fixação das sanções criminais, inclusive no que se refere aos limites máximo e mínimo das penas. É feita uma análise de censura em relação às mais variadas infrações penais para fixação das penas abstratamente cominadas a cada uma delas.
- **Culpabilidade material:** é o julgamento da reprovação do fato que é realizada pelo juiz, em relação ao caso concreto, para a fixação da pena. É um dos critérios a serem levados em conta para a individualização da sanção penal.

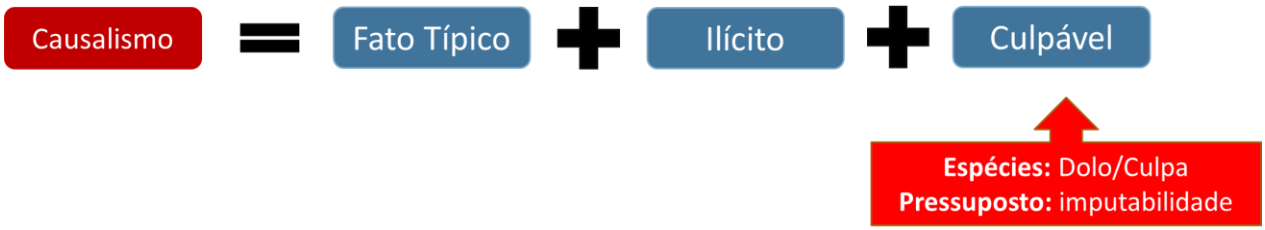
  Sua previsão está expressa no artigo 59 do Código Penal, que traz as chamadas circunstâncias judiciais para a fixação da pena-base, na primeira das três fases da dosimetria. Referidas circunstâncias também são analisadas para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos ou pena de multa, bem como para escolha das penas cominadas de forma alternativa. Vale a leitura do referido dispositivo:

> *Art. 59 - O **juiz**, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, **estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime**:*
>
> *I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;*
>
> *II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;*
>
> *III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade*
>
> *IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.*

Cuida-se do terceiro e último substrato do conceito analítico de crime, de acordo com o entendimento da teoria tripartida:



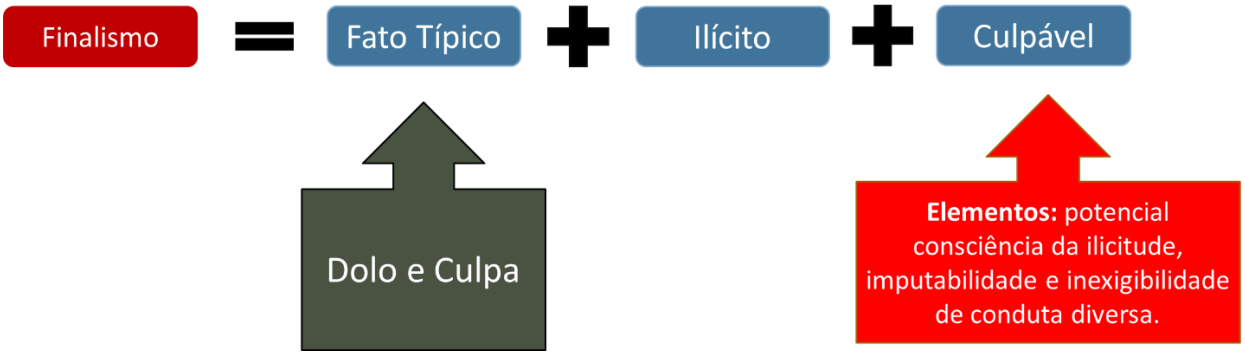
Ao estudar a teoria da conduta, vimos que atualmente se adota a base finalista. Contudo, é importante entender as alterações por que passou a conceituação da culpabilidade, bem como seus elementos, conforme os juristas estudavam o enfoque que se daria à ação ou à conduta. A **teoria clássica da conduta**, denominada de **causalista**, entendia que ela deveria ser compreendida de forma objetiva. Deste modo, a análise do elemento subjetivo fica apenas para a culpabilidade.



No **neokantismo**, ainda que a conduta passe a contar com elementos subjetivos, o dolo e a culpa continuam a ser estudados na culpabilidade, que passa a contar com um novo elemento, a inexigibilidade de conduta diversa.



Por fim, o **finalismo** ensejou a migração do dolo e da culpa do substrato da culpabilidade para o substrato do fato típico. A conduta humana, que sempre é dotada de alguma finalidade, não pode ser compreendida sem o seu elemento subjetivo. Deste modo, a conduta passa a ser vista em seu conjunto, sendo que, para haver relevância penal, deve ser dolosa ou culposa. A culpabilidade deixa, então, de contar com os elementos subjetivos consistentes no dolo ou na culpa, passando a ser integrada pela potencial consciência da ilicitude, a imputabilidade e a exigibilidade da conduta diversa.



Estudada essa relação entre as teorias da conduta e a culpabilidade, cumpre então conhecer as teorias da culpabilidade, que variam conforme se compreendem a conduta e os elementos que devem compor o juízo de censura.

24.3 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.

Referidos elementos devem estar presentes ao tempo do crime, que, segundo a teoria da atividade, considera-se praticado quando o agente pratica o comportamento típico, seja ele comissivo ou omissivo. Por isso, do ponto de vista do juiz, a análise será sempre **retroativa**, buscando verificar o preenchimento dos pressupostos à época do crime. Vamos, então, estudar um a um cada uma das partes que integram a culpabilidade, último substrato do crime de acordo com a concepção tripartida de crime.

24.3.1 - 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. Há doutrinadores que entendem que a capacidade penal é mais ampla que a imputabilidade, por ser gênero que abrangeria também a capacidade de praticar atos como a oferta de representação e o oferecimento de queixa-crime. Prosseguindo, podemos conceituar a culpabilidade como **a capacidade de compreender o caráter ilícito da conduta e determinar-se conforme esse entendimento**. Caso o sujeito não tenha capacidade de compreender que sua conduta contraria o ordenamento jurídico, não pode ser considerado imputável e, deste modo, não pode ser responsabilizado criminalmente. De igual modo, se a pessoa souber que seu comportamento é ilícito, mas não conseguir evitar sua prática, por não ser capaz de se determinar conforme sua consciência e compreensão, não será tipo por imputável.

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.

Veremos, entretanto, que o Código Penal, apesar de em regra acolher o critério biopsicológico, também adota o biológico, segundo a doutrina, quando se refere à inimputabilidade dos menores de 18 anos de idade.

24.3.2 - 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 é necessário o conhecimento técnico pelo agente. Basta, portanto, a chamada **valoração paralela na esfera do profano**, conforme expressão usada por Mezger. A valoração paralela é aquela realizada pelo leigo que, mesmo sem conhecimento técnico-jurídico, possui capacidade de entender o que é lícito e aquilo que não é, em decorrência da sua convivência social. A valoração é paralela pois é feita ao lado do juízo eminentemente jurídico. Sua esfera é a do profano, pois não é a do Direito. É o âmbito do leigo, com recurso a aspectos morais, sociais, escolares, culturais, religiosos, dentre outros. Por isso, consideram-se essas condições do sujeito para valorar se ele possuía ou não condições de entender a reprovabilidade daquilo que ele 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 **erro de direito**, 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. Nestes termos, é o que prevê o artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB):

> *Art. 3o Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.*

Essa norma é plenamente aplicável no caso dos crimes. Entretanto, **no caso das contravenções penais, existe norma específica**, situada no artigo 8º da Lei das Contravenções Penais:

> *Art. 8º No caso de ignorância ou de errada compreensão da lei, quando escusaveis, a pena pode deixar de ser aplicada.*

Portanto, apenas no caso de contravenções penais, a ignorância sobre a lei, se for escusável ou desculpável, pode ensejar a não aplicação de pena pelo juiz. **No caso dos crimes, como visto, ignorar a existência da lei não exclui a culpabilidade, pois ninguém pode alegar o desconhecimento da lei para se eximir do seu cumprimento.** Entretanto, a ignorância sobre a lei é causa **atenuante** da pena:

> *Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:*
>
> *(...)*
>
> *II - o desconhecimento da lei;*

Portanto, ainda que o desconhecimento da existência da lei não exclua a culpabilidade em relação à prática de um crime, deve ser considerado na segunda fase da dosimetria, atenuando a pena do agente.

24.3.3 - 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.

O jurista Reinhart Frank entendia que a normalidade das circunstâncias concomitantes deveria ser elemento da culpabilidade. Deste modo, a normalidade das circunstâncias em que o agente atua deveria acarretar a valoração da sua culpabilidade, com a possibilidade de sua exclusão em determinados casos. Sua concepção ficou conhecida como **teoria da normalidade das circunstâncias**. A culpabilidade passa a contar, com sua teoria, com a exigibilidade de conduta diversa. Entretanto, cumpre destacar que Frank adotava a concepção da teoria psicológico-normativa da conduta, não adotada pelo nosso Código Penal, mas é destacada pela doutrina por buscar limitar o *ius puniendi* com base em uma culpabilidade voltada à individualidade do agente.

24.4 Causas excludentes da culpabilidade

Estudamos que o Código Penal, ao adotar a teoria limitada da culpabilidade, prescreve que os elementos da culpabilidade são a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. O juiz deve fazer uma análise retroativa, verificando se, ao tempo do crime, estavam presentes esses pressupostos e, então, concluir se há ou não culpabilidade. Como a imputabilidade é elemento próprio da culpabilidade, por exemplo, a inimputabilidade é causa excludente da culpabilidade. Não é demais lembrar que a culpabilidade é um dos substratos do conceito analítico de crime, consoante a teoria tripartida. Por conseguinte, se não há culpabilidade, não existe crime.

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.

24.4.1 - 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.

Passemos ao estudo de casa uma dessas causas:

➢ **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.*

A doença mental envolve esquizofrenia, neurose, paranoias e demais outras desordens psíquicas, além de enfermidades de outras espécies que possam retirar a capacidade de compreensão e de vontade, como um delírio decorrente de febre muito alta. Pode também ser considerada doença mental a **dependência de drogas**, se atingir um nível que acometa a capacidade do agente, envolvendo os momentos volitivo e cognitivo. Isto deve ser aferido em perícia médica específica. Ademais, a **embriaguez patológica**, que

também retire do sujeito sua capacidade de compreender o caráter ilícito de sua conduta ou de se comportar consoante seu entendimento, pode ensejar o afastamento da imputabilidade, por doença mental.

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.*

A escolha da fração do redutor, de um terço e dois terços, pode ter como critério o grau de perturbação da saúde mental ou da incompletude do desenvolvimento mental do agente. Entretanto, há uma outra possibilidade de sanção penal para o sujeito. A pena, em vez de ser reduzida, pode ser substituída por medida de segurança, nos termos do artigo 98 do Código Penal:

> *Substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável*
>
> *Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.*

Percebam que a sanção penal será a pena, com a diminuição de um a dois terços, ou a medida de segurança. Só pode ser imposta uma das duas espécies de sanção penal, em razão da adoção do **sistema vicariante ou unitário**. Anteriormente, adotava-se o sistema do duplo binário ou dos dois trilhos, que restou afastado com a Reforma Penal levada a efeito no ano de 1984.

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). Caso seja **semi-imputável ou fronteiriço**, deve ser imposta a ele a pena correspondente, com redução de um a dois terços, ou medida de segurança.

Em razão de o Código Penal ter adotado, depois de reforma por que passou, o **sistema vicariante ou unitário**, só cabe a imposição de uma das espécies de sanção penal, ou pena (reduzida) ou medida de segurança.

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.

A expectativa é de que o indivíduo, ao atingir determinada idade cronológica, seja capaz de compreender o caráter ilícito de determinados comportamentos e de conseguir direcionar seu comportamento conforme seu entendimento. 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.*

Frise-se que este limite etário para a inimputabilidade está sendo questionado pela sociedade, com discussão no Congresso Nacional sobre sua alteração. De todo modo, essa questão passa pelo exame do Direito Constitucional, sobre ser ou não possível a sua modificação pelo Poder Constituinte Derivado Reformador. Isto porque, caso se compreenda que o artigo 228 institui um direito ou garantia fundamental, sua modificação esbarra na proibição consistente na natureza de cláusula pétrea. Caso se compreenda que não se trata de direito fundamental, sua alteração é possível por meio de emenda constitucional. O menor de 18 anos ao tempo do cometimento do delito não deve ser sequer denunciado e, se o for, a denúncia deve ser rejeitada pelo juiz, ante a total inimputabilidade. Ele 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.*

No caso dos **adolescentes**, serão submetidos a **medidas socioeducativas**. Às **crianças** que praticarem ato infracional serão impostas as **medidas específicas de proteção**. Esta imposição não será realizada no juízo criminal, sendo que a coautoria entre um adulto e um adolescente levará à cisão do processo e do julgamento, devendo apenas o primeiro ser processado criminalmente. O critério para fixação da idade mínima para o indivíduo ser considerado imputável é de política criminal. O Pacto de São José da Costa Rica não prevê uma idade a ser adotada pelos Estados a fim de estabelecimento da inimputabilidade, conforme seu artigo 5º, 5:

> *5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.*

Entretanto, limita a imposição de pena de morte, nos países em que for possível, ao mínimo de 18 anos de idade do agente ao tempo da prática da conduta, em seu artigo 4º, 5:

> *5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.*

O Tribunal Penal Internacional, instituído pelo Estatuto de Roma, por sua vez, limita a imputabilidade a quem possua ao menos 18 anos de idade ao tempo da prática do crime. É o que prevê o artigo 26 do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, que promulgou referido tratado no Brasil:

> *Artigo 26*
>
> *Exclusão da Jurisdição Relativamente a Menores de 18 anos*
>
> *O Tribunal não terá jurisdição sobre pessoas que, à data da alegada prática do crime, não tenham ainda completado 18 anos de idade.*

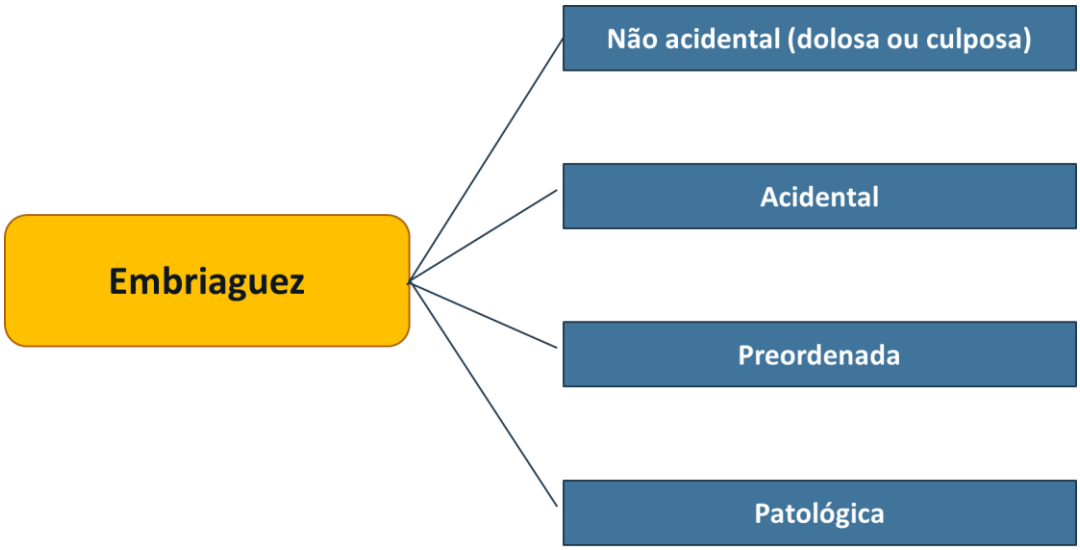
Embriaguez completa, decorrente de caso fortuito ou força maior: a embriaguez, quando completa, desde que decorrente de caso fortuito ou força maior, afasta a imputabilidade do agente. Neste caso, considera-se que o agente não tinha a capacidade de entender e de querer nem no início de sua ação, quando 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.

Os conceitos de **caso fortuito e força maior** variam na doutrina, razão pela qual vamos conceituá-los conjuntamente como o evento natural ou o ato humano imprevisível e inevitável. Deste modo, decorre de caso fortuito ou força maior a embriaguez do sujeito que cai em um tonel de cachaça e, sem saber nadar, acaba ingerindo uma grande quantidade da bebida até conseguir sair. Também é acidental a embriaguez se o sujeito, que é religioso e nunca bebeu, resolve participar de uma brincadeira de amigos e consumir bebida alcoólica, desconhecendo seus efeitos e chegando ao estado de bêbado ao final. Por fim, é decorrente de força maior a embriaguez do jovem que é forçado, fisicamente, a beber em um trote decorrente do ingresso em curso de nível superior. Se a embriaguez do indivíduo de algum dos exemplos for completa, ele será considerado inimputável. 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. Em suma, para a configuração desta dirimente, são necessários os seguintes pressupostos:

- **Causal**: a embriaguez deve ter origem em um caso fortuito ou força maior;
- **Consequencial**: a embriaguez deve retirar do agente sua capacidade de entender o caráter ilícito do fato e se comportar de acordo com seu entendimento;
- **Quantitativo**: a embriaguez deve ser completa;
- **Cronológico**: a embriaguez deve estar presente ao tempo da prática do crime, ou seja, da ação ou da omissão do agente.

Embriaguez

Embora já analisada a embriaguez no que se refere à hipótese de configuração de excludente da causalidade, por inimputabilidade, cumpre estudar a relação entre a prática delitiva e o estado de embriaguez. Com relação às espécies de embriaguez e as diferentes consequências para o Direito Penal, temos o seguinte esquema:



Passamos agora ao estudo de cada uma das espécies de embriaguez. A embriaguez pode ser **patológica**, ou seja, decorrer de uma situação de dependência doentia, retirando a capacidade do agente. Neste caso, deve ser tratada como doença mental e, deste modo, como excludente da culpabilidade, podendo levar à absolvição imprópria, com a imposição de medida de segurança. Se for o caso de redução da capacidade do agente de entender e de querer, será ele considerado semi-imputável e, assim, terá sua pena reduzida de um a dois terços ou substituída por medida de segurança.

A embriaguez pode ser **acidental**, ou seja, decorrer de caso fortuito ou força maior. Neste caso, o sujeito não possuiu escolha quando do momento da bebida, pois a consumiu em decorrência de uma situação de caso fortuito ou de força maior. Foi um evento ou um ato humano, em qualquer dos casos imprevisível e inevitável, que o levou a ficar embriagado. Se a embriaguez **acidental** for **completa**, como vimos, o sujeito será considerado inimputável e, deste modo, a culpabilidade será eliminada. É o que prevê o artigo 28, § 1º, do Código Penal:

> *§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, 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.*

Por outro lado, se a embriaguez **acidental** for **incompleta**, ainda haverá culpabilidade na conduta do indivíduo. Ou seja, sua conduta será considerada socialmente reprovável, mas com consideração desta questão na dosimetria da pena. Será considerada a redução na sua capacidade de cognição e de vontade. Deste modo, incidirá uma causa de diminuição de pena:

> *§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.*

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.*

Por fim, a **embriaguez preordenada** é aquela em que o agente consome bebida alcoólica ou substância de efeitos análogos com o escopo, com o objetivo de praticar determinada infração penal. É o caso do sujeito que, querendo se vingar de determinada pessoa, bebe para tomar coragem e ir a até sua casa disparar contra ela vários projéteis de arma de fogo. Neste caso, além de não 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.*

Portanto, o agente que bebe com a finalidade de cometer um delito deve ter sua pena agravada, por ser mais censurável sua conduta.

- ✓ **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.

Portanto, **consideramos imputável o agente, estando dotado capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de se comportar conforme seu entendimento, porque o momento de análise é aquele em que ele ingeriu a substância**. Entretanto, o tempo do crime é o da conduta, ou seja, da ação ou omissão. Neste momento, o sujeito está embriagado. Considera-se, portanto, que a ação foi livre na sua causa, ou seja, lá no ato antecedente, no momento em que o sujeito decidiu pela ingestão da substância e sabia, ou tinha condição de saber, a possibilidade de cometer um crime.

Por exemplo, podemos pensar no indivíduo que, tendo chegado em uma festa e brigado com um desafeto, bebe excessivamente, sabendo que o outro já o prometeu briga ao final. Se ele já consome álcool, sabedor de que pode entrar em confusão ao final da festa, sua ação é livre na causa (*actio libera in causa*), sendo responsável se agredir o sujeito, praticando lesões corporais, já inteiramente sob efeito do álcool.

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; (...)*

Entretanto, a emoção pode ser utilizada como causa de diminuição de pena, nos casos de homicídio doloso e lesões corporais dolosas. Em relação aos outros crimes, pode incidir a atenuante da pena, prevista no artigo 65, inciso III, alínea "c". A paixão, por sua vez, segundo alguns doutrinadores, pode se transformar em doença mental. Se o agente possuir doença mental, esta será a causa de sua imputabilidade. O estado passional, por sua vez, ainda que seja arrebatador e que tire o indivíduo de sua normalidade, como o que o leva a um ciúme anormal, não exclui a sua imputabilidade.

Os indígenas

A regra, como foi dito, é de que todos os indivíduos sejam considerados imputáveis. Alguns doutrinadores apontam, entretanto, que os indígenas podem ser considerados inimputáveis, caso haja um laudo pericial, consistente em exame antropológico, que assim o determine. O caso seria de desenvolvimento mental incompleto, já que a falta de seu convívio social, fora dos limites de seu povo, poderia influenciar na sua compreensão do mundo dito civilizado, ou da sociedade não-indígena.

Outros doutrinadores entendem que, no caso do indígena não integrado, teremos um indivíduo imputável. Admitem, no entanto, a hipótese de falta de potencial consciência da ilicitude ou a configuração de inexigibilidade de conduta diversa. Esta corrente visa a superar o entendimento de desenvolvimento mental incompleto, já que o índio, mesmo que não integrado, possui capacidade tal qual o não índio. O que ocorre é que o sujeito que nasce em um povo indígena sem contato com os não-índios possui valores e visão de mundo diversas. Cabe destacar que o Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/73, prevê algumas disposições sobre a matéria penal:

> *Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.*
>
> *Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.*
>
> *Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.*

24.4.2 - Erro de proibição

Um dos elementos da culpabilidade, como visto acima, é a consciência da ilicitude. Com a adoção da **teoria limitada da culpabilidade**, após a mudança de parâmetro por meio da teoria normativa pura, o dolo e a culpa deixaram de integrar a culpabilidade. A consciência da ilicitude deixou de ser elemento do dolo e passou a ser **um dos componentes da culpabilidade**, de forma autônoma. Com isso, a exigência da **consciência de ilicitude** deixou de ser a atual para ser **potencial**. Deste modo, basta que o agente tenha capacidade de compreender que sua conduta é reprovável pelo ordenamento jurídico, não sendo necessário se demonstrar que ele efetivamente compreendeu a reprovabilidade à época da prática do fato. A exclusão da culpabilidade ocorrerá somente se faltar ao agente tal consciência por erro inevitável ou escusável.

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. O chamado **erro de direito** não é causa de exclusão da culpabilidade no tocante aos crimes. A única possibilidade de exclusão da infração penal, como visto acima no estudo da potencial consciência da ilicitude, se limita às contravenções penais, por expressa previsão legal. 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. É o caso da dona de casa que, muito idosa e acostumada à sociedade patriarcal, em que o marido cuidava de todos os assuntos da família, usa o CPF do marido como se dela fosse. Isto porque não era costume, antigamente, que mulheres tivessem referido documento. Sua conduta foi realizada por desconhecimento sobre a censurabilidade de sua conduta, já que ela pensava que o uso do documento do marido não era abrangido por nenhuma norma penal incriminadora. O equívoco da idosa diz respeito aos limites da própria lei penal incriminadora, razão pela qual é chamado de erro de proibição direto.
- ✓ 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. Como exemplo, há o clássico caso do sujeito que entende que a excludente de ilicitude abrange a legítima defesa da honra. Entende, assim, que, em casos em que sua honra está sendo violada por outrem, pode agir para defendê-la, chamando o agente para a luta física. É o caso do matuto, sujeito que sempre viveu no interior, sem possuir sequer uma televisão, e é chamado de corno por um vizinho. Neste momento, imaginando que a imaginada legítima defesa da honra justifica sua conduta, parte para cima do vizinho, praticando lesão corporal de natureza leve. O erro do agente ocorreu na

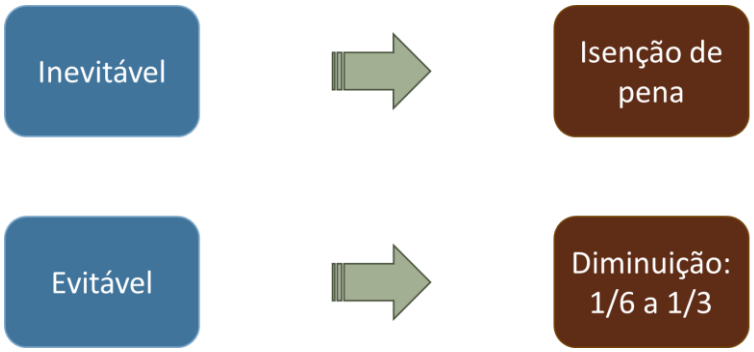
compreensão do que é legítima defesa e do seu alcance. Como a legítima defesa está prevista em uma norma permissiva justificante (causa excludente de ilicitude), o erro a seu respeito é denominado de erro de proibição indireto.

Com relação às consequências do erro de proibição, os efeitos dependem de ser ou não evitável. Isto porque, com a adoção da **teoria limitada da culpabilidade**, basta a potencial consciência da ilicitude, não sendo necessária a consciência atual. Por isso, **só o erro inevitável, escusável ou desculpável afasta a culpabilidade**. 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.*

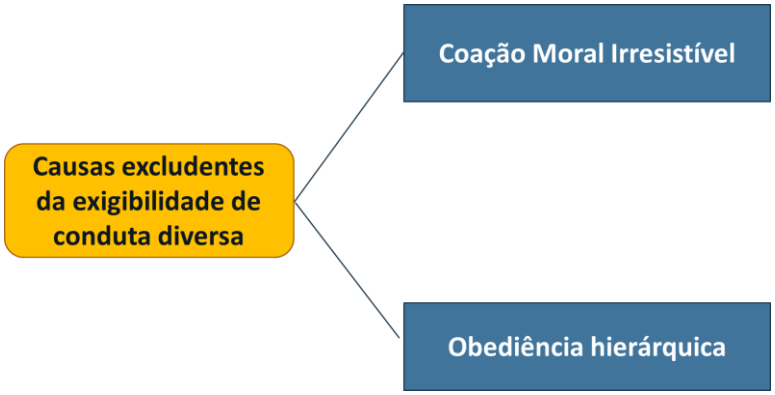
Se o erro for **inevitável, desculpável ou escusável**, o agente não responde criminalmente. Há isenção de pena, por falta de potencial consciência de ilicitude e, por consequência, ausência da culpabilidade. Caso o erro seja **evitável, indesculpável ou inescusável**, a pena deve ser diminuída de um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

Quanto ao critério para se verificar se o erro é ou não evitável, o próprio parágrafo único do artigo 21 do Código Penal define sua opção. O erro é considerado evitável quando o agente poderia, nas circunstâncias em que praticou sua conduta, poderia ter ou atingir tal consciência. Deste modo, a própria lei define que devemos considerar as próprias condições do agente e as circunstâncias em que agiu ou se omitiu. Por isso, consideramos inviável a adoção do critério do homem médio. É o próprio indivíduo que deve ser analisado para constatação se lhe era possível ter ou não consciência da reprovabilidade ou da proibição da sua conduta. Para melhor visualização das consequências do **erro de proibição**, conforme seja ele evitável ou inevitável, segue um esquema:



24.4.3 - 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 admite que a coação seja realizada pela sociedade, mas apenas de sujeito determinado ou de um grupo de pessoas. A imputabilidade é do agente coator, e não do coato, que, no caso de não poder resistir à ameaça, não possuirá 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**.*

É o caso do sujeito que tem sua casa invadida por um grupo de malfeitores, que ordenam a ele que assalte determinado banco, enquanto eles manterão sua família sob a mira de armas de fogo. Caso ele não cumpra o que foi determinado, dizem que vão matar sua esposa e filhos. Além disso, explicam que ele será seguido por um membro do grupo, para certificar que ele não acionará a polícia nem se comunicará com ninguém. Sob essa ameaça grave, em relação à qual não consegue resistir, o indivíduo pratica o roubo ao banco. Sua conduta não é reprovável, por não se poder exigir dele conduta diversa da que praticou. Os agentes que o forçaram, denominados coatores, serão os responsáveis por referido delito. Ele, por sua vez, não será punível, pois ausente a culpabilidade.

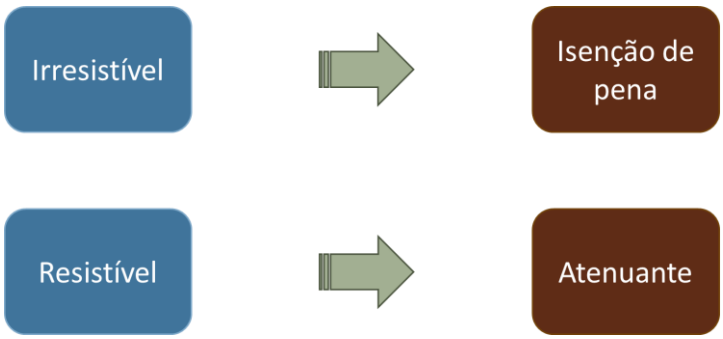
O **coator** pode responder pelo crime praticado pelo coato em concurso com o crime de tortura. Há também de hipótese de responder somente pelo crime praticado pelo coato, com a pena agravada, nos termos do artigo 62, II, do Código Penal:

> *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;*

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



24.4.4 - 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. A **relação de hierarquia** deve ser de **direito público**, não abrangendo a superioridade moral, religiosa ou de poder familiar. Não implica na inexigibilidade de conduta diversa, de igual modo, a hierarquia de relações de trabalho, em sociedades empresárias. É necessário que haja um superior e um subordinado, ambos com vínculo com a Administração Pública e submetidos à mesma cadeia hierárquica.

Ademais, a ordem não pode ser manifestamente ilegal. Se a ordem não tiver **aparência de legalidade**, o agente não terá afastada a sua responsabilidade criminal, configurando-se a culpabilidade da sua conduta. O subordinado deve agir em cumprimento à ordem, acreditando que ela é legal e que age conforme o direito.

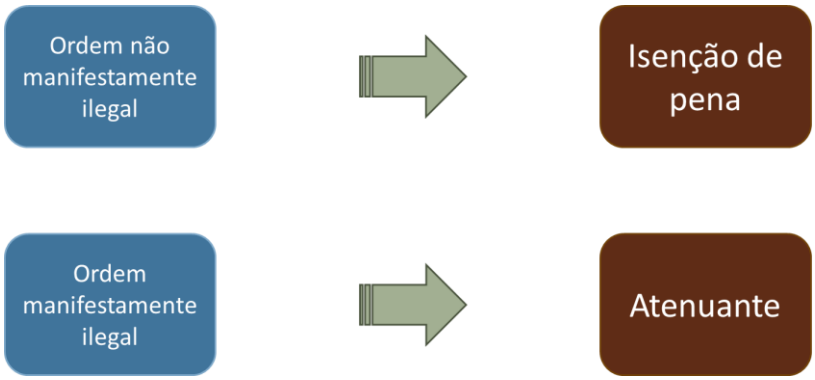
Por fim, o subordinado deve proceder ao **estrito cumprimento da ordem**. Se ele agir além da ordem que recebeu, será responsável por seu excesso, caso ilícito. A excludente de culpabilidade, decorrente da obediência à ordem não manifestamente ilegal, só acoberta a conduta do agente que aja efetivamente nos limites da manifestação de vontade do seu superior hierárquico. 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. Caso a ordem seja considerada manifestamente ilegal, a conduta do agente será censurável e, assim, ficará configurada a culpabilidade. O Código Penal, contudo, prevê uma **atenuante** da pena para o caso:

> *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;*

Podemos visualizar as consequências de o agente atuar sob **a ordem de superior hierárquico**, seja ela manifestamente ilegal ou não:



24.4.5 - 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. São duas as posições:

- ✓ **Rol taxativo (*numerus clausus*) das causas de exclusão da culpabilidade:** as causas excludentes de culpabilidade devem estar previstas expressamente em lei, por serem parte da sistemática da legislação sobre o assunto. Deste modo, não se admite analogia *in bonam partem* em matéria de exculpantes.

  Nelson Hungria defendeu essa posição.
- ✓ **Rol exemplificativo (*numerus apertus*) das causas de exclusão da culpabilidade:** as causas de exclusão da culpabilidade são previstas em lei por um rol exemplificativo, o que dá abertura à

consideração de causas supralegais. A exigibilidade de conduta diversa é a porta de entrada de causas supralegais, consistente em uma espécie de cláusula geral de configuração da culpabilidade. O Direito Penal não pode punir, por não ser reprovável, qualquer conduta se, em tais circunstâncias, não se poderia exigir comportamento diverso do agente. Essas situações não se limitam aos casos de obediência hierárquica e coação moral irresistível.

É o entendimento que vem sendo adotado pelo STJ.

Como visto, se adotada a concepção de que as causas excludentes da culpabilidade são previstas em lei de forma exemplificativa, as causas supralegais serão extraídas do conceito de inexigibilidade de conduta diversa. São exemplos enumerados pela doutrina:

- **Desobediência Civil:** é a conduta de se insurgir contra a ordem estabelecida para luta por um direito humano ou fundamental. Tem o escopo de representar um protesto contra determinado estado de coisas na sociedade, não devendo acarretar danos graves para sua configuração. O exemplo dado é o das ocupações de prédios públicos, como nos casos de greves estudantis nas universidades.
- **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. Sua admissão é feita com ressalvas. No caso das Testemunhas de Jeová, por exemplo, tem-se entendido que o pai não pode dispor da vida do filho, recusando-se a permitir que ele receba transfusão de sangue em virtude da crença religiosa. No entanto, há doutrinadores que admitem a exculpante se o médico intervém e realiza a transfusão, contra a vontade do pai.
- **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. Em razão da falta de recursos financeiros, a conduta dos administradores da sociedade de não recolher os tributos no prazo legal não seria reprovável, caso houvesse real indisponibilidade financeira. Isto porque, em tais circunstâncias, não se poderia exigir conduta diversa.

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

25. Considerações Finais

Finalizamos a nossa aula inaugural! Cuida-se da introdução do Direito Penal e da Teoria do Crime e, por isso, uma aula relevante para a compreensão dos institutos fundamentais que serão adotados em todo o estudo da disciplina, além de ser conhecimento essencial para a compreensão dos crimes em espécie.

Destaco que, no âmbito da aplicação da lei penal, devemos estudá-la com relação ao tempo, ao espaço e às pessoas.

Com essa lição, há o escopo de apresentar a disciplina aos alunos, bem como a forma de trabalho e desenvolvido ao longo de todo o curso. Demonstra-se, ainda, a metodologia de ensino adotada.

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!

Michael Procopio.

 procopioavelar@gmail.com

 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.