



## Aula 00

Direito Penal p/ OAB (2 fase) XXVI Exame de Ordem-PDF + vídeo + correção individualizada + monitoria

Professor: Daniela Medeiros de Menezes, Equipe Direito Penal e Processo Penal (EC), Renan Araujo



## REVISÃO DOS PRINCIPAIS TÓPICOS DE DIREITO PENAL (PARTE I)

<b>1</b>	<b>PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL .....</b>	<b>8</b>
1.1	Princípio da legalidade .....	8
1.1.1	Princípio da Reserva Legal .....	8
1.1.2	Princípio da anterioridade da Lei penal .....	11
1.2	Princípio da individualização da pena .....	13
1.3	Princípio da intranscendência da pena .....	14
1.4	Princípio da limitação das penas ou da humanidade .....	15
1.5	Princípio da presunção de inocência ou presunção de não culpabilidade.....	16
1.6	Disposições constitucionais relevantes .....	19
1.6.1	Vedações constitucionais aplicáveis a crimes graves .....	19
1.6.2	Tribunal do Júri .....	20
1.6.3	Menoridade Penal .....	20
<b>2</b>	<b>OUTROS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL.....</b>	<b>21</b>
2.1	Princípio da ofensividade .....	21
2.2	Princípio da alteridade (ou lesividade).....	21
2.3	Princípio da Adequação social.....	22
2.4	Princípio da Fragmentariedade do Direito Penal .....	22
2.5	Princípio da Subsidiariedade do Direito Penal .....	22
2.6	Princípio da Intervenção mínima (ou Ultima Ratio) .....	23
2.7	Princípio do ne bis in idem .....	23
2.8	Princípio da proporcionalidade .....	25
2.9	Princípio da confiança .....	25
2.10	Princípio da insignificância (ou da bagatela) .....	26
<b>3</b>	<b>APLICAÇÃO DA LEI PENAL .....</b>	<b>30</b>
1.1.	Aplicação da Lei penal no tempo .....	30
3.1.1	Conflito de Leis penais no Tempo.....	31
3.1.2	Tempo do crime.....	37
3.2	Aplicação da lei penal no espaço .....	38



3.2.1	Territorialidade .....	39
3.2.2	Extraterritorialidade .....	40
3.2.3	Lugar do Crime.....	44
3.2.4	Extraterritorialidade condicionada, incondicionada e hipercondicionada .....	45
<b>4</b>	<b>TEORIA DO DELITO.....</b>	<b>48</b>
4.1	Conceito de crime .....	48
4.2	Fato típico e seus elementos.....	50
4.2.1	Conduta .....	51
4.2.2	Resultado naturalístico .....	52
4.2.3	Nexo de Causalidade .....	53
4.2.4	Tipicidade .....	60
4.3	Crime doloso e crime culposos .....	61
4.3.1	Crime doloso.....	62
4.3.2	Crime culposos .....	64
4.3.3	Crime preterdoloso.....	66
4.4	Crime consumado, tentado e impossível .....	67
4.4.1	Iter criminis.....	67
4.4.2	Tentativa.....	69
4.4.3	Crime impossível.....	72
4.4.4	Desistência voluntária e arrependimento eficaz .....	74
4.4.5	Arrependimento posterior .....	76
4.4.6	Causas de exclusão do fato típico .....	80
4.5	Ilícitude.....	81
4.5.1	Estado de necessidade .....	81
4.5.2	Legítima defesa.....	84
4.5.3	Estrito cumprimento do dever legal .....	88
4.5.4	Exercício regular de direito .....	89
4.5.5	Consentimento do ofendido.....	90
4.5.6	Excesso punível.....	90
<b>5</b>	<b>CULPABILIDADE .....</b>	<b>91</b>
5.1	Conceito .....	91
5.2	Elementos.....	92
5.2.1	Imputabilidade penal.....	92
5.2.2	Potencial consciência da ilicitude .....	96
5.2.3	Exigibilidade de conduta diversa .....	97



<b>6</b>	<b>ERRO</b> .....	<b>99</b>
6.1	Erro de tipo essencial .....	99
6.2	Erro de tipo acidental .....	104
6.2.1	Erro sobre a pessoa ( <i>error in persona</i> ) .....	104
6.2.2	Erro sobre o nexo causal.....	104
6.2.3	Erro na execução ( <i>aberratio ictus</i> ).....	105
6.2.4	Erro sobre o crime ou resultado diverso do pretendido ( <i>aberratio delicti</i> ou <i>aberratio criminis</i> ) .....	106
6.2.5	Erro sobre o objeto ( <i>error in objecto</i> ) .....	107
6.3	Erro determinado por terceiro .....	108
6.4	Erro de proibição.....	109
6.5	Descriminante putativa x delito putativo .....	111
<b>7</b>	<b>EXERCÍCIOS DA AULA</b> .....	<b>112</b>

Olá, meus amigos!

Hoje, aqui no **ESTRATÉGIA OAB**, daremos início à sua preparação para a **SEGUNDA FASE DO XXVI EXAME DA OAB**. Nossa área? A melhor, claro: Direito Penal. Vamos estudar muito **Direito Penal**, rumo à sua aprovação. **A vermelhinha está chegando!!**

A prova da segunda fase (prova prático-profissional) está agendada para o dia **16 de setembro de 2018, e a Banca, como sabemos, é a FGV.**

**E aí, povo, preparados para a maratona?**

Como é de conhecimento comum, o índice de reprovação na prova da OAB é muito elevado. **Mais de 80% dos candidatos não consegue ser aprovado.** Para ser mais exato, **o índice de aprovação é de 17,5% (índice histórico). É muito pouco!**

Não conhecer a Banca e não resolver questões anteriores talvez sejam os principais motivos para um índice de reprovação tão elevado. Isso faz com que os candidatos percam tempo estudando temas pouco importantes. Além disso, quem não conhece a Banca muitas vezes acaba se enrolando na hora da prova, pois não está acostumado com o “estilo” da organizadora.

No nosso curso iremos adotar uma metodologia que visa a evitar exatamente estes problemas. Vamos estudar da seguinte forma:

- Curso teórico (em PDF e videoaulas)** – Analisaremos, nesta primeira fase, os **principais tópicos de Direito Penal e Processual Penal**, que serão desenvolvidos com o conhecimento prático-teórico para atuação do advogado, com consideração às provas anteriores da OAB. Teremos, ainda, **aulas específicas para a identificação de peças**



**processuais**, nas quais o aluno aprenderá não só a identificar as principais peças, mas também a elaborar, de forma técnica, a peça processual.

- b) **Resolução de TODAS as peças cobradas pela FGV no Exame da OAB** – Como a prática é fundamental, vamos analisar em nosso curso teórico todas as peças cobradas anteriormente pela FGV nas provas prático-profissionais no exame da OAB.
- c) **Correções de Peças e Questões com Correção Individual** – Ao final da parte teórica serão organizadas as aulas de correção individual. Essa fase do curso será organizada em forma de rodadas e será dinâmica. Serão 2 rodadas, cada uma delas organizada em três aulas.

#### **Exemplificando:**

##### **Aula X.1 (1ª rodada)**

Apresentação das propostas.

Cada aula compreenderá três peças práticas e 12 questões discursivas.

##### Aula X.2

Análise das propostas apresentadas na Aula X.1.

Breves apontamentos teóricos pertinentes às propostas.

Régua de correção e sugestão de resposta para cada peça e questões discursivas.

##### Aula X.3

Devolução individual da primeira rodada de correções.

Comentários Gerais a respeito da rodada.

##### **Aula Y.1 (2ª rodada)**

Apresentação das propostas.

Cada aula compreenderá três peças práticas e oito questões discursivas.

##### Aula Y.2

Análise das propostas apresentadas na Aula Y.1.

Breves apontamentos teóricos pertinentes às propostas.

Régua de correção e sugestão de resposta para cada peça e questões discursivas.

##### Aula Y.3

Devolução individual da primeira rodada de correções.

Comentários gerais a respeito da rodada.



Cada aluno poderá escolher das aulas “.01”, uma peça e duas questões para correção. A elaboração, pelo aluno, das propostas apresentadas deverá ocorrer entre as aulas “.01” e “.02”.

A Aula “.03” marca o encerramento da rodada, com a devolução de todas as peças, com as correções individuais.

Ao final do curso, **cada aluno terá a oportunidade de análise pessoal do equivalente a duas peças e quatro questões.**

- d) **Fórum de dúvidas** – Por meio do fórum de dúvidas vocês poderão esclarecer aqueles pontos que, eventualmente, não tenham sido compreendidos ou para reforçar a compreensão, etc.

### **Bom, está na hora de me apresentar a vocês, não é?**

Meu nome é **Renan Araujo**, tenho 31 anos, sou **Defensor Público Federal** desde 2010, atuando na Defensoria Pública da União no Rio de Janeiro, e **mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da UERJ**. Antes, porém, fui **servidor da Justiça Eleitoral (TRE-RJ)**, onde exerci o cargo de Técnico Judiciário, por dois anos. Sou Bacharel em Direito pela UNESA e pós-graduado em Direito Público pela Universidade Gama Filho. **Fiz o exame da OAB em 2009 e, graças a Deus, deu tudo certo!**

### **Abaixo segue o plano de aulas do curso todo:**

<b>AULA</b>	<b>CONTEÚDO</b>	<b>DATA</b>
<b>Aula 00</b>	Revisão dos principais tópicos de Direito Penal (Parte I)	08/08
<b>Aula 01</b>	Revisão dos principais tópicos de Direito Penal (Parte II)	09/08
<b>Aula 02</b>	Revisão dos principais tópicos de Direito Penal (Parte III)	10/08
<b>Aula 03</b>	Revisão dos principais tópicos de Direito Penal (Parte IV)	11/08
<b>Aula 04</b>	Revisão dos principais tópicos de Direito Processual Penal (Parte I)	12/08
<b>Aula 05</b>	Revisão dos principais tópicos de Direito Processual Penal (Parte I)	13/08
<b>Aula 06</b>	Peças processuais: resposta à acusação	14/08
<b>Aula 07</b>	Peças processuais: ação penal privada	15/08



<b>Aula 08</b>	Peças processuais: alegações finais por memoriais	16/08
<b>Aula 09</b>	Peças processuais: apelação	17/08
<b>Aula 10</b>	Peças processuais: recurso em sentido estrito	18/08
<b>Aula 11</b>	Peças processuais: outras peças	19/08
<b>Aula 12</b>	12.1. Apresentação das propostas	20/08
	12.2. Análise das propostas apresentadas na Aula 12.1, apontamentos teóricos, régua e correção e sugestão de resposta.	23/08
	12.3. Devolução individual da primeira rodada de correções e comentários Gerais a respeito da rodada.	28/08
<b>Aula 13</b>	13.1. Apresentação das propostas	30/08
	13.2. Análise das propostas apresentadas na Aula 13.1, apontamentos teóricos, régua e correção e sugestão de resposta.	02/09
	13.3. Devolução individual da segunda rodada de correções e comentários Gerais a respeito da rodada.	06/09

**Além da parte teórica/prática**, vocês terão acesso a duas ferramentas muito importantes:

- **RESUMOS** – Cada aula terá um resumo daquilo que foi estudado, variando de 03 a 10 páginas (a depender do tema), indo **direto ao ponto daquilo que é mais relevante!** Ideal para quem está sem muito tempo.
- **FÓRUM DE DÚVIDAS** – Não entendeu alguma coisa? Simples: basta perguntar ao professor **Vinicius Silva**, que é o responsável pelo Fórum de Dúvidas, exclusivo para os alunos do curso.

Outro diferencial importante é que **nosso curso em PDF será complementado por videoaulas**. Nas videoaulas **serão apresentados os pontos considerados mais relevantes da matéria**, como forma de ajudar na assimilação da matéria.

No mais, desejo a todos uma boa maratona de estudos!

**Prof. Renan Araujo**





E-mail: [profrenanaraujo@gmail.com](mailto:profrenanaraujo@gmail.com)



Periscope: [@profrenanaraujo](https://www.periscope.tv/@profrenanaraujo)



Facebook: [www.facebook.com/profrenanaraujoestrategia](https://www.facebook.com/profrenanaraujoestrategia)



Instagram: [www.instagram.com/profrenanaraujo/?hl=pt-br](https://www.instagram.com/profrenanaraujo/?hl=pt-br)



Youtube: [www.youtube.com/channel/UClIFS2cyREWT35OELN8wcfQ](https://www.youtube.com/channel/UClIFS2cyREWT35OELN8wcfQ)

**Observação importante:** este curso é protegido por **direitos autorais** (copyright), nos termos da Lei 9.610/98, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.

Grupos de rateio e pirataria são clandestinos, violam a lei e prejudicam os professores que elaboram os cursos. Valorize o trabalho de nossa equipe adquirindo os cursos honestamente através do site *Estratégia Concursos*. ;-)



# 1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL

## 1.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade está previsto no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal:

*Art. 5º (...) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;*

Entretanto, ele **TAMBÉM** está previsto no Código Penal, em seu art. 1º:

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

Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt:

“pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência deste fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente.”<sup>1</sup>

Este princípio, quem vem do latim (***Nullum crimen sine praevia lege***), estabelece que uma conduta não pode ser considerada criminosa se antes de sua prática não havia lei nesse sentido<sup>2</sup>. **Trata-se de uma exigência de segurança jurídica:** imaginem se pudessemos responder criminalmente por uma conduta que, quando praticamos, não era crime? Simplesmente não faríamos mais nada, com medo de que, futuramente, a conduta fosse criminalizada e pudessemos responder pelo delito!

Entretanto, o Princípio da **Legalidade** se divide em dois outros princípios, o da **Reserva Legal** e o da **Anterioridade da Lei Penal**. Desta forma, vamos estudá-los em tópicos distintos.

### 1.1.1 Princípio da Reserva Legal

O princípio da Reserva Legal estabelece que **SOMENTE LEI (EM SENTIDO ESTRITO)** pode definir condutas criminosas e estabelecer sanções penais (penas e medidas de segurança).<sup>3</sup>

<sup>1</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. Ed. Saraiva, 21ª edição. São Paulo, 2015, p. 51

<sup>2</sup> BITENCOURT, Op. cit., P. 51

<sup>3</sup> GOMES, Luiz Flavio. BIANCHINI, Alice. *Curso de Direito Penal*. JusPodivm. Salvador, 2015, p. 66



Assim, somente a Lei (editada pelo Poder Legislativo) pode definir crimes e cominar penas. Logo, Medidas Provisórias, Decretos, e demais diplomas legislativos<sup>4</sup> **NÃO PODEM ESTABELEECER CONDUtas CRIMINOSAS NEM COMINAR SANÇÕES.**

**CUIDADO!** Há **FORTE divergência** a respeito da possibilidade de Medida Provisória tratar sobre matéria penal, havendo duas correntes.

- **Primeira corrente** – Não pode, pois a CF/88 veda a utilização de MP em matéria penal.
- **Segunda corrente** – Pode, desde que seja matéria favorável ao réu (descriminalização de condutas, por exemplo). **Prevalece esta corrente no STF.**<sup>5</sup>

Assim, é possível que haja violação ao Princípio da legalidade sem que haja violação à reserva legal. Entretanto, havendo violação à reserva legal, isso implica necessariamente em violação ao princípio da legalidade, pois aquele é parte deste. **Lembrem-se: Legalidade = Reserva legal + Anterioridade da lei penal.**

O princípio da reserva legal implica a proibição da edição de leis vagas, com conteúdo impreciso. Isso porque a existência de leis cujo conteúdo não seja claro, que não se sabe ao certo qual conduta está sendo criminalizada, acaba por retirar toda a função do princípio da reserva legal, que é dar segurança jurídica às pessoas, para que estas saibam exatamente se as condutas por elas praticadas são, ou não, crime. Por exemplo:

**Imagine que a Lei X considere como criminosas as condutas que atentem contra os bons costumes.** Ora, alguém sabe definir o que são bons costumes? Não, pois se trata de um termo muito vago, muito genérico, que pode abranger uma infinidade de condutas. Assim, não basta que se trate de lei em sentido estrito (Lei formal), esta lei tem que estabelecer precisamente a conduta que está sendo criminalizada, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. Trata-se do princípio da **taxatividade da lei penal.**<sup>6</sup>

**Entretanto, fiquem atentos!** Existem as chamadas **NORMAS PENAIS EM BRANCO.** As normas penais em branco são aquelas que dependem de outra norma para que sua aplicação seja possível. Por exemplo: A Lei de Drogas (Lei 11.343/06) estabelece diversas condutas criminosas referentes à comercialização, transporte, posse, etc., de substância entorpecente. **Mas quais seriam as substâncias entorpecentes proibidas?** As substâncias entorpecentes proibidas estão descritas em uma portaria expedida pela ANVISA. Assim, as normas penais em branco são legais, não violam o princípio da reserva legal, mas sua aplicação depende da análise de outra norma jurídica.

**Mas a portaria da ANVISA não seria uma violação à reserva legal, por se tratar de criminalização de conduta por portaria?** Não, pois a portaria estabelece quais são as substâncias entorpecentes em razão de ter sido assim determinado por lei, no caso, pela própria lei de drogas,

<sup>4</sup> Inclusive os tratados internacionais, que devem ser incorporados ao nosso ordenamento jurídico por meio de Lei. GOMES, Luiz Flavio. BIANCHINI, Alice. Op. cit., p. 67

<sup>5</sup> STF, RE 254.818-PR.

<sup>6</sup> Ou, para alguns, a garantia da *lex certa*. GOMES, Luiz Flavio. BIANCHINI, Alice. Op. cit., p. 68



que em seu art. 66, estabelece como substâncias entorpecentes aquelas previstas na Portaria SVS/MS nº344/98.

A Doutrina divide, ainda, as normas penais em branco<sup>7</sup> em:

- **Homogêneas** (norma penal em branco em **sentido amplo**) – A complementação é realizada por uma fonte *homóloga*, ou seja, pelo mesmo órgão que produziu a norma penal em branco.
- **Heterogêneas** (norma penal em branco em **sentido estrito**) – A complementação é realizada por fonte *heteróloga*, ou seja, por órgão diverso daquele que produziu a norma penal em branco.

Além disso, **em razão da reserva legal, em Direito Penal é proibida a analogia in malam partem**<sup>8</sup>, que é a analogia em desfavor do réu. Assim, não pode o Juiz criar uma conduta criminosa não prevista em lei, com base na analogia, tampouco pode utilizar a analogia para, de qualquer forma, agravar a situação do réu.

**EXEMPLO:** João pratica o crime X, durante uma grave crise hídrica no país (acionamento de energia, etc.). Não há causa de aumento de pena para este crime em razão de ter sido o fato praticado durante crise hídrica, embora exista uma causa de aumento de pena nesse sentido para o crime Y (outro crime, portanto). O Juiz, todavia, aplica ao fato praticado por João (crime X) a causa de aumento de pena prevista para o crime Y, por entender que o crime X é semelhante ao crime Y e, portanto, a causa de aumento de pena seria a ele também aplicável, por analogia.

Com relação à interpretação extensiva, parte da Doutrina entende que é possível, outra parte entende que, à semelhança da **analogia in malam partem**, não é admissível. A interpretação extensiva difere da analogia, pois naquela a previsão legal existe, mas está implícita. Nesta, a previsão legal não existe, mas o Juiz entende que por ser semelhante a uma hipótese existente, deva ser assim enquadrada. **Cuidado com essa diferença!**

**Entretanto, em prova objetiva, o que fazer?** Nesse caso, sugiro adotar o entendimento de que é possível a interpretação extensiva, mesmo que prejudicial ao réu, pois este foi o entendimento adotado pelo STF (ainda que não haja uma jurisprudência sólida nesse sentido).<sup>9</sup>

<sup>7</sup> BITENCOURT, Op. cit., p. 201/202.

<sup>8</sup> BITENCOURT, Op. cit., p. 199/200. No mesmo sentido, GOMES, Luiz Flavio. BIANCHINI, Alice. Op. cit., p. 101

<sup>9</sup> RHC 106481/MS - STF



### 1.1.2 Princípio da anterioridade da Lei penal

O princípio da anterioridade da lei penal estabelece que não basta que a criminalização de uma conduta se dê por meio de Lei em sentido estrito, mas **que esta lei seja anterior ao fato, à prática da conduta.**

**EXEMPLO:** Pedro dirige seu carro embriagado no dia 20/05/2010, tendo sido abordado em blitz e multado. Nesta data, não há lei que criminalize esta conduta. Em 26/05/2010 é publicada uma Lei criminalizando o ato de dirigir embriagado. O órgão que aplicou a multa remete os autos do processo administrativo da multa ao MP, que oferece denúncia pelo crime de dirigir alcoolizado. A conduta do MP foi correta? Não! Pois embora Pedro tivesse cometido uma infração de trânsito, na data do fato a conduta não era considerada crime.

**Houve violação ao princípio da reserva legal? Não**, pois a criminalização da conduta se deu por meio de lei formal. **Houve violação ao princípio da anterioridade da lei penal? Sim**, e essa violação se deu pelo MP, que ofereceu denúncia sobre um fato acontecido antes da vigência da lei incriminadora.

Percebam que a violação à anterioridade, neste caso, se deu pelo MP. Mas nada impede, no entanto, que essa violação se dê pela própria lei penal incriminadora. Imaginem que a Lei que criminalizou a conduta de Pedro estabelecesse que todos aqueles que tenham sido flagrados dirigindo alcoolizados nos últimos dois anos responderiam pelo crime nela previstos. Essa lei seria inconstitucional nesta parte! Pois violaria flagrantemente o princípio constitucional da anterioridade da lei penal, previsto no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal.

**O princípio da anterioridade da lei penal culmina no princípio da irretroatividade da lei penal.** Pode-se dizer, inclusive, que são sinônimos. Entretanto, a lei penal pode retroagir. **Como assim?** Quando ela beneficia o réu, estabelecendo uma sanção menos gravosa para o crime ou quando deixa de considerar a conduta como criminosa. Nesse caso, estamos haverá irretroatividade da lei penal, **pois ela alcançará fatos ocorridos ANTES DE SUA VIGÊNCIA.**

**EXEMPLO:** Imagine que Maria seja acusada em processo criminal por um determinado crime "X", fato cometido em 20.04.2005. A pena para este crime varia de **um a quatro anos**. Se uma lei for editada posteriormente, estabelecendo que a pena para este crime será de **dois a seis MESES**, essa lei é favorável à Maria, devendo ser aplicada ao seu caso, mesmo que já tenha sido condenada.

Essa previsão se encontra no art. 5º, XL da Constituição:

*Art. 5º (...) XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;*



**Mas e se Maria já tiver sido condenada a dois anos de prisão e esteja cumprindo pena há mais de um ano?** Nesse caso, Maria deverá ser colocada em liberdade, pois se sua condenação fosse hoje, não poderia superar o limite de seis meses. Como já cumpriu mais de seis meses, sua pena está extinta.

Obviamente, se a lei nova, ao invés de estabelecer uma pena mais branda, estabelece que a conduta deixa de ser crime (O que chamamos de *abolitio criminis*), **TAMBÉM SERÁ APLICADA AOS FATOS OCORRIDOS ANTES DE SUA VIGÊNCIA, POR SER MAIS BENÉFICA AO RÉU.**

Não se trata de um “benefício” criminoso. Trata-se de uma questão de lógica: Se o Estado considera, hoje, que uma determinada conduta não pode ser crime, não faz sentido manter preso, ou dar sequência a um processo pela prática deste fato que não é mais crime, pois o próprio Estado não considera mais a conduta como tão grave a ponto de merecer uma punição criminal.



**ATENÇÃO!** No caso das **Leis temporárias**, a lei continuará a produzir seus efeitos mesmo após o término de sua vigência, caso contrário, perderia sua razão de ser. O caso mais clássico é o da lei seca para o dia das eleições. Nesse dia, o consumo de bebida alcoólica é proibido durante certo horário. Após o término das eleições, a ingestão de bebida alcoólica passa a não ser mais crime novamente. Entretanto, **não houve *abolitio criminis***, houve **apenas o término do lapso temporal em que a proibição vigora**. Somente haveria ***abolitio criminis*** caso a lei que proíbe a ingestão de bebidas alcoólicas no dia da eleição fosse revogada, o que não ocorreu!

A legalidade (reserva legal e anterioridade) são garantias para os cidadãos, pois visam a impedir que o Estado os surpreenda com a criminalização de uma conduta após a prática do ato. Pensem como seria nossa vida se pudéssemos, amanhã, sermos punidos pela prática de um ato que, hoje, não é considerado crime? Como poderíamos viver sem saber se amanhã ou depois aquela conduta seria considerada crime nós poderíamos ser condenados e punidos por ela? Impossível viver assim.

Assim:

Legalidade = Anterioridade + Reserva Legal

**NÃO SE ESQUEÇAM:** Trata-se de um princípio com duas vertentes!





Na **segunda fase do exame da OAB**, a abolitio criminis é um fenômeno que pode trazer vários benefícios para seu cliente.

Mas, o que fazer se houver abolitio criminis? O que eu peço para meu cliente, professor? Depende. Se ainda estamos em fase processual, você poderá pleitear:

- ⇒ A absolvição sumária, caso ainda não tenha havido instrução processual (principalmente se a peça for resposta à acusação)
- ⇒ A absolvição, caso ainda não tenha havido condenação (isso geralmente ocorrerá caso a peça seja memoriais)
- ⇒ A reforma da sentença para fins de absolvição, caso estejamos em fase recursal (isso geralmente ocorrerá se a peça for apelação)
- ⇒ A extinção da pena e de todos os demais efeitos penais da condenação, caso já estejamos em fase de execução penal (neste caso, você deverá manejar agravo em execução)

**Mas, cuidado!** Apesar de ter havido descriminalização da conduta, o fundamento destes pedidos não será a “atipicidade da conduta”, pois quando o fato foi praticado, era um fato típico, ou seja, previsto na lei como crime.

**O fundamento dos pedidos será a extinção da punibilidade**, na forma do art. 107, III do CP, c/c o artigo correspondente (ex.: art. 397, IV do CPP, no caso de absolvição sumária).

## 1.2 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A Constituição Federal estabelece, em seu art. 5º, XLVI:

*XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:*

A individualização da pena é feita em três fases distintas: **Legislativa**, **judicial** e **administrativa**.<sup>10</sup>

Na esfera **legislativa**, a individualização da pena se dá através da cominação de punições proporcionais à gravidade dos crimes, e com o estabelecimento de penas mínimas e máximas, a serem aplicadas pelo Judiciário, considerando as circunstâncias do fato e as características do criminoso.

<sup>10</sup> GOMES, Luiz Flavio. BIANCHINI, Alice. Op. cit., p. 76



Na fase **judicial**, a individualização da pena é feita com base na análise, pelo magistrado, das circunstâncias do crime, dos antecedentes do réu, etc. Nessa fase, a individualização da pena sai do plano meramente abstrato e vai para o plano concreto, devendo o Juiz fixar a pena de acordo com as peculiaridades do caso (Tipo de pena a ser aplicada, quantificação da pena, forma de cumprimento, etc.), tudo para que ela seja a mais apropriada para cada réu, de forma a cumprir seu papel ressocializador-educativo e punitivo.

Na terceira e última fase, a individualização é feita na **execução da pena**, a parte administrativa. Assim, questões como progressão de regime, concessão de saídas eventuais do local de cumprimento da pena e outras, serão decididas pelo Juiz da execução penal também de forma individual, de acordo com as peculiaridades de cada detento.

Por esta razão, em 2006, o STF declarou a inconstitucionalidade do artigo da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) que previa a impossibilidade de progressão de regime nesses casos, nos quais o réu deveria cumprir a pena em regime integralmente fechado. O STF entendeu que a terceira fase de individualização da pena havia sido suprimida, violando o princípio constitucional.

Outra indicação clara de individualização da pena na fase de execução está no artigo 5º, XLVIII da Constituição, que estabelece o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com as características do preso. Vejamos:

*Art. 5º (...) XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;*

### 1.3 PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA<sup>11</sup>

Este princípio constitucional do Direito Penal está previsto no art. 5º, XLV da Constituição Federal:

*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; (grifo nosso)*

Esse princípio impede que a pena ultrapasse a pessoa do infrator.

**EXEMPLO:** Se Paulo comete um crime e morre em seguida, está extinta a punibilidade, ou seja, o Estado não pode mais punir em razão do crime praticado, pois a morte do infrator é uma das causas de extinção do poder punitivo do Estado.

<sup>11</sup> Também chamado de princípio da personificação da pena, ou princípio da responsabilidade pessoal da pena, ou princípio da pessoalidade da pena.

Entretanto, como vocês podem extrair da própria redação do dispositivo constitucional, isso não impede que os sucessores do condenado falecido sejam obrigados a reparar os danos civis causados pelo fato. Explico:

**EXEMPLO:** Roberto mata Maurício, cometendo o crime previsto no art. 121 do Código Penal (Homicídio). Roberto é condenado a 15 anos de prisão, e na esfera cível é **condenado ao pagamento de R\$ 100.000,00 (Cem mil reais) a título de indenização ao filho de Maurício**. Durante a execução da pena criminal, Roberto vem a falecer. Embora a pena privativa de liberdade esteja extinta, pela morte do infrator, **a obrigação de reparar o dano poderá ser repassada aos herdeiros, até o limite do patrimônio deixado pelo infrator falecido**. Assim, se Roberto deixou um patrimônio de R\$ 500.000,00 (Quinhentos mil reais), desse valor, que já pertence aos herdeiros (pelo princípio da saisine, do Direito das Sucessões), poderá ser debitado os R\$ 100.000,00 (cem mil reais) que Roberto foi condenado a pagar ao filho de Maurício. Se, porém, o patrimônio deixado por Roberto é de apenas R\$ 30.000,00 (Trinta mil reais), esse é o limite ao qual os herdeiros estão obrigados.

Desta forma, tecnicamente falando, **os herdeiros não são responsabilizados pelo crime de Roberto**, pois não respondem com seu próprio patrimônio, apenas com o patrimônio eventualmente deixado pelo *de cuius*.

**CUIDADO!** A multa não é “obrigação de reparar o dano”, pois não se destina à vítima. A multa é espécie de PENA e, portanto, não pode ser executada em face dos herdeiros, ainda que haja transferência de patrimônio. Neste caso, **com a morte do infrator, extingue-se a punibilidade, não podendo ser executada a pena de multa**.

## 1.4 PRINCÍPIO DA LIMITAÇÃO DAS PENAS OU DA HUMANIDADE

A Constituição Federal estabelece em seu art. 5º, XLVII, que:

*Art. 5º (...) 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;*

Podemos perceber, caros concurseiros, que **determinados tipos de pena são terminantemente proibidos pela Constituição Federal**.



No caso da pena de morte, **a Constituição estabelece uma única exceção**: No caso de guerra declarada, é possível a aplicação de pena de morte por crimes cometidos em razão da guerra! Isso não quer dizer que basta que o país esteja em guerra para que se viabilize a aplicação da pena de morte em qualquer caso. Não pode o legislador, por exemplo, editar uma lei estabelecendo que os furtos cometidos durante estado de guerra serão punidos com pena de morte, pois isso não guarda qualquer razoabilidade. Esta ressalva é direcionada precipuamente aos crimes militares.

A vedação à pena de trabalhos forçados impede, por exemplo, que o preso seja obrigado a trabalhar sem remuneração. Assim, ao preso que trabalha no estabelecimento prisional é garantida remuneração mensal e abatimento no tempo de cumprimento da pena.

**A prisão perpétua também é inadmissível no Direito brasileiro.** Em razão disso, uma lei que preveja a pena mínima para um crime em 60 anos, por exemplo, estaria violando o princípio da vedação à prisão perpétua, por se tratar de uma burla ao princípio, já que a idade mínima para aplicação da pena é 18 anos. Logo, se o preso tiver que ficar, no mínimo, 60 anos preso, ele ficará até os 78 anos preso, o que significa, na prática, prisão perpétua.



**CUIDADO!** Esta vedação é **cláusula pétrea!** Trata-se de direitos fundamentais do cidadão, que não podem ser restringidos ou abolidos por emenda constitucional. Desta forma, apenas com o advento de uma nova Constituição seria possível falarmos em aplicação destas penas no Brasil.

## 1.5 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE

A **Presunção de inocência** é o maior pilar de um Estado Democrático de Direito, pois, segundo este princípio, nenhuma pessoa pode ser considerada culpada (e sofrer as consequências disto) antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Nos termos do art. 5º, LVII da CRFB/88:

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

**O que é trânsito em julgado de sentença penal condenatória?** É a situação na qual a sentença proferida no processo criminal, condenando o réu, não pode mais ser modificada através de recurso. Assim, **enquanto não houver uma sentença criminal condenatória irrecorrível**, o acusado não pode ser considerado culpado e, portanto, não pode sofrer as consequências da condenação.

Este princípio pode ser considerado:

⇒ **Uma regra probatória (regra de julgamento)** - Deste princípio **decorre que o ônus (obrigação) da prova cabe ao acusador (MP ou ofendido, conforme o caso)**. O réu é, desde o começo, inocente, até que o acusador prove sua culpa. Assim, temos o princípio do *in dubio pro reo* ou *favor rei*, segundo o qual, durante o processo (inclusive na sentença), havendo dúvidas acerca da culpa ou não do acusado, deverá o Juiz decidir em favor deste, pois sua culpa não foi cabalmente comprovada.



**CUIDADO:** Existem hipóteses em que o Juiz não decidirá de acordo com princípio do *in dubio pro reo*, mas pelo princípio do *in dubio pro societate*. Por exemplo, nas decisões de recebimento de denúncia ou queixa e na decisão de pronúncia, no processo de competência do Júri, o Juiz decide contrariamente ao réu (recebe a denúncia ou queixa no primeiro caso, e pronuncia o réu no segundo) com base apenas em indícios de autoria e prova da materialidade. Ou seja, nesses casos, mesmo o Juiz tendo dúvidas quanto à culpabilidade do réu, deverá decidir contrariamente a ele, e em favor da sociedade, pois destas decisões não há consequências para o réu, permitindo-se, apenas, que seja iniciado o processo ou a fase processual, na qual serão produzidas as provas necessárias à elucidação dos fatos.

⇒ **Uma regra de tratamento** - Deste princípio decorre, ainda, que o réu deve ser, a todo momento, tratado como inocente. E isso tem uma dimensão interna e uma dimensão externa:

- a) **Dimensão interna** – O agente deve ser tratado, dentro do processo, como inocente. **Ex.:** O Juiz não pode decretar a prisão preventiva do acusado pelo simples fato de o réu estar sendo processado, caso contrário, estaria presumindo a culpa do acusado.
- b) **Dimensão externa** – O agente deve ser tratado como inocente FORA do processo, ou seja, o fato de estar sendo processado não pode gerar reflexos negativos na vida do réu. **Ex.:** O réu não pode ser eliminado de um concurso público porque está respondendo a um processo criminal (pois isso seria presumir a culpa do réu).

Desta maneira, sendo este um princípio de ordem Constitucional, deve a legislação infraconstitucional (especialmente o CP e o CPP) respeitá-lo, sob pena de violação à Constituição. Portanto, uma lei que dissesse, por exemplo, que o cumprimento de pena se daria a partir da sentença em primeira instância seria inconstitucional, pois a Constituição afirma que o acusado ainda não é considerado culpado nessa hipótese.



**CUIDADO!** A existência de prisões provisórias (prisões decretadas no curso do processo) não ofende a presunção de inocência, pois nesse caso não se trata de uma prisão como cumprimento de pena, mas sim de uma prisão cautelar, ou seja, para garantir que o processo penal seja devidamente instruído ou eventual sentença condenatória seja cumprida. Por exemplo: Se o réu está dando sinais de que vai fugir (tirou passaporte recentemente), e o Juiz decreta sua prisão preventiva, o faz não por considerá-lo culpado, mas para garantir que, caso seja condenado, cumpra a pena. Vocês verão mais sobre isso na aula sobre Prisão e Liberdade Provisória! 😊

Ou seja, a **prisão cautelar, quando devidamente fundamentada** na necessidade de evitar a ocorrência de algum prejuízo (risco para a instrução ou para o processo, por exemplo), é **válida**. O que não se pode admitir é a utilização da prisão cautelar como “antecipação de pena”.



Vou transcrever para vocês agora alguns pontos que são polêmicos e a respectiva posição dos Tribunais Superiores, pois isto é importante.

- **Processos criminais em curso e inquéritos policiais em face do acusado podem ser considerados maus antecedentes?** Segundo o STJ e o STF não, pois em nenhum deles o acusado foi condenado de maneira irrecorrível, logo, não pode ser considerado culpado nem sofrer qualquer consequência em relação a eles (**súmula 444 do STJ**).
- **Regressão de regime de cumprimento da pena** – O STJ e o STF entendem que **NÃO HÁ NECESSIDADE DE CONDENAÇÃO PENAL TRANSITADA EM JULGADO** para que o preso sofra a regressão do regime de cumprimento de pena mais brando para o mais severo (do semiaberto para o fechado, por exemplo). Nesses casos, **basta que o preso tenha cometido novo crime doloso ou falta grave**, durante o cumprimento da pena pelo crime antigo, para que haja a regressão, nos termos do art. 118, I da Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), não havendo necessidade, sequer, de que tenha havido condenação criminal ou administrativa. A Jurisprudência entende que esse artigo da LEP não ofende a Constituição.
- **Revogação do benefício da suspensão condicional do processo em razão do cometimento de crime** – Prevê a Lei 9.099/95 que em determinados crimes, de menor potencial ofensivo, pode ser o processo criminal suspenso por determinado, devendo o réu cumprir algumas obrigações durante este prazo (dentre elas, não cometer novo crime), findo o qual estará extinta sua punibilidade. Nesse caso, **o STF e o STJ** entendem que, descoberta a prática de crime pelo acusado beneficiado com a suspensão do processo, este benefício deve ser revogado, por ter sido descumprida uma das condições, **não havendo necessidade de trânsito em julgado da sentença condenatória do crime novo**.

**CUIDADO MASTER!** Recentemente, no **juízo do HC 126.292** o STF decidiu (entendimento confirmado posteriormente) que o cumprimento da pena pode se iniciar com a mera condenação em segunda instância por um órgão colegiado (TJ, TRF, etc.). Isso significa que **o STF relativizou o princípio da presunção de inocência**, admitindo que a “culpa” (para fins de cumprimento da pena) já estaria formada nesse momento (embora a CF/88 seja expressa em sentido contrário). Isso significa que, possivelmente, teremos (num futuro breve) alteração na jurisprudência consolidada do STF e do STJ, de forma que ações penais em curso passem a poder ser consideradas como maus antecedentes, desde que haja, pelo menos, condenação em segunda instância por órgão colegiado (mesmo

sem trânsito em julgado), além de outros reflexos que tal relativização provoca (HC 126292/SP, rel. Min. Teori Zavascki, **17.2.2016**).

## 1.6 DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES

Vamos sintetizar, neste tópico algumas disposições constitucionais relativas ao Direito Penal que são relevantes, embora não possam ser consideradas princípios.

### 1.6.1 Vedações constitucionais aplicáveis a crimes graves

A CRFB/88 prevê uma série de vedações (imprescritibilidade, inafiançabilidade, etc.) que são aplicáveis a determinados crimes, por sua especial gravidade.

Vejamos o que consta no art. 5º, XLII a XLIV:

*Art. 5º (...)*

*XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;*

*XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;*

*XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;*

#### VEDAÇÕES CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS A CRIMES GRAVES

IMPRESCRITIBILIDADE	INAFIANÇABILIDADE	VEDAÇÃO DE GRAÇA E ANISTIA
<ul style="list-style-type: none"><li>• <b>Racismo</b></li><li>• <b>Ação de grupos armados</b>, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• <b>Racismo</b></li><li>• <b>Ação de grupos armados</b>, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.</li><li>• <b>Tortura</b></li><li>• <b>Tráfico de Drogas</b></li><li>• <b>Terrorismo</b></li><li>• <b>Crimes hediondos</b></li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• <b>Tortura</b></li><li>• <b>Tráfico de Drogas</b></li><li>• <b>Terrorismo</b></li><li>• <b>Crimes hediondos</b></li></ul>

Assim:

- **INAFIANÇABILIDADE – Todos**
- **IMPRESCRITIBILIDADE** – Somente **RAÇÃO** (Racismo + AÇÃO de grupos armados)
- **INSUSCETIBILIDADE GRAÇA E ANISTIA** – **TTTT** (Tortura, Terrorismo, Tráfico e Hediondos)

### 1.6.2 Tribunal do Júri

A Constituição Federal reconhece a instituição do Júri, e estabelece algumas regrinhas. Vejamos:

*Art. 5º (...)*

*XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:*

- a) a plenitude de defesa;*
- b) o sigilo das votações;*
- c) a soberania dos veredictos;*
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;*

Sem maiores considerações a respeito deste tema, apenas ressaltando que a competência do Tribunal do Júri abarca os **crimes dolosos contra a vida bem como os crimes que forem a eles conexos** (ex.: José estupra Maria e depois mata Joana, única testemunha do caso. Nesta situação, o Tribunal do Júri é competente para julgar o homicídio doloso de Joana e o crime estupro contra Maria, que é conexo com o homicídio).

Importante destacar, ainda, que dois crimes muito comuns não são considerados crimes dolosos contra a vida:

- ⇒ **Latrocínio (roubo com resultado morte)** – Trata-se de crime patrimonial.
- ⇒ **Lesão corporal com resultado morte** – A morte, aqui, decorre de culpa, portanto não se trata de crime doloso contra a vida.

### 1.6.3 Menoridade Penal

A Constituição prevê, ainda, que os **menores de 18 anos** são inimputáveis. Vejamos:

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

Isso quer dizer que eles não respondem penalmente, estando sujeitos às normas do **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**.



## 2 OUTROS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

### 2.1 PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

O princípio da ofensividade estabelece que não basta que o fato seja formalmente típico (tenha previsão legal como crime) para que possa ser considerado crime. É necessário que este fato ofenda (por meio de uma lesão ou exposição a risco de lesão), de maneira grave, o bem jurídico pretensamente protegido pela norma penal.

Assim, condutas que não são capazes de afetar o bem jurídico são desprovidas de ofensividade e, portanto, não podem ser consideradas criminosas.

**EXEMPLO:** Imaginemos que surja uma lei criminalizando a conduta de cuspir na rua. Essa norma criminaliza uma conduta que não ofende, de maneira significativa, qualquer bem jurídico relevante para a sociedade, embora possa ser reprovada moralmente, pelas regras de etiqueta, etc.

Assim, somente as condutas capazes de ofender significativamente um bem jurídico podem ser validamente criminalizadas, sob pena de violação ao princípio da ofensividade.<sup>12</sup>

### 2.2 PRINCÍPIO DA ALTERIDADE (OU LESIVIDADE)

Este princípio preconiza que o fato, para ser MATERIALMENTE crime, ou seja, para que possa ser considerado crime em sua essência, deve causar lesão a um bem jurídico de terceiro.

Desse princípio decorre que o **DIREITO PENAL NÃO PUNE A AUTOLESÃO**. Assim, aquele que destrói o próprio patrimônio não pratica crime de dano, aquele que se lesiona fisicamente não pratica o crime de lesões corporais, etc.

A ofensa a bem jurídico próprio não é conduta capaz de desafiar a intervenção do Direito Penal, por ser incapaz de abalar a paz social, ou seja, não se trata de uma conduta capaz de afetar a sociedade de maneira tão grave a ponto de merecer a repressão pelo Direito Penal, exatamente pelo fato de ofender apenas o próprio agente, e não outras pessoas.

<sup>12</sup> D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal: Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009. p. 67.



## 2.3 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Este princípio prega que uma conduta, ainda quando tipificada em Lei como criminosa, quando **não for capaz de afrontar o sentimento social de Justiça**, não seria considerada crime, em sentido material, por possuir adequação social (aceitação pela sociedade).

É o que acontece, por exemplo, com o crime de adultério, que foi revogado há alguns anos. Atualmente a sociedade não entende mais o adultério como um fato criminoso, mas algo que deva ser resolvido entre os particulares envolvidos.

Antes da revogação do crime de adultério, por exemplo, a sociedade, já há algumas décadas, não via o adultério como uma conduta criminosa, não via o adúltero como alguém que devesse ser considerado um criminoso. O adultério **poderia ser reprovável moralmente, religiosamente, etc., mas já não gozava mais, perante a sociedade, do status de crime**, embora assim fosse considerado pela Lei Penal. Desta forma, um Juiz poderia absolver alguém pela prática do crime de adultério, mesmo quando ainda era considerada uma conduta criminosa, alegando haver adequação social da conduta.

## 2.4 PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE DO DIREITO PENAL

Estabelece que nem todos os fatos considerados ilícitos pelo Direito devam ser considerados **como infração penal**, mas somente aqueles que atentem contra bens jurídicos **EXTREMAMENTE RELEVANTES**. Ou seja, o Direito Penal só deve tutelar bens jurídicos de grande relevância social.<sup>13</sup>

O Direito Penal, portanto, não deve se ocupar da proteção de bens jurídicos de menor relevo, exatamente porque o Direito Penal é o instrumento mais invasivo de que dispõe o Estado para intervir na vida em sociedade, de maneira que sua utilização para proteção de todo e qualquer bem jurídico demonstraria certa desproporcionalidade, além de contribuir para a banalização do Direito Penal.

## 2.5 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL

Estabelece que o Direito Penal não deve ser usado a todo momento, como regra geral, e sim como uma ferramenta subsidiária, ou seja, **deverá ser utilizado apenas quando os demais ramos do Direito não puderem tutelar satisfatoriamente o bem jurídico que se busca proteger**.<sup>14</sup>

Tal princípio parte da compreensão de que o controle social é realizado de maneira ampla, pelas mais diversas maneiras (moral, costumes, diversos ramos do Direito, etc.), o que implica a

<sup>13</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. Ed. Quartier Latin. São Paulo, 2014, p. 77.

<sup>14</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general: Tomo I*. Civitas. Madrid, 1997, p. 65.



necessidade de racionalizar a utilização do Direito Penal, reservando-o não só à proteção dos bens mais relevantes, exigindo-se ainda que a proteção destes bens relevantes não possa ser feita por outras formas.

**EXEMPLO:** O patrimônio é um bem jurídico relevante, disso ninguém duvida. Todavia, nem toda lesão ao patrimônio será digna de proteção pelo Direito Penal, podendo ser protegida por outras searas, como o Direito Civil, por exemplo. Assim, o não pagamento de uma dívida não gera, a princípio, a intervenção do Direito Penal, configurando mero ilícito civil, pois embora gere lesão ao patrimônio do credor, tal problema pode ser resolvido por outros ramos do Direito.

## 2.6 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA (OU ULTIMA RATIO)

Este princípio decorre do caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal. Este é um princípio limitador do poder punitivo estatal, que estabelece uma regra a ser seguida para conter possíveis arbítrios do Estado.

Assim, por força deste princípio, num sistema punitivo, como é o Direito Penal, a **criminalização de condutas** só deve ocorrer quando se caracterizar como meio absolutamente necessário à **proteção de bens jurídicos ou à defesa de interesses** cuja proteção, pelo Direito Penal, **seja absolutamente indispensável à coexistência harmônica e pacífica da sociedade**.

Embora não esteja previsto na Constituição, nem na legislação infraconstitucional, decorre da própria lógica do sistema jurídico-penal.

Tem como principais destinatários o legislador e, subsidiariamente, o operador do Direito. O primeiro é instado a não criminalizar condutas que possam ser resolvidas pelos demais ramos do Direito (Menos drásticos). O operador do Direito, por sua vez, é incumbido da tarefa de, no caso concreto, deixar de realizar o juízo de tipicidade material. Resumindo: O Direito Penal é a última opção para um problema (*Ultima ratio*).<sup>15</sup>

## 2.7 PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM

Por este princípio entende-se que uma pessoa não pode ser punida duplamente pelo mesmo fato. Além disso, estabelece que uma pessoa não possa, sequer, ser processada duas vezes pelo mesmo fato. Daí podermos dizer que não há, no processo penal, a chamada “revisão *pro societate*”.

<sup>15</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. p. 13-14.



**EXEMPLO:** José foi processado pelo crime X. Todavia, como não havia provas, foi absolvido. Tal decisão transitou em julgado, tornando-se imutável. Todavia, dois meses depois, surgiram provas da culpa de José. Neste caso, José não poderá ser processado novamente.

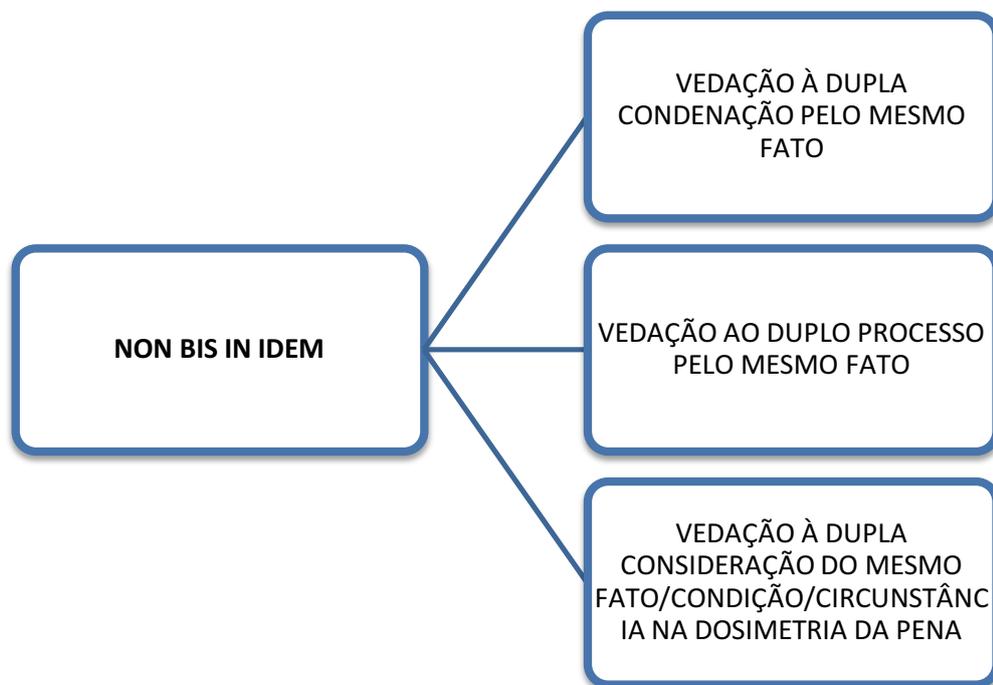
**CUIDADO!** Uma pessoa não pode ser duplamente processada pelo mesmo fato quando já houve decisão capaz de produzir coisa julgada material, ou seja, a imutabilidade da decisão (condenação, absolvição, extinção da punibilidade, etc.). Quando a decisão **não faz coisa julgada material**, é possível novo processo (Ex.: Extinção do processo pela rejeição da denúncia, em razão do descumprimento de uma mera formalidade processual).

Tal princípio veda, ainda, que um mesmo fato, condição ou circunstância seja duplamente considerado para fins de fixação da pena.

**EXEMPLO:** José está sendo processado pelo crime de homicídio qualificado pelo motivo torpe. José é condenado pelo júri e, na fixação da pena, o Juiz aplica a agravante genérica prevista no art. 61, II, a do CP, cabível quando o crime é praticado por motivo torpe. Todavia, neste caso, o “motivo torpe” já foi considerado como qualificadora (tornando a pena mais gravosa – de 06 a 20 anos para 12 a 30 anos), então não pode ser novamente considerada no mesmo caso. Ou seja, como tal circunstância (motivo torpe) já qualifica o delito, não pode também servir como circunstância agravante, sob pena de o agente ser duplamente punido pela mesma circunstância.

Assim:





## 2.8 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Este princípio determina que as penas devem ser aplicadas de maneira proporcional à gravidade do fato. Mais que isso: Estabelece que as penas devem ser **COMINADAS** (previstas) de forma a dar ao infrator uma sanção proporcional ao fato abstratamente previsto.

Assim, se o CP previsse que o crime de homicídio teria como pena máxima dois anos de reclusão, e que o crime de furto teria como pena máxima quatro anos de reclusão, estaria, claramente, violado o princípio da proporcionalidade.

## 2.9 PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

Este princípio nem sempre é citado pela Doutrina. Prega que todos possuem o direito de atuar acreditando que as demais pessoas irão agir de acordo com as normas que disciplinam a vida em sociedade.

Assim, exemplificativamente, quando alguém ultrapassa um sinal VERDE e acaba colidindo lateralmente com outro veículo que avançou o sinal VERMELHO, aquele que ultrapassou o sinal verde agiu amparado pelo princípio da confiança, não tendo culpa, já que dirigia na expectativa de que os demais respeitariam as regras de sinalização.

## 2.10 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA (OU DA BAGATELA)

As condutas que ofendam minimamente os bens jurídico-penais tutelados não podem ser consideradas crimes, pois não são capazes de lesionar de maneira eficaz o sentimento social de paz<sup>16</sup>. Imagine um furto de um pote de manteiga, dentro de um supermercado. Nesse caso, a lesão é insignificante, devendo a questão ser resolvida no âmbito civil (dever de pagar pelo produto furtado). Agora imagine o furto de um sanduíche que era de propriedade de um morador de rua, seu único alimento. Nesse caso, a lesão é grave, embora o bem seja do mesmo valor que anterior. Tudo deve ser avaliado no caso concreto. **Para o STF**, os **requisitos OBJETIVOS** para a aplicação deste princípio são:

- ⇒ Mínima ofensividade da conduta
- ⇒ Ausência de periculosidade social da ação
- ⇒ Reduzido grau de reprovabilidade do comportamento
- ⇒ Inexpressividade da lesão jurídica

O **STJ**, no entanto, entende que, além destes, existem ainda **requisitos de ordem subjetiva**:

- ⇒ Importância do objeto material do crime para a vítima, de forma a verificar se, no caso concreto, houve ou não, de fato, lesão

Na verdade, esse requisito não passa de uma análise mais aprofundada do último dos requisitos objetivos estabelecidos pelo STF.

Sendo aplicado este princípio<sup>17</sup>, não há tipicidade, eis que ausente um dos elementos da tipicidade, que é a **TIPICIDADE MATERIAL**, consistente no real potencial de que a conduta produza alguma lesão ao bem jurídico tutelado. Resta, portanto, somente a tipicidade formal (subsunção entre a conduta e a previsão contida na lei), o que é insuficiente.

Este princípio, em tese, possui aplicação a todo e qualquer delito, e não somente aos de índole patrimonial. Contudo, a jurisprudência firmou entendimento no sentido de ser incabível tal princípio em relação aos seguintes delitos:

- Furto qualificado
- Moeda falsa
- Tráfico de drogas

<sup>16</sup> BITENCOURT, Op. cit., p. 60

<sup>17</sup> Este princípio (princípio da bagatela) não pode ser confundido com o **princípio da bagatela imprópria**. A infração bagatelar imprópria é aquela na qual se verifica que, apesar de a conduta nascer típica (formal e materialmente típica), fatores outros, ocorridos após a prática do delito, levam à conclusão de que a pena é desnecessária no caso concreto

Ex.: O agente pratica um furto de um bem cujo valor não é insignificante. Todavia, logo após, se arrepende, procura a vítima, repara o dano e passa a manter boa relação com a vítima. Trata-se de agente primário e de bons antecedentes, que não mais praticou qualquer infração penal. Neste caso, o Juiz poderia, por este princípio, deixar de aplicar a pena, ante a desnecessidade da sanção penal.

- Roubo (ou qualquer crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa)<sup>18</sup>
- Crimes contra a administração pública<sup>19</sup>

Podemos **resumir o entendimento Jurisprudencial** no seguinte quadro:

<b>PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA (Requisitos)</b>	<b>Mínima ofensividade da conduta</b>	<b>OBS.: Não cabe para:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Furto qualificado</li> <li>➤ Moeda falsa</li> <li>➤ Tráfico de drogas</li> <li>➤ Roubo (ou qualquer crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa)</li> <li>➤ Crimes contra a administração pública</li> </ul>
	Ausência de periculosidade social da ação	
	Reduzido grau de reprovabilidade da conduta	
	Inexpressividade da lesão jurídica	
	Importância do objeto material para a vítima*	<b><u>SOMENTE PARA O STJ</u></b>

**CUIDADO!** Em relação ao crime de **descaminho** há um entendimento próprio, no sentido de que é CABÍVEL o princípio da insignificância, pois apesar de se encontrar entre os crimes contra a administração pública, trata-se de crime contra a ordem tributária. **Qual o patamar considerado para fins de insignificância em relação a tal delito? O STF sustenta que é R\$ 20.000,00.** O STJ, mais recentemente, também adotou este entendimento.

**CUIDADO MASTER!** A **reincidência** é uma circunstância que pode afastar a aplicação do princípio da insignificância. Contudo, esse afastamento é discutido na jurisprudência. A **QUINTA TURMA do STJ** possui entendimento no sentido de que não cabe aplicação deste princípio se o réu é reincidente (RHC 48.510/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/10/2014, **DJe 15/10/2014**). A **SEXTA TURMA** entende que a reincidência, por si só, não é apta a afastar a aplicação do princípio (AgRg no AREsp 490.599/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/09/2014, **DJe 10/10/2014**), havendo decisões, contudo, no sentido de que a reincidência específica (ou seja, reincidência em crimes contra o patrimônio) afastaria a aplicação do princípio (RHC 43.864/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/10/2014, **DJe 17/10/2014**).

<sup>18</sup> STF, RHC 106.360/DF, Rel. Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 3/10/2012

<sup>19</sup> Anteriormente havia decisões judiciais em ambos os sentidos. Atualmente, o tema se encontra SUMULADO pelo STJ (súmula 599 do STJ), no sentido da IMPOSSIBILIDADE de aplicação de tal princípio aos crimes contra a administração pública.

O **STF**, por sua vez, firmou entendimento no sentido de que **somente a reincidência específica (prática reiterada de crimes da mesma espécie) afastaria a aplicação do princípio da insignificância:**

(...) Afirmou, ademais, que, considerada a teoria da reiteração não cumulativa de condutas de gêneros distintos, a contumácia de infrações penais que não têm o patrimônio como bem jurídico tutelado pela norma penal (a exemplo da lesão corporal) não poderia ser valorada como fator impeditivo à aplicação do princípio da insignificância, porque ausente a séria lesão à propriedade alheia. **HC 114723/MG, rel. Min. Teori Zavascki, 26.8.2014. (HC-114723) – Informativo 756 do STF**<sup>20</sup>

**Objetivamente, sugiro adotar o entendimento do STF:** apenas a reincidência específica é capaz de afastar a aplicação do princípio da insignificância.<sup>21</sup>



ESTÁ CAI  
NA PROVA!

Na **segunda fase do exame da OAB**, este é um tema que pode salvar vários pontos.

Mas, o que fazer se houver insignificância penal da conduta? O que eu peço para meu cliente, professor?

A insignificância penal da conduta afasta a tipicidade MATERIAL. Como não há tipicidade material, não há tipicidade, logo, o fato é atípico.

Assim, você poderá pleitear:

- ⇒ A absolvição sumária por atipicidade, caso ainda não tenha havido instrução processual (principalmente se a peça for resposta à acusação)
- ⇒ A absolvição por atipicidade, caso ainda não tenha havido condenação (isso geralmente ocorrerá caso a peça seja memoriais)
- ⇒ A reforma da sentença para fins de absolvição em razão da atipicidade da conduta, caso estejamos em fase recursal (isso geralmente ocorrerá se a peça for apelação)

Apesar de a conduta estar prevista como crime (tipicidade formal), o **fundamento dos pedidos será a atipicidade**, pois não há tipicidade material. Para que tenhamos um fato típico, é necessário que haja tipicidade formal e material.

<sup>20</sup> Embora este tenha sido o entendimento firmado, há decisões no sentido de que a reincidência, seja de que natureza for, NÃO PODE impedir a caracterização do princípio da insignificância, por uma questão lógica: A insignificância é analisada na TIPICIDADE (tipicidade material), de maneira que, nesta fase, não se procede à nenhuma análise da pessoa do agente.

<sup>21</sup> Existem decisões recentes do STF no sentido de que cabe ao Juiz de primeira instância analisar, caso a caso, a pertinência da aplicação do princípio. Como são decisões muito recentes, ainda não é possível afirmar que forma uma nova jurisprudência, de forma que é mais prudente aguardar a consolidação deste entendimento.





HORA DE  
**PRATICAR!**

### (FGV - OAB - XI EXAME DE ORDEM - PROVA DISCURSIVA)

O Ministério Público ofereceu denúncia contra Lucile, imputando-lhe a prática da conduta descrita no Art. 155, caput, do CP. Narrou a inicial acusatória que, no dia 18/10/2012, Lucile subtraiu, sem violência ou grave ameaça, de um grande estabelecimento comercial do ramo de venda de alimentos dois litros de leite e uma sacola de verduras, o que totalizou a quantia de R\$10,00 (dez reais). Todas as exigências legais foram satisfeitas: a denúncia foi recebida, foi oferecida suspensão condicional do processo e foi apresentada resposta à acusação.

O magistrado, entretanto, após convencer-se pelas razões invocadas na referida resposta à acusação, entende que a fato é atípico.

Nesse sentido, tendo como base apenas as informações contidas no enunciado, responda, justificadamente, aos itens a seguir.

A) O que o magistrado deve fazer? Indique o fundamento legal.

B) Qual é o elemento ausente que justifica a alegada atipicidade?

#### COMENTÁRIOS:

A) O Juiz deve absolver sumariamente Lucile, nos termos do art. 397, III do CPP.

Vamos falar um pouco sobre a absolvição sumária, para que vocês possam compreender o caso.

A absolvição sumária é uma das providências que o Juiz pode tomar depois de apresentada a resposta a acusação.

Após a apresentação da resposta do réu o Juiz poderá:

- ⇒ Absolver sumariamente o réu;
- ⇒ Reconhecer algum vício na ação penal, extinguindo o processo;
- ⇒ Dar sequência ao processo, designando data para audiência de instrução e julgamento.

O Juiz deverá **absolver sumariamente** o réu quando:

*Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).*

*I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).*

*II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).*

*III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).*

*IV - extinta a punibilidade do agente. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).*



Percebam que o Juiz absolverá sumariamente o réu sempre que, após o prazo para resposta, verificar que o **FATO NÃO CONSTITUI CRIME**, ou ainda, que está presente alguma **causa de exclusão da ilicitude**, da **culpabilidade (salvo inimputabilidade) ou extintiva da punibilidade**.

Vejam, portanto, que **em caso de atipicidade da conduta, como é o caso da questão, a hipótese é de absolvição sumária**, eis que, uma vez sendo atípica a conduta, não há o primeiro dos elementos que configuram o delito (o fato típico).

B) **O fato é atípico por ausência de tipicidade material**. No caso em tela, até há tipicidade formal, pois a conduta se amolda ao tipo penal do delito de furto (art. 155 do CP). Não há, contudo, a chamada “tipicidade material”, que só se configura quando há efetiva lesão (ou ameaça de lesão, nos crimes de perigo) ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

A ausência de lesividade ao bem jurídico (patrimônio), no caso, **decorre do princípio insignificância**, que é aplicável à hipótese.

## 3 APLICAÇÃO DA LEI PENAL

### 1.1. APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO TEMPO

A Lei Penal, como toda e qualquer lei, entra no mundo jurídico em um determinado momento e vigora até sua revogação, regulando todos os fatos praticados nesse ínterim. Entretanto, nem sempre as coisas são tão simples, surgindo situações verdadeiramente excepcionais e complexas.

É certo, meus caros, que as leis se sucedem no tempo, pois é da natureza humana a mudança de pensamento. Assim, o que hoje é considerado crime, amanhã pode não o ser, e vice-versa. É claro, também, que quando uma lei revoga a outra, a lei revogadora deve abordar a matéria de forma, ao menos um pouco, diferente do modo como tratava a lei revogada, caso contrário, seria uma lei absolutamente inútil. A esse fenômeno damos o nome de **Princípio da continuidade das leis**.

A **revogação**, por sua vez, é o fenômeno que compreende a substituição de uma norma jurídica por outra. Essa substituição pode ser total ou parcial. No primeiro caso, temos o que se chama de **ab-rogação**, e no segundo caso, **derrogação**.

A revogação, como vimos, pode ser total ou parcial. Mas pode, ainda, ser **expressa ou tácita**. Diz-se que é **expressa** quando a nova lei diz expressamente que revoga a lei anterior. Por exemplo, a lei 11.343/06 (nova lei de drogas) diz em seu art. 75, que ficam revogadas as disposições contidas na lei 6.368/76.

Por sua vez, a revogação **tácita** ocorre quando a lei nova, embora não diga nada com relação à revogação da lei antiga, trata da mesma matéria, só que de forma diferente.



Desta forma, a lei produz efeitos desde sua vigência até sua revogação.

**CUIDADO!** No período de **vacatio legis** (Período entre a publicação da Lei e sua entrada em vigor, geralmente de 45 dias) **a lei ainda não vigora! Ou seja, ela ainda não produz efeitos!**

Logo, podemos perceber que a lei penal, assim como qualquer lei, somente produz efeitos durante o seu período de vigência. É o que se chama de **princípio da atividade da lei**.

Em alguns casos, porém, a lei penal pode produzir efeitos e atingir fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor e, até mesmo, continuar produzindo efeitos mesmo após sua revogação. Vamos analisá-los individualmente.

### 3.1.1 Conflito de Leis penais no Tempo

Ocorrendo a revogação de uma lei penal por outra, algumas situações irão ocorrer, e as consequências de cada uma delas dependerão da natureza da norma revogadora.

#### 3.1.1.1 Lei nova incriminadora

Nesse caso, a lei nova atribui caráter criminoso ao fato. Ou seja, até então, o fato não era crime. Nesse caso, a solução é bastante simples: **A lei nova produzirá efeitos a partir de sua entrada em vigor**, como toda e qualquer lei, seguindo a regra geral da atividade da lei.

#### 3.1.1.2 Lex Gravior<sup>22</sup>

Aqui, a lei posterior não inova no que se refere à natureza criminosa do fato, pois a lei anterior já estabelecia que o fato era considerado criminoso. No entanto, a lei nova **estabelece uma situação mais gravosa ao réu**.

**EXEMPLO:** O crime de homicídio simples (art. 121 do CP) possui pena mínima de 06 e pena máxima de 20 anos. Imaginemos que entrasse em vigor uma lei que estabelecesse que a pena para o crime de homicídio seria de 10 a 30 anos. Nesse caso, a lei nova, embora não inove no que tange à criminalização do homicídio, traz uma situação mais gravosa para o fato. Assim, **produzirá efeitos somente a partir de sua vigência**, não alcançando fatos pretéritos.

<sup>22</sup> Também chamada de ou *Novatio Legis in Pejus* ou Lei nova mais gravosa.

Frise-se que a lei nova será considerada mais gravosa ainda que não aumente a pena prevista para o crime. **Basta que traga qualquer prejuízo ao réu<sup>23</sup>**, como forma de cumprimento da pena, redução ou eliminação de benefícios, etc.

### 3.1.1.3 Abolitio Criminis

A **abolitio criminis** ocorre quando uma lei penal incriminadora vem a ser revogada por outra, que prevê que o fato deixa de ser considerado crime.

**EXEMPLO:** Suponhamos que a Lei “A” preveja que é crime dirigir veículo automotor sob a influência de álcool. Vindo a Lei “B” a determinar que dirigir veículo automotor sob a influência de álcool não é crime, ocorreu o fenômeno da *abolitio criminis*.

Nesse caso, **como a lei posterior deixa de considerar o fato crime, ela produzirá efeitos retroativos, alcançado os fatos praticados mesmo antes de sua vigência**, em homenagem ao art. 5, XL da Constituição Federal e ao art. 2º do Código Penal<sup>24</sup>.

É claro que quando uma lei deixa de considerar um determinado fato como crime, ela está beneficiando aquele praticou o fato e que, porventura, esteja respondendo criminalmente por ele, ou até mesmo, cumprindo pena em decorrência da condenação pelo fato.

Em casos tais, ocorre o que se chama de **retroatividade da Lei Penal**, que passa a produzir efeitos sobre fatos ocorridos anteriormente à sua vigência.



**CUIDADO!** Não confundam *abolitio criminis* com **continuidade típico-normativa**. Em alguns casos, embora a lei nova revogue um determinado artigo que previa um tipo penal, ela simultaneamente

<sup>23</sup> BITENCOURT, Op. cit., p. 208

<sup>24</sup> Art. 5º (...)

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

[...]

Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

insere esse fato dentro de outro tipo penal.<sup>25</sup> Neste caso não há *abolitio criminis*, pois a conduta continua sendo considerada crime, ainda que por outro tipo penal.<sup>26</sup>

É importante ressaltar, ainda, que a *abolitio criminis* **faz cessar a pena e os efeitos PENAIS da condenação.**

**EXEMPLO:** José foi condenado pelo crime “X” e está cumprindo pena. Surge uma Lei nova, descriminalizando a conduta. José será colocado em liberdade (deve cessar a pena imposta), bem como tal condenação pelo crime X não poderá ser considerada futuramente para fins de reincidência (afastam-se os efeitos penais da condenação). Todavia, se José foi condenado a reparar o dano causado à vítima, tal obrigação permanece (efeito extrapenal da condenação).

#### 3.1.1.4 Lex Mitior ou Novatio legis in melius

A *Lex mitior*, ou *novatio legis in melius*, ocorre quando uma **lei posterior revoga a anterior trazendo uma situação mais benéfica ao réu.** Nesse caso, em homenagem ao art. 5, XL da Constituição, já transcrito, a lei nova retroage para alcançar os fatos ocorridos anteriormente à sua vigência. Essa previsão está contida também no art. 2º, § único do CP<sup>27</sup>.

Vejam que o Código Penal estabelece que **a aplicação da lei nova se dará ainda que o fato (crime) já tenha sido julgado por sentença transitada em julgado.**

#### 3.1.1.5 Lei posterior que traz benefícios e prejuízos ao réu

Pode ocorrer, no entanto, que a lei nova tenha alguns pontos mais favoráveis e outros mais prejudiciais ao réu.

<sup>25</sup> A Lei 12.015/09 revogou o art. 214 do CP, que previa o crime de atentado violento ao pudor. Entretanto, ao mesmo tempo, ampliou a descrição do tipo penal do estupro para abranger também a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, que era a descrição do tipo penal de atentado violento ao pudor. Assim, o que a Lei 12.015/09 fez, não foi descriminalizar o Atentado Violento ao Pudor, mas dar a ele novo contorno jurídico, passando agora o fato a ser enquadrado como crime de estupro, tendo, inclusive, previsto a mesma pena anteriormente cominada ao Atentado Violento ao Pudor. Assim, não houve *abolitio criminis*, pois o fato não deixou de ser crime, apenas passou a ser tratado em outro tipo penal.

<sup>26</sup> Também não há *abolitio criminis* quando a lei nova revoga uma lei especial que criminaliza um determinado fato, mas que mesmo assim, está enquadrado como crime numa norma geral. Explico:

Imagine que a Lei “A” preveja o crime de roubo a empresa de transporte de valores, com pena de 4 a 12 anos. Posteriormente, entra em vigor a Lei “B”, que revoga expressa e totalmente a Lei “A”. Pode-se dizer que o roubo a empresa de transporte de valores deixou de ser crime? Claro que não, pois a conduta, o fato, está previsto no art. 157 do Código Penal (crime de roubo). Assim, apenas deixou de existir a lei especial que previa pena diferenciada para este fato, passando o mesmo a ser regido pelo tipo previsto no Código Penal. Pode-se dizer, no entanto, que houve *novatio legis in melius*, ou *Lex mitior*, que é a superveniência de lei mais benéfica.

<sup>27</sup> Art. 2º (...)

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

**EXEMPLO:** Suponhamos que Maria tenha praticado crime de furto, cuja pena é de 1 a 04 anos de reclusão, e multa. Posteriormente, sobrevém uma lei que estabelece que a pena passa a ser de 02 a 06 anos de detenção, sem multa. Percebam que **a lei nova é mais benéfica pois extinguiu a pena de multa, e estabeleceu o regime de detenção, mas é mais gravosa pois aumentou a pena mínima e a pena máxima.**

**Nesse caso, como avaliar se a lei é mais benéfica ou mais gravosa?** E mais, será que é possível combinar as duas leis para se achar a solução mais benéfica para o réu? Duas correntes se formaram:

- **1º corrente:** Não é possível combinar as leis penais para se extrair os pontos favoráveis de cada uma delas, pois o Juiz estaria criando uma terceira lei (Lex tertia), o que seria uma violação ao princípio da Separação dos Poderes, já que não cabe ao Judiciário legislar. Essa é a **TEORIA DA PONDERAÇÃO UNITÁRIA ou GLOBAL.**
- **2º corrente:** É possível a combinação das duas leis, de forma a selecionar os institutos favoráveis de cada uma delas, sem que com isso se esteja criando uma terceira lei, pois o Juiz só estaria agindo dentro dos limites estabelecidos pelo próprio legislador. Essa é a **TEORIA DA PONDERAÇÃO DIFERENCIADA.**

O STF, embora tenha vacilado em alguns momentos, firmou entendimento no sentido de que **deve ser adotada a TEORIA DA PONDERAÇÃO UNITÁRIA**<sup>28</sup>, devendo ser aplicada apenas uma das leis, em homenagem aos princípios da reserva legal e da separação dos Poderes do Estado. **O STJ sempre adotou esta posição**<sup>29</sup>.



**E quem deve aplicar a nova lei penal mais benéfica ou a nova lei penal abolitiva?** O Supremo Tribunal Federal (STF) firmou entendimento no sentido de que **DEPENDE DO MOMENTO**:

- **Processo ainda em curso** – Compete ao Juízo que está conduzindo o processo
- **Processo já transitado em julgado** – Compete ao Juízo da execução penal.

Nos termos da súmula 611 do STF:

<sup>28</sup> Entretanto, no julgamento do RE 596152/SP, o STF adotou posição contrária, ou seja, permitiu a combinação de leis. Trata-se de uma decisão isolada, portanto, não caracteriza uma “jurisprudência” de verdade.

<sup>29</sup> E de forma a consolidar sua tese, o STJ editou o verbete nº 501 de sua súmula de jurisprudência, entendendo, relativamente aos crimes da lei de drogas, a impossibilidade de combinação de leis. Vejamos:

SÚMULA Nº 501

*É cabível a aplicação retroativa da Lei n. 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.*

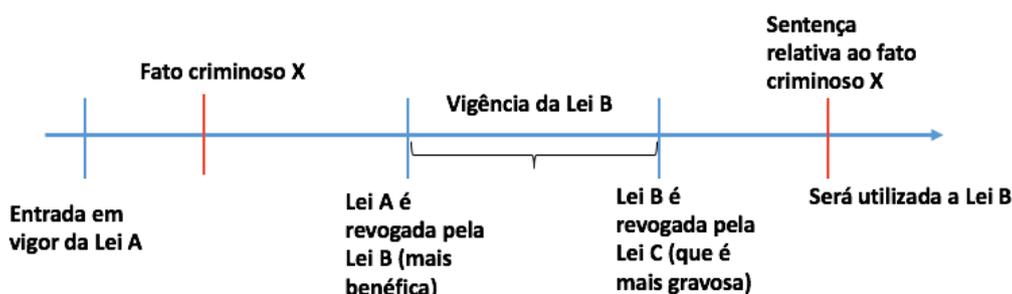
### SÚMULA Nº 611

Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das execuções a aplicação da lei mais benígna.

Todavia, a Doutrina entende que a aplicação da lei nova mais benéfica após o trânsito em julgado só caberá ao Juízo da execução penal, na forma da súmula 611 do STF, **se NÃO for necessário mais que um mero cálculo aritmético**. Caso seja necessário mais que um mero cálculo aritmético, será preciso ajuizar revisão criminal.

**EXEMPLO:** José é condenado pelo crime de furto, recebendo pena de 02 anos de reclusão. Durante o cumprimento da pena, surge lei nova, mais benéfica, criando uma causa de diminuição de pena nos casos em que o furto tenha sido praticado por pessoa com sérios problemas financeiros. Neste caso, para que José seja beneficiado pela lei nova, não basta um mero cálculo aritmético. É necessário reanalisar o caso para saber se José, no momento do crime, possuía sérios problemas financeiros. Portanto, neste caso, não será possível a aplicação da lei nova diretamente pelo Juiz da Execução Penal, devendo ser ajuizada revisão criminal.

**Mas, voltando ao tema central, e se a lei nova for revogada por outra lei mais gravosa?** Nesse caso, a lei mais gravosa não se aplicará aos fatos regidos pela lei mais benéfica, pois isso seria uma retroatividade da lei em prejuízo do réu. No momento em que a lei intermediária (a que revogou, mas foi revogada) entrou em vigor, passou a reger os fatos ocorridos antes de sua vigência. Sobrevindo lei posterior mais grave, aplica-se a regra geral da irretroatividade da Lei em relação a esta última.



No caso representado pelo esquema acima, a Lei B produzirá efeitos mesmo após sua revogação pela Lei C (em relação aos fatos praticados durante sua vigência e ANTES de sua vigência).

Nesse caso, diz-se que a Lei B possui **RETROATIVIDADE e ULTRATIVIDADE**.<sup>30</sup> A Lei B é **retroativa** porque se aplica a um fato praticado antes de sua vigência; é **ultra-ativa** porque, mesmo já estando revogada, será utilizada pelo Juiz na sentença (por ser mais benéfica que a Lei C).

Perceba, assim, que durante a vigência da Lei B “nada aconteceu”, ou seja: nem o fato foi praticado na vigência da Lei B (foi praticado antes) nem a sentença foi proferida na vigência da Lei C (foi proferida depois), **mas a Lei B será aplicada ao fato praticado, quando da prolação da sentença.**

Excepcional é a situação das **leis intermitentes**, que se dividem em **leis excepcionais e leis temporárias**. As **leis excepcionais** são aquelas que são produzidas para vigorar durante determinada situação. Por exemplo, estado de sítio, estado de guerra, ou outra situação excepcional. **Lei temporária** é aquela que é editada para vigorar durante determinado período, certo, cuja revogação se dará automaticamente quando se atingir o termo final de vigência, independentemente de se tratar de uma situação normal ou excepcional do país.

No **caso destas leis**, dado seu caráter transitório, **o fato de estas leis virem a ser revogadas é irrelevante!** Isso porque a revogação é decorrência natural do término do prazo de vigência da lei. Assim, **aquele que cometeu o crime durante a vigência de uma destas leis responderá pelo fato, nos moldes em que previsto na lei, mesmo após o fim do prazo de duração da norma.**

Isso é uma questão de lógica, pois, se assim não o fosse, bastaria que o réu procrastinasse o processo até data prevista para a revogação da lei a fim de que fosse decretada a extinção de sua punibilidade. Isso está previsto no art. 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.*



**CUIDADO!** Sempre se entendeu que a posterior revogação da lei temporária não afetaria os fatos praticados durante sua vigência. Isso deve ser analisado com cautela.

**Existem duas hipóteses absolutamente distintas.**

**EXEMPLO** – Existe uma Lei “A” que diz que é crime vender qualquer cerveja que não seja a cerveja “redonda” durante a realização da Copa do Mundo no Brasil. Essa lei tem duração prevista até o dia da final da Copa. José foi preso em flagrante, durante uma das semifinais da Copa do Mundo, vendendo a cerveja “quadrada” e, portanto, praticando o crime previsto na Lei “A”.

Dessa situação, duas hipóteses podem ocorrer:

<sup>30</sup> Quando a lei é aplicada fora de seu período de vigência, diz-se que há extratividade. A extratividade pode ocorrer em razão da ultratividade ou da retroatividade, a depender do caso. A extratividade, portanto, é um gênero, que comporta duas espécies: retroatividade e ultratividade. BITENCOURT, Op. cit., p. 207/209

**01** – A Lei “A” deixa de vigorar naturalmente porque se prazo de validade expirou – Nenhuma consequência prática em favor de José, pois a expiração da validade é o processo natural da lei penal temporária.

**02** – O Governo entende que é um absurdo criminalizar tais condutas que, na verdade, têm como única finalidade proteger interesses econômicos de particulares e, em razão, disso, edita uma nova Lei (após a expiração da lei temporária) que prevê a descriminalização da conduta incriminada – Nesse caso, teremos *abolitio criminis*, e isso terá efeitos práticos para José. O mesmo ocorreria se o Governo, ao invés de proceder à descriminalização da conduta, tivesse abrandado a pena (*lex mitior*). Essa lei iria retroagir.

**CUIDADO!** Eu já vi este tema ser abordado das mais diversas formas. Já vi Banca entendendo que a lei temporária será aplicada mesmo que sobrevenha lei nova, abolindo o crime. Isso é complicado, porque traz insegurança ao candidato. Contudo, aí vai meu conselho: Lei temporária produz efeitos após sua revogação “natural” (expiração do prazo de validade). Se houver superveniência de lei abolutiva expressamente revogando a criminalização prevista na lei temporária, ela não mais produzirá efeitos. Assim, cuidado com a abordagem na prova.

### 3.1.2 Tempo do crime

Para podermos aplicar corretamente a lei penal, é necessário saber quando se considera praticado o delito. Três teorias buscam explicar quando se considera praticado o crime:

- 1) **Teoria da atividade** – O crime se considera praticado quando da ação ou omissão, não importando quando ocorre o resultado. **É a teoria adotada pelo art. 4º do Código Penal**, vejamos:

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

- 2) **Teoria do resultado** – Para esta teoria, considera-se praticado o crime quando da ocorrência do resultado, independentemente de quando fora praticada a ação ou omissão.
- 3) **Teoria da ubiquidade ou mista** – Para esta teoria, considera-se praticado o crime tanto no momento da ação ou omissão quanto no momento do resultado.

Como vimos, **nosso Código adotou a teoria da atividade como a aplicável ao tempo do crime**. Isto representa sérios reflexos na aplicação da lei penal, pois esta depende da data do fato, que, como vimos, é a data da conduta.

Nos **crimes permanentes**, aplica-se a lei em vigor ao final da permanência delitiva, ainda que mais gravosa que a do início. O mesmo ocorre nos **crimes continuados**, hipótese em que se aplica a lei vigente à época do último ato (crime) praticado. Essa tese está consagrada pelo STF, através do enunciado nº 711 da súmula de sua Jurisprudência:

#### SÚMULA 711 DO STF



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.

**Mas isso não ofende o princípio da irretroatividade da lei mais gravosa?** Não, pois **neste caso NÃO HÁ RETROATIVIDADE**. Neste caso, a lei mais grave está sendo aplicada a um crime que ainda está sendo praticado, e não a um crime que já foi praticado.<sup>31</sup>



As questões envolvendo a aplicação da lei penal no tempo são **extremamente importantes para o Exame da OAB, inclusive para a SEGUNDA FASE**. Saber qual lei penal será aplicável ao caso concreto (seja numa questão discursiva ou na peça prático-profissional) é fundamental para que o candidato se saia bem na prova, afinal de contas, se o candidato não sabe qual é a lei aplicável ao fato criminoso, não conseguirá desenvolver corretamente a fundamentação, colocando tudo a perder.

## 3.2 APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO ESPAÇO

Tão importante quanto conhecer as minúcias referentes à aplicação da lei penal no tempo é conhecer as regras atinentes à lei penal no espaço.

Toda lei é editada para vigorar num determinado tempo e num determinado espaço. No que tange à lei penal, via de regra ela se aplica dentro do território do país em que foi editada, pois este é o limite do exercício da soberania de cada Estado. Ou seja, nenhum Estado pode exercer sua soberania fora de seu território.

Vamos estudar, então, as regras referentes à aplicação da lei penal no espaço.

<sup>31</sup> Cezar Roberto Bitencourt critica parcialmente a súmula, ao entendimento de que ela poderia ser aplicável ao crime permanente, sem nenhuma violação à irretroatividade da lei mais gravosa, mas a mesma solução não poderia ser adotada em relação ao crime continuado, por não se tratar de crime único com execução prolongada no tempo, e sim mera ficção jurídica que considera como crime único (para fins de aplicação da pena), uma série de delitos. BITENCOURT, Op. cit., p. 220.

A maioria da Doutrina, contudo, não tece críticas à súmula. Ver, por todos, BITENCOURT, Op. cit., p. 120.



### 3.2.1 Territorialidade

Essa é a **regra** no que tange à aplicação da lei penal no espaço. Pelo **princípio da territorialidade**, aplica-se à lei penal aos crimes cometidos no território nacional. Assim, não importa se o crime foi cometido por estrangeiro ou contra vítima estrangeira. Se cometido no território nacional, submete-se à lei penal brasileira.

É o que prevê o art. 5º do Código Penal:

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

Na verdade, como o Código Penal admite algumas exceções, podemos dizer que o nosso Código adotou **O PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE MITIGADA OU TEMPERADA**.<sup>32</sup>

**Território** pode ser conceituado como **espaço em que o Estado exerce sua soberania política**. O território brasileiro compreende:

- O **Mar territorial**;
- O **espaço aéreo** (Teoria da absoluta soberania do país subjacente);
- O **subsolo**

São considerados como **território brasileiro por extensão**:

- Os **navios e aeronaves públicos**, onde quer que se encontrem
- Os **navios e aeronaves particulares, que se encontrem em alto-mar ou no espaço aéreo**

Assim, aos crimes praticados nestes locais aplica-se a lei brasileira, pelo princípio da territorialidade.



**ATENÇÃO!** Como sabemos, a Lei penal brasileira será aplicada aos crimes cometidos a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras, mercantes ou de propriedade privada, desde que se encontrem no espaço aéreo brasileiro ou em pouso no território nacional, ou, no caso das embarcações, em porto ou mar territorial brasileiro.

Contudo, a Doutrina aponta uma **exceção** à aplicação da lei penal brasileira neste caso. Trata-se do **PRINCÍPIO DA PASSAGEM INOCENTE**. Este princípio, decorrente do Direito Internacional Marítimo, estabelecido na **Convenção de Montego Bay (1982)**, que foi assinada pelo Brasil, prevê que uma

<sup>32</sup> Ver, por todos, GOMES, Luiz Flavio. BIANCHINI, Alice. Op. cit., p. 123/124 e GOMES, Luiz Flavio. BIANCHINI, Alice. Op. cit., p. 222.

embarcação de propriedade privada, de qualquer nacionalidade, possui o direito de atravessar o **mar territorial de uma nação**, desde que não ameace a paz, a segurança e a boa ordem do Estado.

Aplicando tal princípio ao Direito Penal, a Doutrina entende que se um crime for praticado a bordo de uma embarcação que se encontre em “passagem inocente”, não será aplicável a lei brasileira a este crime, desde que o crime em questão não afete nenhum bem jurídico nacional. **Ex.: Um americano mata um holandês dentro de um navio argentino em situação de passagem inocente.**

Parte da Doutrina estende a aplicação do princípio também às aeronaves privadas em situação semelhante.

**CUIDADO!** Este princípio só se aplica às embarcações ou aeronaves que utilizem o território do Brasil como mera “passagem”. Se o Brasil é o destino da aeronave ou embarcação, não há aplicação do princípio.

Assim, para que possamos trabalhar com este princípio na prova, **a questão deve deixar clara a situação de “passagem inocente”, ou seja, a Banca tem que deixar claro que pretende saber se você tem conhecimento disso.** Caso contrário, esqueça tal exceção.

### 3.2.2 Extraterritorialidade

A extraterritorialidade é a aplicação da lei penal brasileira a um fato criminoso que não ocorreu no território nacional.

Pode se dar em razão de diversos princípios, que veremos a seguir:

#### 3.2.2.1 Princípio da Personalidade ou da nacionalidade

Divide-se em princípio da personalidade ativa e da personalidade passiva.

Pelo princípio da personalidade ativa, aplica-se a lei penal brasileira ao crime cometido por brasileiro, ainda que no exterior. As hipóteses de aplicação deste princípio estão previstas no art. 7º, I, “d” e II, “b” do CPB:

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

*I - os crimes:*

*(...)*

*d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;*

*(...)*

*II - os crimes:*

*(...)*

*b) praticados por brasileiro;*



No primeiro caso, basta que o crime de genocídio tenha sido cometido por brasileiro para que a lei brasileira seja aplicada, não havendo qualquer condição além desta.

No segundo caso (crime comum cometido por brasileiro no exterior), algumas condições devem estar presentes, conforme preceitua o §2º do art. 7º do CPB:

*§ 2º - Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira **depende do concurso das seguintes condições:** (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*

*a) entrar o agente no território nacional; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*

*b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*

*c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*

*d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*

*e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*

Assim, não basta que o crime tenha sido cometido por brasileiro, é necessário que as condições acima estejam presentes, ou seja: O fato deve ser punível também no local onde fora cometido o crime; deve o agente entrar no território brasileiro; O crime deve estar incluído no rol daqueles que autorizam extradição e não pode o agente ter sido absolvido ou ter sido extinta sua punibilidade no estrangeiro.

Pelo princípio da **personalidade passiva**, aplica-se a lei brasileira aos crimes cometidos contra brasileiro, ainda que no exterior. Nos termos do art. 7º, §3º do CPB:

*§ 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.*

Percebam que, além das condições previstas para a aplicação do princípio da personalidade ativa, **para a aplicação do princípio da personalidade passiva o Código prevê ainda outras duas condições:**

- Ter havido requisição do Ministro da Justiça
- Não ter sido pedida ou ter sido negada a extradição do estrangeiro que praticou o crime

### 3.2.2.2 Princípio do domicílio

Por este princípio, aplica-se a lei brasileira ao crime cometido por pessoa domiciliada no Brasil, não havendo qualquer outra condição. Só há uma hipótese de aplicação deste princípio na lei penal brasileira, e é a prevista no art. 7º, I, “d” do CPB:



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

*I - os crimes:*

*(...)*

*d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou **domiciliado no Brasil;***"

Portanto, somente no caso do crime de genocídio será aplicado o princípio do domicílio, devendo ser aplicada a lei brasileira ainda que se trate crime cometido no estrangeiro por agente estrangeiro contra vítima estrangeira, desde que o autor seja domiciliado no Brasil. Alguns autores entendem que aqui se aplica o **princípio da Justiça Universal**.<sup>33</sup>

### 3.2.2.3 Princípio da Defesa ou da Proteção

Este princípio visa a garantir a aplicação da lei penal brasileira aos crimes cometidos, em qualquer lugar e por qualquer agente, mas que **ofendam bens jurídicos nacionais**. Está previsto no art. 7º, I, "a, b e c":

*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;*

Vejam que se trata de bens jurídicos altamente relevantes para o país. Não se trata de considerar a vida e a liberdade do Presidente da República mais importante que a vida e a liberdade dos demais brasileiros. Nesse caso, o que se busca é garantir que um crime praticado contra a figura do Presidente da República não fique impune, pois é mais que um crime contra a pessoa, é um crime contra toda a nação.

Reparem, ainda, que **não é qualquer crime cometido contra o Presidente, mas somente aqueles que atentem contra sua vida ou liberdade**.

Estas hipóteses dispensam outras condições, bastando que tenha sido o crime cometido contra estes bens jurídicos. Aliás, será aplicada a lei brasileira ainda que o agente já tenha sido condenado ou absolvido no exterior:

*§ 1º - Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.*

<sup>33</sup> GOMES, Luiz Flavio. BIANCHINI, Alice. Op. cit., p. 127



Entretanto, para que seja evitado o cumprimento duplo de pena (*bis in idem*), caso tenha sido o agente condenado no exterior, a pena a ser cumprida no Brasil será abatida da pena cumprida no exterior, o que se chama **DETRAÇÃO PENAL**. Nos termos do art. 8º do CPB:

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

Embora o art. 8º seja louvável, tecnicamente, **a simples possibilidade de duplo julgamento pelo mesmo fato já configura *bis in idem*. Entretanto, o STF ignora este fato, e a norma permanece em pleno vigor.**

Há quem entenda, portanto, que esta regra é uma exceção ao princípio do *ne bis in idem*<sup>34</sup>, pois o Estado estaria autorizado a julgar, condenar e punir a pessoa mesmo já tendo havido julgamento (inclusive com condenação e cumprimento de pena) em outro Estado.

### 3.2.2.4 Princípio da Justiça Universal

Este princípio é utilizado para a aplicação da lei penal brasileira contra crimes cometidos em qualquer território e por qualquer agente, desde que o Brasil, através de tratado internacional, tenha se obrigado a reprimir tal conduta. Tem previsão no art. 7º, II, *a* do CPB:

*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;*

Como a previsão se encontra no inciso II do art. 7º, aplicam-se as condições previstas no § 2º, como ingresso do agente no território nacional, etc.

### 3.2.2.5 Princípio da Representação ou da bandeira ou do Pavilhão

Por este princípio, aplica-se a lei penal brasileira aos crimes cometidos no estrangeiro, a bordo de aeronaves e embarcações privadas, mas que possuam bandeira brasileira, quando, no país em que ocorreu o crime, este não for julgado.

A previsão está no art. 7º, II, “c” do CPB:

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

*(...)*

*II - os crimes:*

*(...)*

<sup>34</sup> GOMES, Luiz Flavio. BIANCHINI, Alice. Op. cit., p. 129



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

**EXEMPLO:** Se um cidadão mexicano comete um crime contra um cidadão alemão, a bordo de uma aeronave pertencente a uma empresa aérea brasileira, enquanto esta se encontra parada no aeroporto de Nova York, pelo Princípio da Bandeira, a este crime poderá ser aplicada a lei brasileira, caso não seja julgado pelo Judiciário americano.



**CUIDADO!** Se, no exemplo anterior, o crime fosse **cometido a bordo de uma aeronave pertencente ao Brasil**, por exemplo, o avião oficial da Presidência da República, a lei penal brasileira seria aplicada não pelo Princípio da Bandeira, mas **pelo Princípio da Territorialidade**, pois estas aeronaves são consideradas território brasileiro por extensão, onde quer que se encontrem!

### 3.2.3 Lugar do Crime

Para aplicarmos corretamente o que foi aprendido acerca da lei penal no espaço, precisamos saber, com exatidão, qual é o local do crime. Para tanto, existem algumas teorias:

- 1) **Teoria da atividade** – Considera-se local do crime aquele em que a conduta é praticada.
- 2) **Teoria do resultado** – Para esta teoria, não importa onde é praticada a conduta, pois se considera como lugar do crime o local onde ocorre a consumação.
- 3) **Teoria mista ou da ubiquidade** – Esta teoria prevê que tanto o lugar onde se pratica a conduta quanto o lugar do resultado são considerados como local do crime. **Esta teoria é a adotada pelo Código Penal**, em seu art. 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*

Entretanto, **esta regra da ubiquidade só se aplica quando estivermos diante de pluralidade de países**, ou seja, quando for necessário estabelecer o local do crime para fins de definição de qual lei (de que país) penal aplicar.

Só para finalizar, vou deixar de lambuja para vocês um macete para gravarem as teorias adotadas para o tempo do crime e para o lugar do crime:

**Lugar = Ubiquidade**

**Tempo = Atividade**

**Muita LUTA, meus amigos!!**



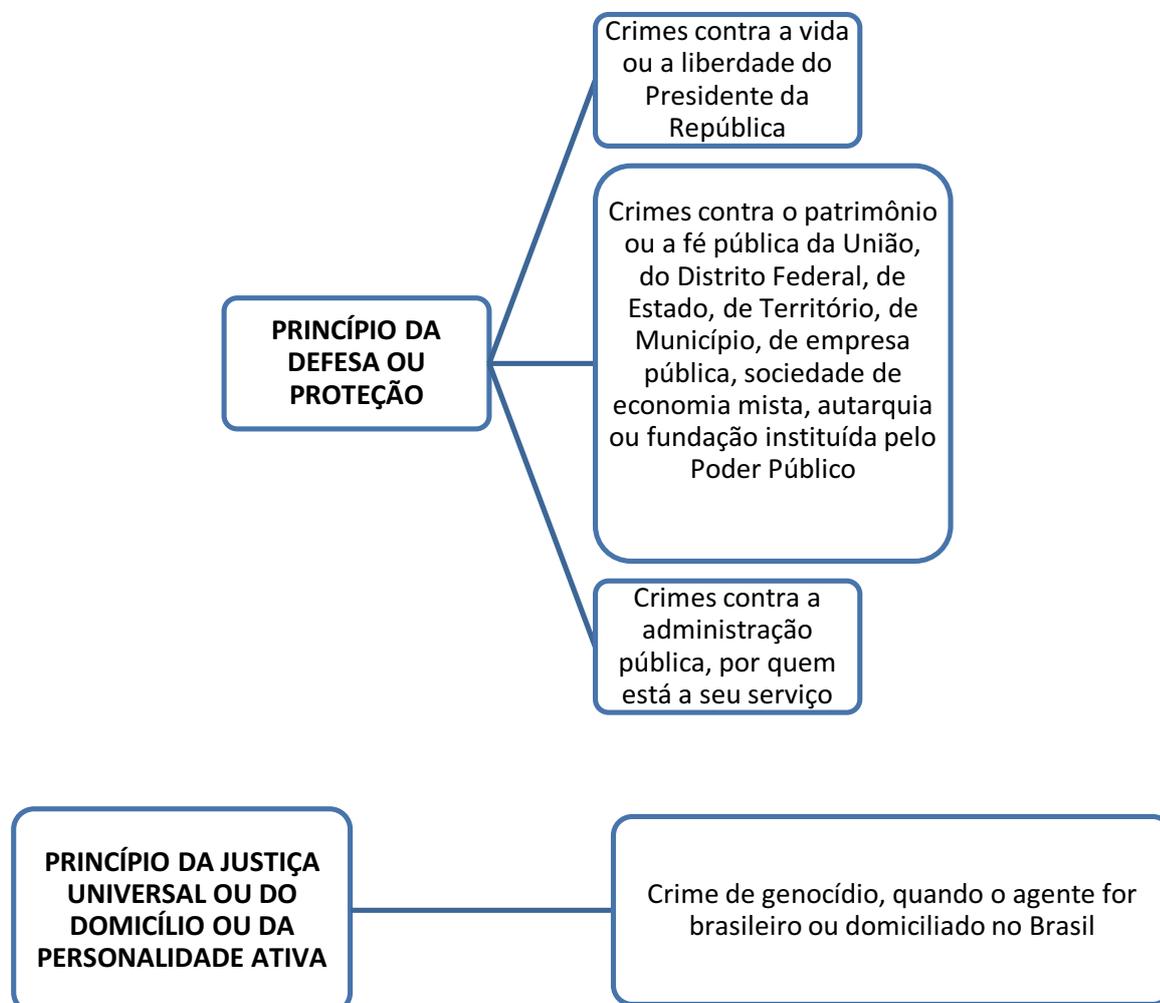
### 3.2.4 Extraterritorialidade condicionada, incondicionada e hipercondicionada

Como estudamos, a regra na aplicação da lei penal brasileira é o princípio da territorialidade, em que se aplica a lei penal brasileira aos crimes cometidos no território nacional.

Entretanto, existem algumas hipóteses em que se aplica a lei penal brasileira a crimes cometidos no exterior. Nestes casos, estamos diante do fenômeno da **extraterritorialidade da lei penal**.

Esta **extraterritorialidade** pode ser **incondicionada** ou **condicionada**.

No primeiro caso, como o próprio nome diz, não há qualquer condição. Basta que o crime tenha sido cometido no estrangeiro. As hipóteses são poucas e já foram aqui estudadas. São as previstas no art. 7º, I do CPB (Crimes contra bens jurídicos de relevância nacional e crime de genocídio). Nestes casos, pelos princípios da Proteção e do Domicílio ou da Personalidade Ativa (a depender do caso), aplica-se a lei brasileira, ocorrendo o fenômeno da extraterritorialidade:



Embora sob fundamentos diversos (Princípios diversos), todas as hipóteses culminam no fenômeno da **extraterritorialidade incondicionada** da lei penal brasileira.

A **extraterritorialidade condicionada**, por sua vez, está prevista no **art. 7º, II e § 2º do CP**. Neste caso, a lei brasileira só será aplicada ao fato de maneira subsidiária, ou seja, apenas se cumpridas determinadas condições.

Nos termos do Código Penal, temos as seguintes hipóteses de extraterritorialidade condicionada:

*Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

*II - os crimes: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

*a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*

*b) praticados por brasileiro; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*

*c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*

Estas são as hipóteses em que se aplica, condicionalmente, a lei penal brasileira a fatos ocorridos no estrangeiro. As condições para esta aplicação se encontram no art. 7º, § 2º do CPB:

*Art. 7º (...) § 2º - Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*

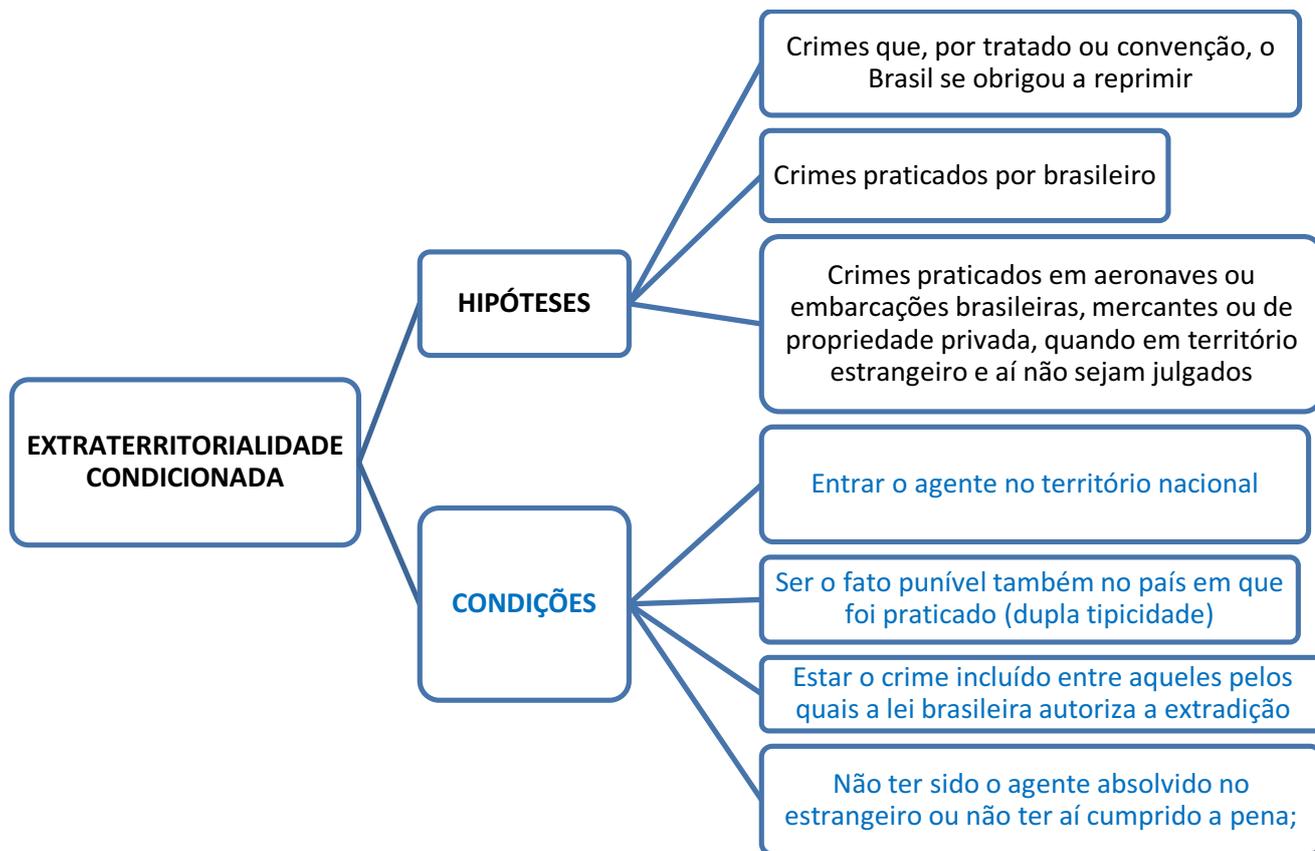
*a) entrar o agente no território nacional; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*

*b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*

*c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*

*d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*

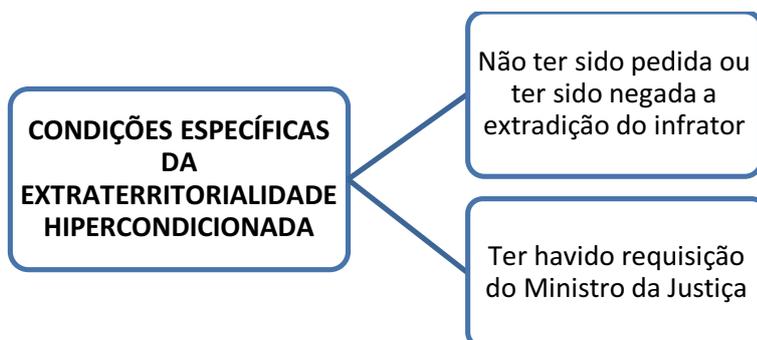
Podemos esquematizar da seguinte forma:



Entretanto, existe ainda a chamada **extraterritorialidade hipercondicionada**, que é a hipótese prevista no § 3º do art. 7º:

*Art. 7º (...) § 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: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*

Neste caso, além das condições anteriores, existem ainda duas outras condições:



Desta maneira, meus caros, terminamos o estudo da aplicação da lei penal, no tempo e no espaço.

## 4 TEORIA DO DELITO



ESTA CAI  
NA PROVA!

Este é **um dos temas mais importantes para quem vai fazer a prova PRÁTICO-PROFISSIONAL DA OAB.**

Isto porque ele é aplicável a todo e qualquer delito, e em grande parte dos casos a FGV cobra alguma coisa sobre consumação, tentativa, desistência voluntária, relação de causalidade, etc.

Prestem bem atenção em alguns pontos, como dolo x culpa e consumação tentativa.

No caso da **relação “dolo x culpa”**, a análise do *animus* do agente, ou seja, sua intenção, pode fazer com que a conduta se torne um fato atípico, beneficiando seu cliente, ou pode alterar a classificação do delito, para uma forma culposa, mais benéfica, portanto.

Com relação à **consumação e à tentativa**, é importante saber se tivemos crime consumado, crime tentado, desistência voluntária ou arrependimento eficaz, pois cada um desses institutos trará reflexos diferentes na pena a ser aplicada ao seu cliente! Saber exatamente o que ocorreu renderá alguns valiosos pontinhos!

Depois dessa breve introdução, vamos ao conteúdo!

### 4.1 CONCEITO DE CRIME

O Crime é um fenômeno social, disso nenhum de vocês duvida. **Entretanto, como conceituar o crime juridicamente?**

Muito se buscou na Doutrina acerca disso, tendo surgido inúmeras posições a respeito. Vamos tratar das principais.

O Crime pode ser entendido sob três aspectos: **Material, legal e analítico.**

Sob o **aspecto material**, crime é **toda ação humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico de terceiro, que, por sua relevância, merece a proteção penal.** Esse aspecto valoriza o crime enquanto conteúdo, ou seja, busca identificar se a conduta é ou não apta a produzir uma lesão a um bem jurídico penalmente tutelado.

Assim, se uma lei cria um tipo penal dizendo que é proibido chorar em público, essa lei não estará criando uma hipótese de crime em seu sentido material, pois essa conduta **NUNCA SERÁ** crime em sentido material, pois não produz qualquer lesão ou exposição de lesão a bem jurídico de quem quer que seja. Assim, ainda que a lei diga que é crime, materialmente não o será.

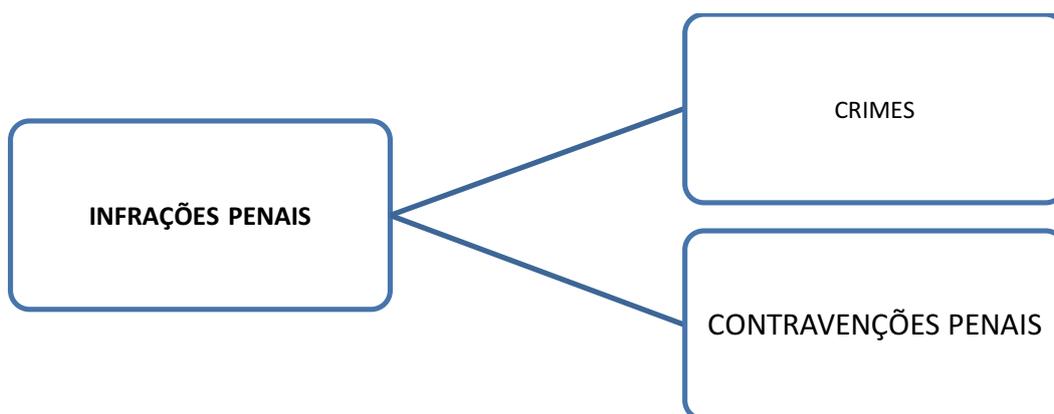


Sob o **aspecto legal, ou formal**, crime é toda **infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção**, nos termos do art. 1º da Lei de Introdução ao CP.<sup>35</sup>

Percebam que o conceito aqui é meramente legal. Se a lei cominar a uma conduta a pena de detenção ou reclusão, cumulada ou alternativamente com a pena de multa, estaremos diante de um crime.

Por outro lado, se a lei cominar a apenas prisão simples ou multa, alternativa ou cumulativamente, estaremos diante de uma contravenção penal.

Esse aspecto consagra o **SISTEMA DICOTÔMICO** adotado no Brasil, no qual existe um gênero, que é a infração penal, e duas espécies, que são o crime e a contravenção penal. Assim:



Vejam que quando se diz “infração penal”, está se usando um termo genérico, que pode tanto se referir a um “crime” ou a uma “contravenção penal”. **O termo “delito”, no Brasil, é sinônimo de crime.**

**O crime pode ser conceituado, ainda, sob um aspecto analítico, que o divide em partes, de forma a estruturar seu conceito.**

Primeiramente surgiu a **teoria quadripartida** do crime, que entendia que crime era todo **fato típico, ilícito, culpável e punível**. Hoje é praticamente inexistente.

Depois, surgiram os defensores da **teoria tripartida do crime**, que entendiam que crime era o **fato típico, ilícito e culpável**. Essa é a teoria que **predomina no Brasil**, embora haja muitos defensores da terceira teoria.

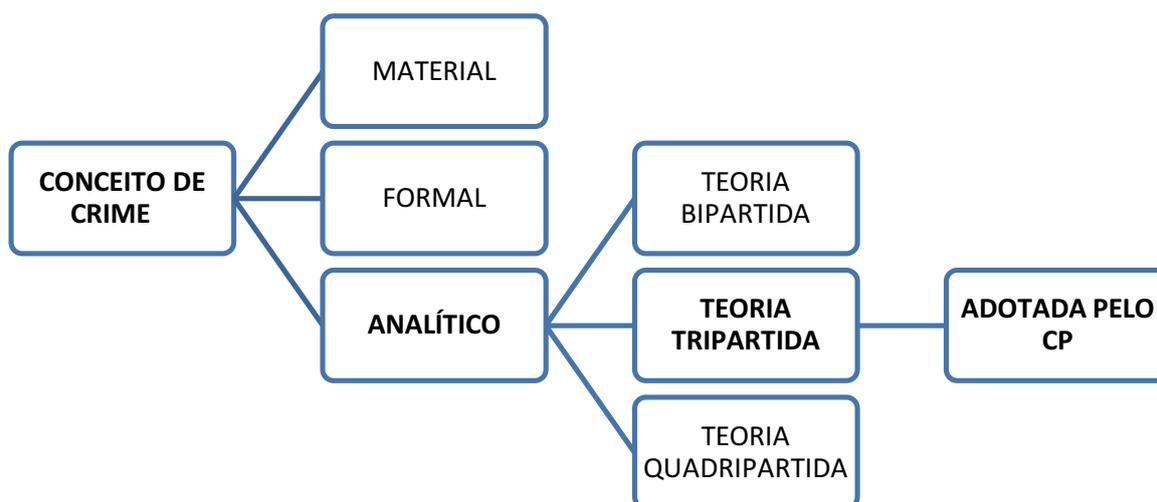
A terceira e última teoria acerca do conceito analítico de crime entende que este é o **fato típico e ilícito**, sendo a culpabilidade mero pressuposto de aplicação da pena. Ou seja, **para esta corrente, o conceito de crime é bipartido**, bastando para sua caracterização que o fato seja típico e ilícito.

<sup>35</sup> **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.

As duas últimas correntes possuem defensores e argumentos de peso. **Entretanto, a que predomina ainda é a corrente tripartida.** Portanto, na prova objetiva, recomendo que adotem esta, a menos que a banca seja muito explícita e vocês entenderem que eles claramente são adeptos da teoria bipartida, o que acho pouco provável.

**Todos os três aspectos (material, legal e analítico) estão presentes no nosso sistema jurídico-penal.** De fato, uma conduta pode ser materialmente crime (furtar, por exemplo), mas não o será se não houver previsão legal (não será legalmente crime). Poderá, ainda, ser formalmente crime (no caso da lei que citei, que criminalizava a conduta de chorar em público), mas não o será materialmente se não trazer lesão ou ameaça a lesão de algum bem jurídico de terceiro.

Desta forma:



**Esse último conceito de crime (sob o aspecto analítico), é o que vai nos fornecer os subsídios para que possamos estudar os elementos do crime (Fato típico, ilicitude e culpabilidade).**

O fato típico é o primeiro dos elementos do crime, sendo a tipicidade um de seus pressupostos. Vamos estudá-lo, então!

## 4.2 FATO TÍPICO E SEUS ELEMENTOS

O fato típico também se divide em elementos, são eles:

- **Conduta humana (alguns entendem possível a conduta de pessoa jurídica)**
- **Resultado naturalístico**
- **Nexo de causalidade**
- **Tipicidade**

### 4.2.1 Conduta

Três são as principais teorias<sup>36</sup> que buscam explicar a conduta: Teoria **causal-naturalística** (ou clássica), **finalista** e **social**.

Para a **teoria causal-naturalística**, conduta é a ação humana. Assim, basta que haja movimento corporal para que exista conduta. Esta teoria está praticamente abandonada, pois entende que não há necessidade de se analisar o conteúdo da vontade do agente nesse momento, guardando esta análise (dolo ou culpa) para quando do estudo da culpabilidade.<sup>37</sup>

**EXEMPLO:** José está conversando com Maria na rua, quando Paulo dá um susto em José que, mediante um movimento reflexo, acerta um tapa em Tiago, que passava pelo local, causando-lhe lesão corporal leve. Neste caso, para a teoria causalista, o importante seria saber se foi o movimento corporal de José que provocou o resultado. No caso, de fato foi José quem provocou a lesão corporal em Tiago. Assim, para a teoria causalista, neste exemplo teríamos uma conduta penalmente relevante, já que o movimento corporal de José provocou a lesão em Tiago. Para esta teoria, portanto, seria irrelevante, neste momento, saber se José agiu com dolo ou culpa, o que só seria analisado futuramente, para definir se havia ou não culpabilidade.

Assim, para a teoria causalista a conduta seria um simples processo físico, um processo físico-causal, desprovido de qualquer finalidade por parte do agente. A finalidade seria objeto de análise na culpabilidade.

Para a **teoria finalista**, que foi idealizada por **Hans Welzel**, a conduta humana é a ação (positiva ou negativa) **voluntária** dirigida a uma determinada finalidade. Assim:

**Conduta = vontade + ação ou omissão**

Logo, retirando-se um dos elementos da conduta, esta não existirá, o que acarreta a inexistência de fato típico. É necessária, portanto, a conjugação do aspecto objetivo (ação ou omissão) e do aspecto subjetivo (vontade).

---

<sup>36</sup> Temos, ainda, outras teorias de menor relevância para fins de concurso, como a teoria **funcionalista teleológica** de CLAUD ROXIN, segundo a qual a noção de “conduta” deve estar vinculada à função do Direito Penal (que é a de proteção de bens jurídicos). Logo, conduta seria a ação ou omissão, dolosa ou culposa, que provoque (ou seja destinada a provocar) uma ofensa relevante ao bem jurídico.

Há, ainda, o **funcionalismo sistêmico** (também chamado de radical), cujo principal expoente é JAKOBS. Para essa teoria a conduta deve ser analisada com base na função que o Direito Penal cumpre no sistema social, mais precisamente, a função de reafirmar a ordem violada pelo ato criminoso. Assim, para esta teoria, a conduta seria a ação ou omissão, dolosa ou culposa, que viola o sistema e frustra a expectativa normativa (expectativa de que todos cumpram a norma). Importa saber, portanto, se houve violação à norma, não importando se há alguma ofensa a bens jurídicos.

<sup>37</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 287/288



**EXEMPLO:** João olha para Roberto e o agride, por livre espontânea vontade. Estamos diante de uma conduta (quis agir e agrediu) dolosa (quis o resultado). Agora, se João dirige seu carro, vê Roberto e sem querer, o atinge, estamos diante de uma conduta (quis dirigir e acabou ferindo) culposa (não quis o resultado).

Vejam que a “vontade” a que se refere como elemento da conduta é uma vontade de meramente praticar o ato que ensejou o crime, ainda que o resultado que se pretendesse não fosse ilícito. **Quando a vontade (elemento da conduta) é dirigida ao fim criminoso, o crime é doloso.** Quando a vontade é dirigida a outro fim (que até pode ser criminoso, mas não aquele) o crime é culposos.

**Esta é a teoria adotada em nosso ordenamento jurídico.**

Vejam os termos do art. 20 do CP<sup>38</sup>:

*Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.*

Ora, se a lei prevê que o erro sobre um elemento do tipo exclui o dolo e a culpa, se inevitável, ou somente o dolo, se evitável, é porque entende que estes elementos subjetivos estão no tipo (fato típico), não na culpabilidade. Assim, a conduta é, necessariamente, voluntária.

A grande evolução da teoria finalista, portanto, foi conceber a conduta como um “acontecimento final”<sup>39</sup>, ou seja, somente há conduta quando o agir de alguém é dirigido a alguma finalidade (seja ela lícita ou não).

Para terceira teoria, a **teoria social**, a conduta é a ação humana, voluntária e que é dotada de alguma relevância social.<sup>40</sup>

Há críticas a esta teoria, pois a relevância social não seria um elemento estruturante da conduta, mas uma qualidade que esta poderia ou não possuir. Assim, a conduta que não fosse socialmente relevante continuaria sendo conduta.<sup>41</sup>

Verifica-se, portanto, que a conduta, para fins penais, pode se dar por ação ou por omissão.

## 4.2.2 Resultado naturalístico

**O resultado naturalístico é a modificação do mundo real provocada pela conduta do agente.**<sup>42</sup>

<sup>38</sup> DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal, Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 397

<sup>39</sup> DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal, Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 396

<sup>40</sup> DOTTI, René Ariel. Op. cit. p. 397

<sup>41</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*: Tomo I. Civitas. Madrid, 1997, p. 246/247

<sup>42</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 354



Entretanto, **apenas nos crimes chamados materiais se exige um resultado naturalístico**. Nos crimes formais e de mera conduta não há essa exigência.

Os **crimes formais** são aqueles nos quais o resultado naturalístico pode ocorrer, mas a sua ocorrência é irrelevante para o Direito Penal. Já os **crimes de mera conduta** são crimes em que não há um resultado naturalístico possível. Vou dar um exemplo de cada um dos três:

- ⇒ **Crime material – Homicídio**. Para que o homicídio seja consumado, é necessário que a vítima venha a óbito. Caso isso não ocorra, estaremos diante de um homicídio tentado (ou lesões corporais culposas);
- ⇒ **Crime formal – Extorsão** (art. 158 do CP). Para que o crime de extorsão se consuma não é necessário que o agente obtenha a vantagem ilícita, bastando o constrangimento à vítima;
- ⇒ **Crime de mera conduta – Invasão de domicílio**. Nesse caso, a mera presença do agente, indevidamente, no domicílio da vítima caracteriza o crime. Não há um resultado previsto para esse crime. Qualquer outra conduta praticada a partir daí configura crime autônomo (furto, roubo, homicídio, etc.).



Além do resultado naturalístico (que nem sempre estará presente), **há também o resultado jurídico (ou normativo)**, que é a lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal. **Esse resultado sempre estará presente!** Cuidado com isso! Assim, se a banca perguntar: **“Há crime sem resultado jurídico?”** A resposta é **NÃO!**<sup>43</sup>

### 4.2.3 Nexo de Causalidade

Nos termos do art. 13 do CP:

*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.*

Assim, o nexo de causalidade pode ser entendido como o **vínculo que une a conduta do agente ao resultado naturalístico** ocorrido no mundo exterior. Portanto, **só se aplica aos crimes materiais!**

Algumas teorias existem acerca do nexo de causalidade:

<sup>43</sup> Pelo princípio da ofensividade, não é possível haver crime sem resultado jurídico. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 354

• **TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DOS ANTECEDENTES (OU DA *CONDITIO SINE QUA NON*)** – Para esta teoria, é considerada causa do crime toda conduta sem a qual o resultado não teria ocorrido. Assim, para se saber se uma conduta é ou não causa do crime, devemos retirá-la do curso dos acontecimentos e ver se, ainda assim, o crime ocorreria (**Processo hipotético de eliminação de Thyén**).

**EXEMPLO:** Marcelo acorda de manhã, toma café, compra uma arma e encontra Júlio, seu desafeto, disparando três tiros contra ele, causando-lhe a morte. Retirando-se do curso do café tomado por Marcelo, concluímos que o resultado teria ocorrido do mesmo jeito. Entretanto, se retirarmos a compra da arma do curso do processo, o crime não teria ocorrido.

O inconveniente claro desta teoria é que ela permite que se coloquem como causa situações absurdas, como a venda da arma ou até mesmo o nascimento do agente, já que se os pais não tivessem colocado a criança no mundo, o crime não teria acontecido. Isso é um absurdo!

Assim, para solucionar o problema, **criou-se outro filtro que é o dolo**. Logo, **só será considerada causa a conduta que é indispensável ao resultado e que foi querida pelo agente**. Assim, no exemplo anterior, o vendedor da arma não seria responsabilizado, pois nada mais fez que vender seu produto, não tendo a intenção (nem sequer imaginou) de ver a morte de Júlio.

Nesse sentido:

**CAUSA** = conduta indispensável ao resultado + que tenha sido prevista e querida por quem a praticou

Podemos dizer, então, que a causalidade aqui não é meramente física, mas também, psicológica.

**Essa foi a teoria adotada pelo Código Penal, como regra.**

• **TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA** – Trata-se de teoria também adotada pelo Código Penal, porém, somente em uma hipótese muito específica<sup>44</sup>. Trata-se da hipótese de **concausa superveniente relativamente independente que, por si só, produz o resultado**<sup>45</sup>. **Como assim?** Vamos explicar desde o começo!

**As concausas são circunstâncias que atuam paralelamente à conduta do agente em relação ao resultado**. As concausas podem ser: absolutamente independentes e relativamente independentes.

<sup>44</sup> Esta teoria, em sua concepção original, poderia ser utilizada para diversas outras situações. No nosso CP, porém, foi adotada para a hipótese de concausa superveniente relativamente independente que, por si só, produz o resultado.

<sup>45</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal. Parte Especial. 7ª edição. Ed. Juspodivm. Salvador, 2015, p. 232/233



As **concausas absolutamente independentes** são aquelas que **não se juntam à conduta do agente para produzir o resultado**, e podem ser preexistentes (existiam antes da conduta), concomitantes (surgiram durante a conduta) e supervenientes (surgiram após a conduta). Exemplos:

**EXEMPLO (1)** Pedro resolve matar João, e coloca veneno em seu drink. Porém, Pedro não sabe que Marcelo também queria matar João e minutos antes também havia colocado veneno no drink de João, que vem a morrer em razão do veneno colocado por Marcelo. Nesse caso, a **concausa preexistente** (conduta de Marcelo) produziu por si só o resultado (morte). Nesse caso, Pedro responderá somente por tentativa de homicídio.

**EXEMPLO (2)** Pedro resolve matar João, e começa a disparar contra ele projéteis de arma de fogo. Entretanto, durante a execução, o teto da casa de João desaba sobre ele, vindo a causar-lhe a morte. Aqui, a causa concomitante (queda do teto) produziu isoladamente o resultado (morte). Portanto, Pedro responde somente por homicídio tentado.

**EXEMPLO (3)** Pedro resolve matar João, desta vez, ministrando em sua bebida certa dose de veneno. Entretanto, antes que o veneno faça efeito, Marcelo aparece e dispara 10 tiros de pistola contra João, o mantendo. Nesse caso, Pedro responderá somente por homicídio tentado.

Em todos estes casos o agente **NÃO responde** pelo resultado ocorrido. Por qual motivo? Sua conduta **NÃO FOI a causa da morte** (aplica-se a própria e já falada *teoria da equivalência dos antecedentes*). Se suprimirmos a conduta de cada um destes agentes (nos três exemplos), o resultado morte ainda assim teria ocorrido da mesma forma. Logo, **a conduta dos agentes NÃO é considerada causa**.

Entretanto, pode ocorrer de a concausa não produzir por si só o resultado (absolutamente independente), afastando o nexos entre a conduta do agente e o resultado, mas unir-se à conduta do agente e, juntas, produzirem o resultado. Essas são as chamadas **concausas relativamente independentes, que também podem ser preexistentes, concomitantes ou supervenientes**.

Mais uma vez, vou dar um exemplo de cada uma das três e explicar quais os efeitos jurídico-penais em relação ao agente. Primeiro começarei pelas preexistentes e concomitantes. Após, falarei especificamente sobre as supervenientes.

**EXEMPLO (1)** Caio decide matar Maria, desferindo contra ela golpes de facão, causando-lhe a morte. Entretanto, Maria era hemofílica (condição conhecida por Caio), tendo a doença **contribuído em grande parte para seu óbito**. Nesse caso, embora a doença (concausa preexistente) tenha contribuído para o óbito, **Caio responde por homicídio consumado**. Por qual motivo? Sua conduta **FOI a causa da morte** (aplica-se a própria e já falada *teoria da equivalência dos antecedentes*). Se suprimirmos a conduta de Caio, o

resultado teria ocorrido? Não. Caio teve a intenção de produzir o resultado? Sim. Logo, responde pelo resultado (homicídio consumado).

**EXEMPLO (2)** Pedro resolve matar João, e coloca em seu drink determinada dose de veneno. Ao mesmo tempo, Ricardo faz a mesma coisa. Pedro e Ricardo querem a mesa coisa, mas não se conhecem nem sabem da conduta um do outro. João ingere a bebida e acaba falecendo. A perícia comprova que qualquer das doses de veneno, isoladamente, não seria capaz de produzir o resultado. Porém, a soma de esforços de ambas (a soma das quantidades de veneno) produziu o resultado. Assim, **Pedro responde por homicídio consumado**.

**Por qual motivo? Sua conduta FOI a causa da morte** (aplica-se a própria e já falada *teoria da equivalência dos antecedentes*). Se suprimirmos a conduta de Pedro, o resultado teria ocorrido? Não. Pedro teve a intenção de produzir o resultado? Sim. Logo, responde pelo resultado (homicídio consumado).

Até aqui nós conseguimos resolver todos os casos pela teoria da equivalência dos antecedentes, da seguinte forma:

- **Nas concausas absolutamente independentes** – Em todos os casos a conduta do agente **não contribuiu para o resultado**. Logo, pelo juízo hipótese de eliminação, a conduta do agente não foi causa. Portanto, não responde pelo resultado.
- **Nas concausas relativamente independentes (Preexistentes e concomitantes)** – Em todos os casos a conduta do agente **contribuiu** para o resultado. Logo, pelo juízo hipótese de eliminação, a conduta do agente **foi causa**. Portanto, **responde pelo resultado**.

Agora é que a coisa complica um pouco.

No caso das **concausas supervenientes relativamente independentes**, podem acontecer duas coisas:

- A causa superveniente produz por si só o resultado
- A causa superveniente se agrega ao desdobramento natural da conduta do agente e ajuda a produzir o resultado.



ESCLARECENDO

**EXEMPLO (1)** - Pedro resolve matar João, e dispara 25 tiros contra ele, usando seu fuzil calibre 7.62 (agora vai!). João fica estirado no chão, é socorrido por uma ambulância e, no caminho para o

Hospital, sofre um acidente de carro (a ambulância bate de frente com uma carreta) e vem a morrer em razão do acidente, não dos ferimentos causados por Pedro.

**Nesse caso, Pedro responde apenas por tentativa de homicídio.**

**Por qual motivo? Sua conduta não foi a causa da morte.** Mas, se suprimirmos a conduta de Pedro, o resultado teria ocorrido? Não. Pedro teve a intenção de produzir o resultado? Sim.

Então por que não responde pelo resultado??

**Aqui o CP adotou a teoria da causalidade adequada.** A causa superveniente (acidente de trânsito) produziu por si só o resultado, já que o acidente de ambulância não é o desdobramento natural de um disparo de arma de fogo (esse resultado não é consequência natural e previsível da conduta do agente<sup>46</sup>).

Perceba que a concausa superveniente (acidente de carro), apesar de produzir sozinha o resultado, não é absolutamente independente, pois se não fosse a conduta de Pedro, o acidente não teria ocorrido (já que a vítima não estaria na ambulância).

Por isso dizemos que, aqui, temos:

- **Concausa superveniente relativamente independente** – A conduta de Pedro é relevante para o resultado.
- **Que por si só produziu o resultado** – Apesar disso, a conduta de Pedro foi relevante apenas por CRIAR A SITUAÇÃO, mas não foi a responsável efetiva pela morte.

**EXEMPLO (2)** - No mesmo exemplo anterior, João é socorrido e chegando ao Hospital, é submetido a uma cirurgia. Durante a cirurgia, o ferimento infecciona e João morre por infecção. Nesse caso, a causa superveniente (infecção hospitalar) não produziu por si só o resultado, **tendo se agregado aos ferimentos para causar a morte de João.** Nesse caso, **Pedro responde por homicídio consumado.**

**Mas qual a diferença entre o exemplo (1) e o exemplo (2)?** A diferença básica reside no fato de que:

- **No exemplo (1)** – A conduta do agente é relevante em apenas um momento: por criar a situação (necessidade de ser transportado pela ambulância).
  - **No exemplo (2)** - A conduta do agente é relevante em dois momentos: (a) cria a situação, ao fazer com que a vítima tenha que ser operada; (b) contribui para o próprio resultado (já que a infecção do ferimento não é um novo nexa causal).
- **TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA** – A teoria da imputação objetiva, que foi melhor desenvolvida por Roxin<sup>47</sup>, tem por finalidade ser uma teoria mais completa em relação ao nexa de causalidade, em contraposição às "vigentes" teoria da equivalência das condições e teoria da causalidade adequada.

<sup>46</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral. Ed. Saraiva, 21ª edição. São Paulo, 2015, p. 324/325

<sup>47</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general: Tomo I*. Civitas. Madrid, 1997, p. 362/411



Para a teoria da imputação objetiva, a imputação só poderia ocorrer quando o agente tivesse dado causa ao fato (causalidade física) mas, ao mesmo tempo, houvesse uma relação de causalidade **NORMATIVA**, assim compreendida como a criação de um risco não permitido para o bem jurídico que se pretende tutelar. Para esta teoria, a conduta deve:

- a) Criar ou aumentar um risco – Assim, se a conduta do agente não aumentou nem criou um risco, não há crime<sup>48</sup>. Exemplo clássico: José conversa com Paulo na calçada. Pedro, inimigo de Paulo, atira um vaso de planta do 10º andar, com a finalidade de matar Paulo. José vê que o vaso irá cair sobre a cabeça de Paulo e o empurra. Paulo cai no chão e fratura levemente o braço. Neste caso, José deu causa (causalidade física) às lesões corporais sofridas por Paulo. Contudo, sua conduta não criou nem aumentou um risco. Ao contrário, José diminuiu um risco, ao evitar a morte de Paulo.
- b) Risco deve ser proibido pelo Direito – Aquele que cria um risco de lesão para alguém, em tese não comete crime, a menos que esse risco seja proibido pelo Direito. Assim, o filho que manda os pais em viagem para a Europa, na intenção de que o avião caia, os pais morram, e ele receba a herança, não comete crime, pois o risco por ele criado não é proibido pelo Direito.
- c) Risco deve ser criado no resultado – Assim, um crime não pode ser imputado àquele que não criou o risco para aquela ocorrência. Explico: Imaginem que José atea fogo na casa de Maria. José causou um risco, não permitido pelo Direito. Deve responder pelo crime de incêndio doloso, art. 250 do CP. Entretanto, Maria invade a casa em chamas para resgatar a única foto que restou de seu filho falecido, sendo lambida pelo fogo, vindo a falecer. Nesse caso, José não responde pelo crime de homicídio, pois o risco por ele criado não se insere nesse resultado, que foi provocado pela conduta exclusiva de Maria.

**A conduta humana, como se viu, pode ser uma ação ou uma omissão.** A questão é: **Qual é o resultado naturalístico que advém de uma omissão?** Naturalisticamente nenhum, pois do nada, nada surge.

⇒ **Assim, se uma omissão não pode gerar um resultado naturalístico, como definir o nexo de causalidade nos crimes omissivos?**

Para a perfeita compreensão dos crimes omissivos, é necessário dividi-los em duas espécies: crimes omissivos puros (ou próprios), e crimes omissivos impuros (ou impróprios).

Nos crimes omissivos puros o agente se omite quando o tipo penal estabelece que a omissão, naquelas circunstâncias, tipifica o delito.

**EXEMPLO:** Pedro passava por uma rua quando percebeu que Maria se encontrava caída no chão, clamando por ajuda. Pedro até podia ajudar, sem que isso representasse qualquer risco para sua pessoa. Todavia, Pedro decidiu não prestar socorro à Maria.

<sup>48</sup> ROXIN, Claus. Op. cit., p. 365



No exemplo anterior, Pedro se omitiu, deixando de prestar socorro a quem necessitava, mesmo podendo fazer isso sem risco pessoal. Neste caso, Pedro praticou um crime omissivo próprio, pois o art. 135 do CP criminaliza esta conduta. Vejamos:

*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:*

*Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.*

Como se vê, o tipo penal estabelece que aquele que não fizer o que norma determina responderá por aquele crime. Assim, no crime omissivo puro o agente simplesmente descumpra a norma penal, que impunha o dever de agir.

Neste caso, é irrelevante avaliar se houve qualquer resultado (no exemplo, é irrelevante saber se houve dano à vítima), pois o agente responde criminalmente pelo simples fato de ter violado a norma penal, descumprindo o mandamento.

Nos **crimes omissivos impuros, ou impróprios**, também chamados de crimes comissivos por omissão não há um tipo penal que estabeleça como crime uma conduta omissiva. Em tais crimes o agente **é responsabilizado por um determinado resultado lesivo**, por ter se omitido quando tinha o dever legal de agir, não imposto às pessoas em geral.

**EXEMPLO:** Maria é casada com José. Todavia, Maria possui uma filha de 11 anos de idade, Joana, oriunda de seu casamento anterior. Certo dia, Maria descobre que José está tendo relações sexuais com sua filha. Com receio de que José se separe dela, Maria não adota nenhuma providência, ou seja, acompanha a situação sem nada fazer para impedir que sua filha seja estuprada.

Neste caso, Maria praticou um crime omissivo impróprio. Isto porque Maria tinha o **específico dever de proteção e cuidado** em relação à sua filha, de forma que tinha o dever de agir para impedir que a filha fosse vítima daquele crime, ou seja, tinha o dever de agir para impedir a ocorrência do resultado.

Se nos crimes omissivos puros a análise do resultado é irrelevante, porque o agente responde simplesmente por ter se omitido, nos crimes omissivos impuros a análise do resultado é penalmente relevante, pois o próprio resultado será imputado àquele que se omitiu. No exemplo anterior, portanto, Maria responderá pelo próprio crime de estupro (no caso, estupro de vulnerável, art. 217-A do CP), **pois tinha o dever legal específico de agir para evitar o resultado**.



A questão que se coloca é: **Qual é o resultado naturalístico que advém de uma omissão?** Naturalisticamente nenhum, pois do nada, nada surge. Então, como a mãe poderia responder pelo estupro da filha, já que a conduta da mãe, tecnicamente, não foi a causa do estupro?

Tecnicamente falando, a conduta da mãe não deu causa ao resultado. O resultado foi provocado pela conduta do padrasto. Entretanto, **pela teoria naturalístico-normativa**, o resultado será imputado à mãe, em razão do seu **descumprimento do dever de vigilância e cuidado**.

Assim, nos **crimes omissivos impróprios** a **relação de causalidade** que liga a conduta do agente (uma omissão) ao resultado NÃO É FÍSICA (pois a omissão não dá causa ao resultado), mas **NORMATIVA**, ou seja, o resultado é a ele imputado em razão do descumprimento da norma (omitir-se, quando deveria agir), num raciocínio de presunção: **se o agente tivesse agido, possivelmente teria evitado o resultado; como não o fez, deve responder por ele**.



#### 4.2.4 Tipicidade

A tipicidade pode ser de duas ordens: **tipicidade formal** e **tipicidade material**.

A **tipicidade formal** nada mais é que a **adequação da conduta do agente a uma previsão típica** (norma penal que prevê o fato e lhe descreve como crime). Assim, o tipo do art. 121 é: “matar alguém”. Portanto, quando Marcio esfaqueia Luiz e o mata, está cometendo fato típico (tipicidade formal), pois está praticando uma conduta que encontra previsão como tipo penal.

Não há muito o que se falar acerca da tipicidade formal. Basta que o intérprete proceda ao **cotejo entre a conduta praticada no caso concreto e a conduta prevista na Lei Penal (subsunção)**. Se a conduta praticada se amoldar àquela prevista na Lei Penal, o fato será típico, ou seja, haverá adequação típica, por estar presente o elemento “tipicidade”.



**CUIDADO!** Nem sempre a conduta praticada pelo agente se amolda perfeitamente ao tipo penal (adequação imediata). Às vezes é necessário que se proceda à análise de outro dispositivo da Lei Penal para se chegar à conclusão de que um fato é típico (adequação mediata).

**EXEMPLO:** Imaginem que Abreu (El Loco) dispara contra Adriano (El Imperador), que não morre. Nesse caso, como dizer que Abreu praticou fato típico (homicídio tentado), se o art. 121 diz “matar” alguém, o que não ocorreu? Nessa hipótese, conjuga-se o art. 121 do CP com seu art. 14, II, que diz ser o crime punível na modalidade tentada.

Assim, a adequação típica pode ser:

- ⇒ **Imediata (direta)** – Conduta do agente é exatamente aquela descrita na norma penal incriminadora. Ex.: José atira em Maria, querendo sua morte, e Maria morre. Há adequação típica imediata ao tipo penal do art. 121 do CP.
- ⇒ **Mediata (indireta)** – A conduta do agente não corresponde exatamente ao que diz o tipo penal, sendo necessária uma norma de extensão. Ex.: Paulo empresta a arma para que José mate Maria, o que efetivamente ocorre. Paulo não praticou a conduta de “matar alguém”, logo, a adequação típica depende do art. 29 do CP (que determina que os partícipes respondam pelo crime). Assim: art. 121 + art. 29 do CP.

Por fim, temos ainda a **tipicidade material**, que é a ocorrência de uma ofensa (lesão ou exposição a risco) significativa ao bem jurídico.

Assim, não haverá tipicidade material quando a conduta, apesar de formalmente típica (prevista na Lei como crime), não for capaz de afetar significativamente o bem jurídico protegido pela norma. Um exemplo disso ocorre nas hipóteses em que há aplicação do princípio da insignificância.

**EXEMPLO:** José subtrai uma folha de papel em branco, pertencente à escola em que o filho estuda. Neste caso, a conduta é formalmente típica (está prevista na Lei como crime de furto). Todavia, não há tipicidade material, já que não é uma conduta capaz de ofender significativamente o bem jurídico protegido pela norma (o patrimônio da escola).

### 4.3 CRIME DOLOSO E CRIME CULPOSO

O dolo e a culpa são o que se pode chamar **de elementos subjetivos do tipo penal**.



Com o **finalismo** de **HANS WELZEL**, o **dolo e a culpa (elementos subjetivos)** foram **transportados da culpabilidade para o fato típico**<sup>49</sup> (conduta). Assim, a conduta (no finalismo) não é mais apenas objetiva, sinônimo de ação humana, mas sim a **ação humana dirigida a um fim (ilícito ou não)**.

Vamos estudar cada um destes elementos separadamente.

### 4.3.1 Crime doloso

O dolo é o elemento subjetivo do tipo, consistente na vontade, livre e consciente, de praticar o crime (**dolo direto**), ou a assunção do risco produzido pela conduta (**dolo eventual**). Nos termos do art. 18 do CP:

*Art. 18 - Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

*Crime doloso (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

*I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

O dolo direto, que é o elemento subjetivo clássico do crime, é composto pela consciência de que a conduta pode lesar um bem jurídico mais a vontade de lesar este bem jurídico. **Esses dois elementos (consciência + vontade) formam o que se chama de dolo natural.**

Em épocas passadas, quando se entendia que o dolo pertencia à culpabilidade, a esses dois elementos (consciência e vontade) era acrescido mais um elemento, que era a **consciência da ilicitude**. Esse era o chamado *dolo normativo*. Assim, para que o dolo ficasse caracterizado era necessário comprovar que o agente teve não só a vontade livre e consciente de alcançar o resultado, mas também comprovar que o agente sabia que sua conduta era contrária ao Direito.

Atualmente, com a transposição do dolo e da culpa para o fato típico (em razão da teoria finalista), os elementos normativos do dolo ficaram na culpabilidade, de maneira que a chamada “consciência da ilicitude da conduta”<sup>50</sup> não mais é analisada dentro do dolo em si, mas na culpabilidade. Para definir, portanto, se o fato constitui uma conduta dolosa não é necessário, hoje, saber se o agente tinha consciência de que sua conduta era contrária ao Direito, o que só será analisado na culpabilidade.

Desta maneira, podemos dizer que no finalismo o dolo é natural e no causalismo o dolo é normativo.

<sup>49</sup> BITENCOURT, Op. cit., p. 290/291

<sup>50</sup> A “consciência da ilicitude”, inclusive, pode ser real (quando o agente sabe que sua conduta é contrária ao direito) ou meramente potencial (quando, apesar de não saber que sua conduta é contrária ao Direito, tinha condições intelectuais para ter este conhecimento).

O **dolo direto** pode ser, ainda, de **segundo grau**, ou de **consequências necessárias**. Neste o agente não deseja a produção do resultado, mas aceita o resultado como consequência necessária dos meios empregados.

**EXEMPLO:** Imagine o caso de alguém que, querendo matar certo executivo, coloca uma bomba no avião em que este se encontra. Ora, nesse caso, o agente age com dolo de primeiro grau em face da vítima pretendida, pois quer sua morte, e dolo de segundo grau em relação aos demais ocupantes do avião, pois é certo que também morrerão, embora este não seja o objetivo do agente.

Há, ainda, o que a Doutrina chama de **dolo indireto**. O dolo indireto se divide em dolo eventual e dolo alternativo.

O **dolo eventual** consiste na consciência de que a conduta pode gerar um resultado criminoso, mais a assunção desse risco, mesmo diante da probabilidade de algo dar errado. Trata-se de hipótese na qual o agente não tem vontade de produzir o resultado criminoso, mas, analisando as circunstâncias, sabe que este resultado pode ocorrer e não se importa, age da mesma maneira.

**EXEMPLO:** Imagine que Renato, dono de um sítio, e apreciador da prática do tiro esportivo, decida levantar sábado pela manhã e praticar tiro no seu terreno, mesmo sabendo que as balas possuem longo alcance e que há casas na vizinhança. Renato até não quer que ninguém seja atingido, mas sabe que isso pode ocorrer e não se importa, pratica a conduta assim mesmo. Nesse caso, se Renato atingir alguém, causando-lhe lesões ou mesmo a morte, estará praticando homicídio doloso por dolo eventual

No dolo alternativo o agente pratica a conduta sem pretender alcançar um resultado específico, estabelecendo para si mesmo que qualquer dos resultados possíveis é válido.

**EXEMPLO:** José atira uma pedra em Maria, querendo matá-la ou lesioná-la, tanto faz. Ou seja, José não possui a intenção específica de matar, mas também não possui a intenção específica de lesionar. O que José, pretende, apenas, é causar dano a Maria.



## TOME NOTA!

O dolo pode ser, ainda:

- ⇒ **Dolo genérico** – Atualmente, com o finalismo, passou a ser chamado simplesmente de dolo, que é, basicamente, a vontade de praticar a conduta descrita no tipo penal, sem nenhuma outra finalidade.
- ⇒ **Dolo específico, ou especial fim de agir** – Em contraposição ao dolo genérico, nesse caso o agente não quer somente praticar a conduta típica, **mas o faz por alguma razão especial, com alguma finalidade específica**. É o caso do crime de injúria, por exemplo, no qual o agente deve não só praticar a conduta, mas deve fazê-lo com a intenção de ofender a honra subjetiva da vítima.

- ⇒ **Dolo direto de primeiro grau** – Trata-se do dolo comum, aquele no qual o agente tem a vontade direcionada para a produção do resultado, como no caso do homicida que procura sua vítima e a mata com disparos de arma de fogo.
- ⇒ **Dolo geral, por erro sucessivo, ou *aberratio causae*** – Ocorre quando o agente, acreditando ter alcançado seu objetivo, pratica nova conduta, com finalidade diversa, mas depois se constata que esta última foi a que efetivamente causou o resultado. **Trata-se de erro na relação de causalidade, pois embora o agente tenha conseguido alcançar a finalidade proposta, somente o alcançou através de outro meio, que não tinha direcionado para isso.** Exemplo: Imagine a mãe que, querendo matar o próprio filho de 05 anos, o estrangula e, com medo de ser descoberta, o joga num rio. Posteriormente a criança é encontrada e se descobre que a vítima morreu por afogamento. Nesse caso, embora a mãe não tenha querido matar o filho afogado, mas por estrangulamento, isso é irrelevante penalmente, importando apenas o fato de que a mãe alcançou o fim pretendido (morte do filho), ainda que por outro meio, devendo, pois, responder por homicídio consumado.
- ⇒ **Dolo antecedente, atual e subsequente** – O dolo antecedente é o que se dá antes do início da execução da conduta. O dolo atual é o que está presente enquanto o agente se mantém exercendo a conduta, e o dolo subsequente ocorre quando o agente, embora tendo iniciado a conduta com uma finalidade lícita, altera seu ânimo, passando a agir de forma ilícita. Esse último caso é o que ocorre no caso, por exemplo, do crime de apropriação indébita (art. 168 do CP), no qual o agente recebe o bem de boa-fé, obrigando-se devolvê-lo, mas, posteriormente, muda de ideia e não devolve o bem nas condições ajustadas, passando a agir de maneira ilícita.

### 4.3.2 Crime culposo

Se no crime doloso o agente quis o resultado, sendo este seu objetivo, ou assumiu o risco de sua ocorrência, embora não fosse originalmente pretendido o resultado, no crime culposo a conduta do agente é destinada a um determinado fim (que pode ser lícito ou não), tal qual no dolo eventual, mas pela **violação a um dever de cuidado**, o agente acaba por lesar um bem jurídico de terceiro, cometendo crime culposo.

A violação ao dever objetivo de cuidado pode se dar de três maneiras:

- **Negligência** – O agente deixa de tomar todas as cautelas necessárias para que sua conduta não venha a lesar o bem jurídico de terceiro. É o famoso relapso. **Aqui o agente deixa de fazer algo que deveria;**
- **Imprudência** – É o caso do afoito, daquele que pratica atos temerários, que não se coadunam com a prudência que se deve ter na vida em sociedade. **Aqui o agente faz algo que a prudência não recomenda;**
- **Imperícia** – Decorre do **desconhecimento de uma regra técnica profissional**. Assim, se o médico, após fazer todos os exames necessários, dá diagnóstico errado, concedendo alto ao paciente e este vem a óbito em decorrência da alta concedida, não há



negligência, pois o profissional médico adotou todos os cuidados necessários, mas em decorrência de sua falta de conhecimento técnico, não conseguiu verificar qual o problema do paciente, o que acabou por ocasionar seu falecimento;

A punibilidade da culpa se fundamenta no desvalor do resultado praticado pelo agente, embora o desvalor da conduta seja menor, pois não deriva de uma deliberada ação contrária ao direito.

O CP prevê o crime culposo em seu art. 18, II:

*Art. 18 - Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

*Crime culposo(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

*II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

O crime culposo é composto de:

- **Uma conduta voluntária** – Dirigida a um fim lícito, ou quando ilícito, não é destinada à produção do resultado ocorrido.
- **A violação a um dever objetivo de cuidado** – Que pode se dar por negligência, imprudência ou imperícia.
- **Um resultado naturalístico involuntário** – O resultado produzido não foi querido pelo agente (salvo na culpa imprópria).
- **Nexo causal** – Relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado ocorrido no mundo fático.
- **Tipicidade** – O fato deve estar previsto como crime. Em regra, os crimes só podem ser praticados na forma dolosa, só podendo ser punidos a título de culpa quando a lei expressamente determinar. Essa é a regra do § único do art. 18 do CP:

*Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).*

- **Previsibilidade objetiva** - O resultado ocorrido deve ser previsível mediante um esforço intelectual razoável. É chamada previsibilidade do homem médio. Assim, se uma pessoa comum, de inteligência mediana, seria capaz de prever aquele resultado, está presente este requisito. Se o resultado não for previsível objetivamente, o fato é um indiferente penal. Por exemplo: Se Mário, nas dunas de Natal, dá um chute em João, a fim de causar-lhe lesões leves, e João vem a cair e bater com a cabeça sobre um motor de Bugre que estava enterrado sob a areia, vindo a falecer, Mário não responde por homicídio culposo, pois seria inimaginável a qualquer pessoa prever que naquele local a vítima poderia bater com a cabeça em algo daquele tipo e vir a falecer.

A culpa, por sua vez, pode ser de diversas modalidades:



- **Culpa consciente e inconsciente** – Na culpa consciente, o agente prevê o resultado como possível, mas acredita que este não irá ocorrer. Na culpa inconsciente (*ex ignorantia*), o agente não prevê que o resultado possa ocorrer. A culpa consciente se aproxima muito do dolo eventual, pois em ambos o agente prevê o resultado e mesmo assim age. Entretanto, a diferença é que, enquanto no **dolo eventual o agente assume o risco de produzi-lo, não se importando com a sua ocorrência**, na **culpa consciente** o agente não assume o risco de produzir o resultado, pois **acredita, sinceramente, que ele não ocorrerá**.
- **Culpa própria e culpa imprópria** – A **culpa própria é aquela na qual o agente NÃO QUER O RESULTADO criminoso**. É a culpa propriamente dita. Pode ser consciente, quando o agente prevê o resultado como possível, ou inconsciente, quando não há essa previsão. **Na culpa imprópria, o agente quer o resultado, mas, por erro inescusável, acredita que o está fazendo amparado por uma causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade**. É o caso do pai que, percebendo um barulho na madrugada, se levanta e avista um vulto, determinando sua imediata parada. Como o vulto continua, o pai dispara três tiros de arma de fogo contra a vítima, acreditando estar agindo em legítima defesa de sua família. No entanto, ao verificar a vítima, percebe que o vulto era seu filho de 16 anos que havia saído escondido para assistir a um show de Rock no qual havia sido proibido de ir. Nesse caso, embora o crime seja naturalmente doloso (pois o agente quis o resultado), por questões de política criminal o Código determina que lhe seja aplicada a pena correspondente à modalidade culposa. Nos termos do art. 20, § 1º do CP:

*Art. 20 (...) § 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*



## CURIOSIDADE

**CUIDADO!** Não existe a chamada **“compensação de culpas”** no Direito Penal brasileiro. **EXEMPLO:** Imaginem que Júlio, dirigindo seu veículo, avança o sinal vermelho e colide com o veículo de Carlos, que vinha na contramão. Ambos agiram com culpa e causaram-se lesões corporais. Nesse caso, ambos respondem pelo crime de lesões corporais, um em face do outro.

### 4.3.3 Crime preterdoloso

Há ainda a **figura do crime preterdoloso (ou preterintencional)**. O crime preterdoloso ocorre quando o agente, com vontade de praticar determinado crime (dolo), acaba por praticar crime mais grave, não com dolo, mas por culpa. Um exemplo clássico é o crime de lesão corporal seguida de morte, previsto no art. 129, § 3º do CP. Nesse crime o agente provoca lesões corporais na vítima, mediante conduta dolosa. No entanto, em razão de sua imprudência na execução (excesso), acabou por provocar a morte da vítima, que era um resultado não pretendido (culpa).



A Doutrina distingue, no entanto, o crime preterdoloso do crime qualificado pelo resultado<sup>51</sup>. Para a Doutrina, o crime qualificado pelo resultado é um gênero, do qual o crime preterdoloso é espécie. Um **crime qualificado pelo resultado é aquele no qual, ocorrendo determinado resultado, teremos a aplicação de uma circunstância qualificadora**. Aqui é irrelevante se o resultado que qualifica o crime é doloso ou culposo. No delito **preterdoloso**, o resultado que qualifica o crime é, necessariamente, culposo. Ou seja, há dolo na conduta inicial e culpa em relação ao resultado que efetivamente ocorre.

**EXEMPLO:** Mariana agride Luciana com a intenção apenas de lesioná-la (dolo de praticar o crime de lesão corporal). Contudo, em razão da força empregada por Mariana, Luciana cai e bate com a cabeça no chão, vindo a falecer. Mariana fica chocada, pois de maneira alguma pretendia a morte de Luciana. Nesse caso, Mariana praticou o crime de lesão corporal seguida de morte, que é um crime preterdoloso (dolo na conduta inicial, mas resultado obtido a título de culpa – sem intenção).

## 4.4 CRIME CONSUMADO, TENTADO E IMPOSSÍVEL

### 4.4.1 Iter criminis

O *iter criminis* é o “caminho do crime”, ou seja, o itinerário percorrido pelo agente até a consumação do delito.

O *iter criminis* pode ser dividido em 04 etapas:

#### 4.4.1.1 Cogitação (*cogitatio*)

É a representação mental do crime na cabeça do agente, a fase inicial, na qual o agente idealiza como será a conduta criminosa. Trata-se de uma fase interna, ou seja, não há exteriorização da ideia criminosa, adoção de preparativos, nada disso. Assim, a cogitação é sempre impunível<sup>52</sup>, pois não sai da esfera psicológica do agente.

#### 4.4.1.2 Atos preparatórios (*conatus remotus*)

Aqui o agente adota algumas providências para a realização do crime, ou seja, dá início aos preparativos para a prática delituosa, sem, contudo, iniciar a execução do crime propriamente dita.

**Ex.:** José quer matar Maria. Para tanto, José vai até uma loja e compra uma faca bem grande.

<sup>51</sup> GOMES, Luiz Flavio. BIANCHINI, Alice. Op. cit., p. 337

<sup>52</sup> Em razão do princípio da “exteriorização do fato” ou “materialização do fato”, que impede a punição de atitudes internas das pessoas.



Como **regra, os atos preparatórios são impuníveis**, já que o agente não chega, sequer, a iniciar a execução do crime. Todavia, os atos preparatórios serão puníveis quando configurarem, por si só, um delito autônomo.

**Ex.:** José quer falsificar várias notas de R\$ 100,00 (quer praticar o crime de moeda falsa, art. 289 do CP). Assim, José compra um maquinário destinado a falsificar moeda. A princípio, essa conduta seria um mero ato preparatório impunível. Todavia, neste específico caso o CP já criminaliza essa conduta preparatória, estabelecendo um tipo penal autônomo, que é o crime de “petrechos de falsificação” (art. 291 do CP<sup>53</sup>), ou seja, o CP já considera crime a aquisição do maquinário!

#### 4.4.1.3 Atos executórios

Os atos executórios são aqueles por meio dos quais o agente, efetivamente, dá início à conduta delituosa, por meio de um ato capaz de provocar o resultado.

**Ex.:** José quer matar Maria. Para tanto, espera Maria passar pela porta de sua casa e, quando ela passa, dispara contra ela um projétil de arma de fogo. Neste momento se inicia a execução.

Diferenciar o que é ato de execução e o que é ato preparatório não é tarefa fácil. A Doutrina é bastante tormentosa a respeito, havendo algumas correntes. As principais são:

- ⇒ **Teoria material (hostilidade ao bem jurídico)** – O agente inicia a execução quando cria uma situação de perigo ao bem jurídico. Ex.: José, querendo matar Maria, se posiciona atrás de uma moita, esperando que ela passe. Nesse caso, já teríamos execução do delito.
- ⇒ **Teoria objetivo-formal** – Para esta teoria a execução se inicia quando o agente dá início à realização da conduta descrita no núcleo do tipo penal. Assim, no exemplo anterior, ainda não haveria execução, pois o agente ainda não teria dado início à execução da conduta de “matar”.
- ⇒ **Teoria objetivo-material** – Para esta teoria haverá execução quando o agente realizar a conduta descrita no núcleo do tipo penal, bem como quando praticar atos imediatamente anteriores à conduta descrita no núcleo do tipo, partindo-se da visão de uma terceira pessoa. Ex.: No primeiro exemplo, haveria execução quando José estivesse esperando Maria passar.

<sup>53</sup> Petrechos para falsificação de moeda

Art. 291 - Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

⇒ **Teoria objetivo-individual** – Para esta a definição do que é ato executório passa, necessariamente, pela análise do plano do autor do fato, ou seja, do seu dolo. Assim, seriam atos executórios aqueles que fossem imediatamente anteriores ao início da execução da conduta descrita no núcleo do tipo. Ex.: José quer furtar uma casa, e invade a residência. Neste caso, mesmo não tendo ainda dado início à subtração, já haveria ato executório.

Não há consenso, mas vem se firmando a adoção da teoria objetivo-individual, embora haja quem sustente ter sido adotada a teoria objetivo-formal, “complementada” pela análise do plano do agente, a fim de abarcar também os atos imediatamente anteriores à realização do tipo penal.

#### 4.4.1.4 Consumação

Aqui o crime atinge sua realização plena, havendo a presença de todos os elementos que o compõem, ou seja, o agente consegue realizar tudo o que o tipo penal prevê, causando a ofensa jurídica prevista na norma penal.

Temos, aqui, portanto, um crime completo e acabado.

#### 4.4.1.5 Exaurimento

O exaurimento é uma etapa “pós-crime”, ou seja, um acontecimento posterior à consumação do delito, não alterando a tipificação da conduta.

**Ex.:** José pratica falso testemunho num processo que envolve Maria (crime de falso testemunho consumado, art. 342 do CP). Após isso, Maria é condenada em razão do testemunho falso de José (consequência que é mero exaurimento do delito, não alterando a tipificação do crime).

#### 4.4.2 Tentativa

Todos os elementos citados como sendo partes integrantes do fato típico (conduta, resultado naturalístico, nexos de causalidade e tipicidade) são, no entanto, **elementos do crime material consumado**, que é aquele no qual se exige resultado naturalístico e no qual este resultado efetivamente ocorre.

Nos termos do art. 14 do CP:

*Art. 14 - Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

*I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

*II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*



Assim, nos crimes tentados, por não haver sua consumação (ocorrência de resultado naturalístico), não estarão presentes, em regra, os elementos “resultado” e “nexo de causalidade”.

Disse “em regra”, porque pode acontecer que um crime tentado produza resultados, que serão analisados de acordo com a conduta do agente e sua aptidão para produzi-los.

**EXEMPLO:** Imaginem que Marcelo, visando à morte de Rodrigo, dispare cinco tiros de pistola contra ele. Rodrigo é baleado, fica paraplégico, mas sobrevive. Nesse caso, como o objetivo não era causar lesão corporal, mas sim matar, o crime não foi consumado, pois a morte não ocorreu. Entretanto, não se pode negar que houve resultado naturalístico e nexo causal, embora este resultado não tenha sido o pretendido pelo agente quando da prática da conduta criminosa.

O crime consumado nós já estudamos, cabe agora analisar as hipóteses de crime na modalidade tentada.

Como disse a vocês, **pode ocorrer de uma conduta ser enquadrada em determinado tipo penal sem que sua prática corresponda exatamente ao que prevê o tipo**. No caso acima, Marcelo responderá pelo tipo penal de homicídio (art. 121 do CP), na modalidade tentada (art. 14, II do CP). Mas se vocês analisarem, o art. 121 do CP diz “matar alguém”. **Marcelo não matou ninguém. Assim, como enquadrá-lo na conduta prevista pelo art. 121? Isso é o que chamamos de adequação típica mediata, conforme já estudamos.**

Na adequação típica mediata o agente não pratica exatamente a conduta descrita no tipo penal, mas **em razão de uma outra norma que estende subjetiva ou objetivamente o alcance do tipo penal, ele deve responder pelo crime**. Assim, no caso em tela, Marcelo só responde pelo crime em razão da existência de uma norma que aumenta o alcance objetivo (relativo à conduta) do tipo penal para abarcar também as hipóteses de tentativa (art. 14, II do CP). *Tudo bem, galera? Vamos em frente!*

O inciso II do art. 14 fala em “**circunstâncias alheias à vontade do agente**”. Isso significa que o agente inicia a execução do crime, mas em razão de fatores externos, o resultado não ocorre. No caso concreto que citei, o fator externo, alheio à vontade de Marcelo, foi provavelmente sua falta de precisão no uso da arma de fogo e o socorro eficiente recebido por Rodrigo, que impediu sua morte.

O § único do art. 14 do CP diz:

Art. 14 (...)

*Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

Desta forma, o crime cometido na modalidade tentada não é punido da mesma maneira que o crime consumado, pois embora o desvalor da conduta (sua reprovabilidade social) seja o mesmo do crime consumado, o desvalor do resultado (suas consequências na sociedade) é menor,



indiscutivelmente. Assim, diz-se que o CP adotou a teoria dualística, realista ou objetiva da punibilidade da tentativa.<sup>54</sup>

Mas qual o critério para aplicação da quantidade de diminuição (1/3 ou 2/3)? Nesse caso, o Juiz deve analisar a proximidade de alcance do resultado. **Quanto mais próxima do resultado chegar a conduta, menor será a diminuição da pena, e vice-versa.** No exemplo acima, como Marcelo quase matou Rodrigo, chegando a deixá-lo paraplégico, a diminuição será a menor possível (1/3), pois o resultado esteve perto de se consumar. Entretanto, se Marcelo tivesse errado todos os disparos, o resultado teria passado longe da consumação, devendo o Juiz aplicar a redução máxima.



A tentativa pode ser:

- ⇒ **Tentativa branca ou incruenta** – Ocorre quando o agente sequer atinge o objeto que pretendia lesar. Ex.: José atira em Maria, com dolo de matar, mas erra o alvo.
- ⇒ **Tentativa vermelha ou cruenta** – Ocorre quando o agente atinge o objeto, mas não obtém o resultado naturalístico esperado, em razão de circunstâncias alheias à sua vontade. Ex.: José atira em Maria, com dolo de matar, e acerta o alvo. Maria, todavia, sofre apenas lesões leves no braço, não vindo a falecer.
- ⇒ **Tentativa perfeita** – Ocorre quando o agente esgota completamente os meios de que dispunha para lesar o objeto material. Ex.: José atira em Maria, com dolo de matar, descarregando todos os projéteis da pistola. Acreditando ter provocado a morte, vai embora satisfeito. Todavia, Maria é socorrida e não morre.
- ⇒ **Tentativa imperfeita** – Ocorre quando o agente, antes de esgotar toda a sua potencialidade lesiva, é impedido por circunstâncias alheias, sendo forçado a interromper a execução. Ex.: José possui um revólver com 06 projéteis. Dispara os 03 primeiros contra Maria, mas antes de disparar o quarto é surpreendido pela chegada da Polícia Militar, de forma que foge sem completar a execução, e Maria não morre.

<sup>54</sup> Em contraposição à Teoria objetiva há a Teoria subjetiva, que sustenta que a punibilidade da tentativa deveria estar atrelada ao fato de que o desvalor da conduta é o mesmo do crime consumado (é tão reprovável a conduta de “matar” quanto a de “tentar matar”). Para esta Teoria, a tentativa deveria ser punida da mesma forma que o crime consumado (BITENCOURT, Op. cit., p. 536/537). Na verdade, adotou-se no Brasil uma espécie de Teoria objetiva “temperada” ou mitigada. Isto porque a regra do art. 14, II admite exceções, ou seja, existem casos na legislação pátria em que se pune a tentativa com a mesma pena do crime consumado.

É possível a mescla de espécies de tentativa entre as duas primeiras com as duas últimas (cruenta e imperfeita, incruenta e imperfeita, etc.), mas nunca entre elas mesmas (ao mesmo tempo cruenta e incruenta ou perfeita e imperfeita), por questões lógicas.

- ⇒ Em regra, todos os crimes admitem tentativa. Entretanto, não admitem tentativa:
- ⇒ **Crimes culposos** – Nestes crimes o resultado naturalístico não é querido pelo agente, logo, a vontade dele não é dirigida a um fim ilícito e, portanto, não ocorrendo este, não há que se falar em interrupção involuntária da execução do crime<sup>55</sup>.
- ⇒ **Crimes preterdolosos** – Como nestes crimes existe dolo na conduta precedente e culpa na conduta seguinte, a conduta seguinte é culposa, não se admitindo, portanto, tentativa;
- ⇒ **Crimes unissubsistentes** – São aqueles que se produzem mediante um único ato, não cabendo fracionamento de sua execução. Assim, ou o crime é consumado ou sequer foi iniciada sua execução. **EXEMPLO:** Injúria. Ou o agente profere a injúria e o crime está consumado ou ele sequer chega a proferi-la, não chegando o crime a ser iniciado;
- ⇒ **Crimes omissivos próprios** – Seguem a mesma regra dos crimes unissubsistentes, pois ou o agente se omite, e pratica o crime na modalidade consumada ou não se omite, hipótese na qual não comete crime;
- ⇒ **Crimes de perigo abstrato** – Como aqui também há crime unissubsistente (não há fracionamento da execução do crime), não se admite tentativa;
- ⇒ **Contravenções penais** – A tentativa, neste caso, até pode ocorrer, mas não será punível, nos termos do art. 4º do Decreto-Lei nº 3.688/41 (Lei das Contravenções penais);
- ⇒ **Crimes de atentado (ou de empreendimento)** – São crimes que se consideram consumados com a obtenção do resultado ou ainda com a tentativa deste. Por exemplo: O art. 352 tipifica o crime de “evasão”, dizendo: “evadir-se ou tentar evadir-se”... Desta maneira, ainda que não consiga o preso se evadir, o simples fato de ter tentado isto já consoma o crime;
- ⇒ **Crimes habituais** – Nestes crimes, o agente deve praticar diversos atos, habitualmente, a fim de que o crime se consuma. Entretanto, o problema é que cada ato isolado é um indiferente penal. Assim, ou o agente praticou poucos atos isolados, não cometendo crime, ou praticou os atos de forma habitual, cometendo crime consumado. Exemplo: Crime de curandeirismo, no qual ou o agente pratica atos isolados, não praticando crime, ou o faz com habitualidade, praticando crime consumado, nos termos do art. 284, I do CP.

#### 4.4.3 Crime impossível

Nos termos do Código Penal:

---

<sup>55</sup> Todavia, no **excepcional caso de “culpa imprópria”**, como o agente quis o resultado, mas está recebendo a pena relativa ao crime culposos por questões de política criminal, será cabível a tentativa, pois é possível que o agente tente obter o resultado, por erro evitável, não consiga, e teremos um crime tentado. Como o agente não responderá pelo dolo, mas por culpa, poderemos ter um crime culposos em sua forma tentada.



*Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

Como podemos perceber, **o crime impossível (tentativa inidônea) guarda semelhanças com a tentativa, entretanto, com ela não se confunde.**

Na tentativa, propriamente dita, o agente inicia a execução do crime, mas por circunstâncias alheias à sua vontade o resultado não se consuma (art. 14, II do CPC).

No crime impossível, diferentemente do que ocorre na tentativa, **embora o agente inicie a execução do delito, JAMAIS o crime se consumaria, em hipótese nenhuma**, ou pelo fato de que o meio utilizado é completamente ineficaz ou porque o objeto material do crime é impróprio para aquele crime. Vou dar dois exemplos:

**EXEMPLO:** Imaginem que Marcelo pretenda matar sua sogra Maria. Marcelo chega, à surdina, de noite, e percebendo que Maria dorme no sofá, desfere contra ela 10 facadas no peito. No entanto, no laudo pericial se descobre que Maria já estava morta, em razão de um mal súbito que sofrera horas antes.

Nesse caso, o crime é impossível, pois o objeto material (a sogra, Maria) não era uma pessoa, mas um cadáver. Logo, não há como se praticar o crime de homicídio em face de um cadáver.

No mesmo exemplo, imagine que Marcelo pretenda matar sua sogra a tiros e, surpreenda-a na servidão que dá acesso à casa. Entretanto, quando Marcelo aperta o gatilho, percebe que, na verdade, foi enganado pelo vendedor, que o vendeu uma arma de brinquedo.

Nesse último caso o crime é impossível, pois o meio utilizado por Marcelo é completamente ineficaz para causar a morte da vítima.

**Em ambos os casos temos hipótese de crime impossível.**

**Na verdade, o crime impossível é uma espécie de tentativa, com a circunstância de que jamais poderá se tornar consumação, face à impropriedade do objeto ou do meio utilizado.** Por isso, não se pode punir a tentativa nestes casos, eis que não houve lesão ou sequer exposição à lesão do bem jurídico tutelado, não bastando para a punição do agente o mero desvalor da conduta, devendo haver um mínimo de desvalor do resultado.



**ACORDE!!**

**CUIDADO!** A ineficácia do meio ou a impropriedade do objeto devem ser **ABSOLUTAS**, ou seja, em nenhuma hipótese, considerando aquelas circunstâncias, o crime poderia se consumar. Assim, se

Márcio atira em José, com intenção de matá-lo, mas o crime não se consuma porque José usava um colete à prova de balas, não há crime impossível, pois o crime poderia se consumar<sup>56</sup>.

Como o CP previu a impossibilidade de punição da tentativa inidônea (crime impossível), diz-se que **o CP adotou a teoria OBJETIVA DA PUNIBILIDADE DO CRIME IMPOSSÍVEL**.<sup>57</sup>

#### 4.4.4 Desistência voluntária e arrependimento eficaz

Embora a Doutrina tenha se dividido quanto à definição da natureza jurídica destes institutos, **a Doutrina majoritária entende se tratar de causas de exclusão da tipicidade**, pois não tendo ocorrido o resultado, e também não se tratando de hipótese tentada, não há como se punir o crime nem a título de consumação nem a título de tentativa.

Na desistência voluntária o agente, por ato voluntário, desiste de dar sequência aos atos executórios, mesmo podendo fazê-lo. Conforme a clássica **FÓRMULA DE FRANK**:

- ⇒ **Na tentativa** – O agente quer, mas não pode prosseguir.
- ⇒ **Na desistência voluntária** – O agente pode, mas não quer prosseguir.

Para que fique caracterizada a desistência voluntária, **é necessário que o resultado não se consuma em razão da desistência do agente**.

**EXEMPLO:** Se Poliana dispara um tiro de pistola em Jason e, podendo disparar mais cinco, não o faz, mas este mesmo assim vem a falecer, Poliana responde por homicídio consumado. Se, no entanto, Jason não vem a óbito, Poliana não responde por homicídio tentado (não há tentativa, lembrem-se?), mas por lesões corporais.

No **arrependimento eficaz** é diferente. Aqui **o agente já praticou todos os atos executórios que queria e podia, mas após isto, se arrepende do ato e adota medidas que acabam por impedir a consumação do resultado**.

Imagine que no exemplo anterior, Poliana tivesse disparado todos os tiros da pistola em Jason. Depois disso, Poliana se arrepende do que fez e providencia o socorro de Jason, que sobrevive em razão do socorro prestado. **Neste caso, teríamos arrependimento eficaz**.

Ambos os institutos estão previstos no art. 15 do CP:

<sup>56</sup> O STJ já sumulou entendimento, por exemplo, no sentido de que a presença de câmeras e dispositivos eletrônicos de segurança em estabelecimentos comerciais não afasta a possibilidade de consumação do crime de furto. Assim, se o agente tenta sair do local com um produto escondido (furto), mas é detido pelos seguranças, não há crime impossível, pois havia uma possibilidade, ainda que pequena, de que ele conseguisse burlar o sistema e causar o prejuízo ao bem jurídico tutelado (patrimônio do estabelecimento)

<sup>57</sup> BITENCOURT, Op. cit., p. 542/543.

Art. 15 - O agente que, **voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza**, só responde pelos atos já praticados. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Para que estes institutos ocorram, é necessário que a conduta (desistência voluntária e arrependimento eficaz) impeça a consumação do resultado. **Se o resultado, ainda assim, vier a ocorrer, o agente responde pelo crime**, incidindo, no entanto, uma atenuante de pena genérica, prevista no art. 65, III, *b* do CP.

A Doutrina entende que também **HÁ DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA** quando o agente deixa de prosseguir na execução para fazê-la mais tarde, por qualquer motivo, por exemplo, para não levantar suspeitas. Nesse caso, mesmo não sendo nobre o motivo da desistência, a Doutrina entende que há desistência voluntária.

Se o crime for cometido em concurso de pessoas e somente um deles realiza a conduta de desistência voluntária ou arrependimento eficaz, **esta circunstância se comunica aos demais**, pois como se trata de hipótese de exclusão da tipicidade, o crime não foi cometido, respondendo todos apenas pelos atos praticados até então.



HORA DE  
**PRATICAR!**

Este tema é **MUITO importante para a segunda fase da OAB**. Vejam como vem sendo abordado:

#### (FGV - OAB - IX EXAME DE ORDEM - PROVA DISCURSIVA)

Wilson, extremamente embriagado, discute com seu amigo Junior na calçada de um bar já vazio pelo avançado da hora. A discussão torna-se acalorada e, com intenção de matar, Wilson desfere quinze facadas em Junior, todas na altura do abdômen. Todavia, ao ver o amigo gritando de dor e esvaindo-se em sangue, Wilson, desesperado, pega um taxi para levar Junior ao hospital. Lá chegando, o socorro é eficiente e Junior consegue recuperar-se das graves lesões sofridas.

Analise o caso narrado e, com base apenas nas informações dadas, responda, fundamentadamente, aos itens a seguir.

A) É cabível responsabilizar Wilson por tentativa de homicídio?

B) Caso Junior, mesmo tendo sido socorrido, não se recuperasse das lesões e viesse a falecer no dia seguinte aos fatos, qual seria a responsabilidade jurídico-penal de Wilson?

**RESPOSTA:**

A) Não, pois aqui ocorreu o que se entende por arrependimento eficaz.

No arrependimento eficaz o agente já praticou todos os atos executórios que queria e podia, mas após isto, se arrepende do ato e adota medidas que acabam por impedir a consumação do resultado. Está previsto no art. 15 do CP:



*Art. 15 - O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

Assim, Wilson responderá apenas pelas lesões corporais praticadas.

**B)** Neste caso Wilson responderia pelo delito de homicídio doloso, em sua forma consumada, na forma do art. 121 do CP.

#### **(FGV - OAB - XII EXAME DE ORDEM - PROVA DISCURSIVA)**

**Félix, objetivando matar Paola, tenta desferir-lhe diversas facadas, sem, no entanto, acertar nenhuma. Ainda na tentativa de atingir a vítima, que continua a esquivar-se dos golpes, Félix, aproveitando-se do fato de que conseguiu segurar Paola pela manga da camisa, empunha a arma. No momento, então, que Félix movimentava seu braço para dar o golpe derradeiro, já quase atingindo o corpo da vítima com a faca, ele opta por não continuar e, em seguida, solta Paola, que sai correndo sem ter sofrido sequer um arranhão, apesar do susto.**

**Nesse sentido, com base apenas nos dados fornecidos, poderá Félix ser responsabilizado por tentativa de homicídio?**

**Justifique.**

**COMENTÁRIOS:** Não, Félix não responderá por tentativa de homicídio porque houve, aqui, o que se chama de desistência voluntária, prevista no art. 15 do CP:

*Art. 15 - O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

Na desistência voluntária o agente, por ato voluntário, desiste de dar sequência aos atos executórios, mesmo podendo fazê-lo. Conforme a clássica FÓRMULA DE FRANK:

Na tentativa – O agente quer, mas não pode prosseguir.

Na desistência voluntária – O agente pode, mas não quer prosseguir.

Para que fique caracterizada a desistência voluntária, é necessário que o resultado não se consuma em razão da desistência do agente.

Assim, no caso em tela, Félix responde apenas pelos atos praticados. Como a vítima não sofreu quaisquer lesões, Félix não responde por crime algum.

---

#### **4.4.5 Arrependimento posterior**

**O arrependimento posterior, por sua vez, não exclui o crime, pois este já se consumou, mas é causa obrigatória de diminuição de pena.** Ocorre quando, nos crimes em que não há violência ou grave ameaça à pessoa, o agente, até o recebimento da denúncia ou queixa, repara o dano provocado ou restitui a coisa. Nos termos do art. 16 do CP:



Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

**EXEMPLO:** Imagine o crime de dano (art. 163 do CP), no qual o agente quebra a vidraça de uma padaria, revoltado com o esgotamento do pão francês naquela tarde. Nesse caso, se antes do recebimento da queixa o agente ressarcir o prejuízo causado, ele **responderá pelo crime, mas a pena aplicada deverá ser diminuída de um a dois terços.**

Vejam que **não se aplica** o instituto se o crime é cometido com **violência ou grave ameaça à pessoa.**

A Doutrina entende que se a violência for culposa, pode ser aplicado o instituto. Assim, se o agente comete lesão corporal culposa (violência culposa), e antes do recebimento da queixa paga todas as despesas médicas da vítima, presta todo o auxílio necessário, deve ser aplicada a causa de diminuição de pena.



**No caso de violência imprópria, a Doutrina se divide.** A violência imprópria é aquela na qual não há violência propriamente dita, mas o agente reduz a vítima à impossibilidade de defesa (ex. Amordaça e amarra o caixa da loja no crime de roubo). Parte da Doutrina entende que o benefício pode ser aplicado, parte entende que não pode.

O arrependimento posterior também se comunica aos demais agentes (coautores).

A Doutrina entende, ainda, que **se a vítima se recusar a receber a coisa ou a reparação do dano, mesmo assim o agente deverá receber a causa de diminuição de pena.**

O **quantum** da diminuição da pena (um terço a dois terços) irá variar conforme a celeridade com que ocorreu o arrependimento e a voluntariedade deste ato.

**Vamos sintetizar isso tudo?** O quadro abaixo pode ajudar vocês na compreensão dos institutos da tentativa, da desistência voluntária, do arrependimento eficaz e do arrependimento posterior:

### QUADRO ESQUEMÁTICO



INSTITUTO	RESUMO	CONSEQUÊNCIAS
<b>TENTATIVA</b>	Agente pratica a conduta delituosa, mas por <b>circunstâncias alheias à sua vontade, o resultado não ocorre.</b>	Responde pelo crime, com <b>redução de pena de 1/3 a 2/3.</b>
<b>DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA</b>	O agente INICIA a prática da conduta delituosa, mas se arrepende, e CESSA a atividade criminosa (mesmo podendo continuar) e o <b>resultado não ocorre.</b>	<b>Responde apenas pelos atos já praticados.</b> Desconsidera-se o “dolo inicial”, e o agente é punido apenas pelos danos que efetivamente causou.
<b>ARREPENDIMENTO EFICAZ</b>	O agente INICIA a prática da conduta delituosa E COMPLETA A EXECUÇÃO DA CONDOTA, mas se arrepende do que fez e toma as providências para que o resultado inicialmente pretendido não ocorra. O <b>resultado NÃO ocorre.</b>	<b>Responde apenas pelos atos já praticados.</b> Desconsidera-se o “dolo inicial”, e o agente é punido apenas pelos danos que efetivamente causou.
<b>ARREPENDIMENTO POSTERIOR</b>	O agente completa a execução da atividade criminosa e o <b>resultado efetivamente ocorre.</b> Porém, após a ocorrência do resultado, o agente se arrepende E REPARA O DANO ou RESTITUI A COISA.  <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Só pode ocorrer nos crimes cometidos <b>sem violência ou grave ameaça à pessoa</b></li> <li>2. Só tem validade se ocorre <b>antes do recebimento da denúncia ou queixa.</b></li> </ol>	O agente tem a <b>pena reduzida de 1/3 a 2/3.</b>



ESTA CAI  
NA PROVA!

Mas, professor, o que eu peço para meu cliente caso haja crime consumado, tentativa, desistência voluntária, arrependimento eficaz e arrependimento posterior? Vamos lá:

- ⇒ No caso de haver **crime consumado**, o que se pode pleitear é a aplicação de eventual causa de diminuição de pena, atenuantes genéricas (menoridade relativa, confissão espontânea, etc.).
- ⇒ No **caso de crime tentado**, você deverá pleitear o reconhecimento da tentativa, com a consequente diminuição de pena (de um a dois terços)
- ⇒ No caso de **desistência voluntária ou arrependimento eficaz**, é importante saber que o agente não responde por crime consumado (pois não houve consumação), nem por tentativa daquilo que inicialmente pretendia (pois a consumação só não ocorreu porque o próprio agente não quis). Assim, o agente vai responder apenas pelos atos já praticados. Se já causou algum dano (lesão leve, por exemplo), **responderá apenas por este**. Caso não tenha havido qualquer dano, o agente não responderá por crime algum, de forma que você deverá pedir a **absolvição pela atipicidade da conduta**.
- ⇒ No caso de **arrependimento posterior**, o agente responde normalmente pelo crime consumado, mas você deverá pedir a aplicação da causa de diminuição de pena relativa ao arrependimento posterior (diminuição de um a dois terços, na forma do art. 16 do CP).

#### 4.4.6 Causas de exclusão do fato típico

Haverá exclusão do fato típico sempre que estiver ausente algum de seus elementos. As principais hipóteses são:

##### 4.4.6.1 Coação física irresistível

A coação física irresistível (também chamada de *vis absoluta*) exclui a CONDUTA, por ausência completa de vontade do agente coagido. Logo, acaba por excluir o fato típico. Não confundir com a coação MORAL irresistível, que exclui a culpabilidade.

**Ex.:** José pega Maria à força e, segurando seu braço, faz com que Maria esfaqueie Joana, que está dormindo. Neste caso, Maria não teve conduta, pois não teve dolo ou culpa. Maria não escolheu esfaquear, foi coagida **fisicamente** a fazer isso.

##### 4.4.6.2 Erro de tipo inevitável

No erro de tipo inevitável o agente pratica o fato típico por incidir em erro sobre um de seus elementos. Quando o erro é inevitável (qualquer pessoa naquelas circunstâncias cometeria o erro), o agente não responde por crime algum (afasta-se o dolo e a culpa).

**Ex.:** José pega o celular que está em cima do balcão da loja e vai embora, acreditando ser o seu celular. Todavia, quando chega em casa, vê que pegou o celular de outra pessoa, pois confundiu com o seu. Neste caso, José praticou, em tese, o crime de furto (art. 155 do CP). Todavia, como houve erro inevitável sobre um dos elementos do tipo (o elemento “coisa alheia”, já que José acreditava que a coisa era sua), José não responderá por crime algum.

##### 4.4.6.3 Sonambulismo e atos reflexos

Nas hipóteses de sonambulismo e de atos reflexos também se afasta o fato típico, pois em ambos os casos o agente não tem controle sobre sua ação ou omissão, ou seja, temos a exteriorização física do ato, sem que haja dolo ou culpa.

**Ex.:** José dá um susto em Ricardo, que acaba mexendo os braços repentinamente e acerta uma cotovelada em Paula. Neste caso, Ricardo não responde por crime de lesão corporal pois não teve dolo ou culpa.

#### 4.4.6.4 Insignificância e adequação social da conduta

Tanto na hipótese de insignificância da conduta (ausência de ofensa significativa ao bem jurídico protegido pela norma) quanto na hipótese de adequação social da conduta (tolerância da sociedade frente a uma conduta que é tipificada como crime), há exclusão do fato típico, eis que não haverá tipicidade material.

### 4.5 ILICITUDE

Já vimos que a conduta deve ser considerada um fato típico para que o primeiro elemento do crime esteja presente. Entretanto, isso não basta. Uma conduta enquadrada como fato típico pode não ser ilícita perante o direito. Assim, **a antijuridicidade (ou ilicitude) é a condição de contrariedade da conduta perante o Direito.**

**Estando presente o primeiro elemento (fato típico), presume-se presente a ilicitude, devendo o acusado comprovar a existência de uma causa de exclusão da ilicitude.** Percebam, assim, que uma das funções do fato típico é gerar uma presunção de ilicitude da conduta, que pode ser desconstituída diante da presença de uma das causas de exclusão da ilicitude.

As **causas de exclusão da ilicitude** podem ser:

- ⇒ **Genéricas** – São aquelas que se aplicam a todo e qualquer crime. Estão previstas na parte geral do Código Penal, em seu art. 23;
- ⇒ **Específicas** – São aquelas que são próprias de determinados crimes, não se aplicando a outros. Por exemplo: Furto de coisas comum, previsto no art. 156, §2º. Nesse caso, o fato de a coisa furtada ser comum retira a ilicitude da conduta. Porém, só nesse crime!

As **causas genéricas** de exclusão da ilicitude são: a) estado de necessidade; b) legítima defesa; c) exercício regular de um direito; d) estrito cumprimento do dever legal. Entretanto, a Doutrina majoritária e a Jurisprudência entendem que existem causas supralegais de exclusão da ilicitude (não previstas na lei, mas que decorrem da lógica, como o consentimento do ofendido nos crimes contra bens disponíveis).

#### 4.5.1 Estado de necessidade

Está previsto no art. 24 do Código Penal:

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



O Brasil adotou a **teoria unitária** de **estado de necessidade**, que estabelece que **o bem jurídico protegido deve ser de valor igual ou superior ao sacrificado, afastando-se em ambos os casos a ilicitude da conduta.**

**EXEMPLO:** Marcos e João estão num avião que está caindo. Só há uma mochila com paraquedas. Marcos agride João até causar-lhe a morte, a fim de que o paraquedas seja seu e ele possa se salvar. Nesse caso, o bem jurídico que Marcos buscou preservar (vida) é de igual valor ao bem sacrificado (Vida de João). Assim, Marcos não cometeu crime, pois agiu coberto por uma excludente de ilicitude, que é o estado de necessidade.

**No caso de o bem sacrificado ser de valor maior que o bem protegido, o agente responde pelo crime, mas tem sua pena diminuída.**<sup>58</sup> Nos termos do art. 24, § 2º do CP:

Art. 24 (...)

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

Assim, se era razoável entender que o agente deveria sacrificar o bem que na verdade escolheu proteger, ele responde pelo crime, mas em razão das circunstâncias terá sua pena diminuída de um a dois terços, conforme o caso.

Os **requisitos** para a configuração do estado de necessidade são basicamente dois: a) a existência de uma situação de perigo a um bem jurídico próprio ou de terceiro; b) o fato necessitado (conduta do agente na qual ele sacrifica o bem alheio para salvar o próprio ou do terceiro).

Entretanto, **a situação de perigo deve:**

- ⇒ **Não ter sido criada voluntariamente pelo agente** (ou seja, se foi ele mesmo quem deu causa, não poderá sacrificar o direito de um terceiro a pretexto de salvar o seu).  
**EXEMPLO:** O agente provoca ao naufrágio de um navio e, para se salvar, mata um terceiro, a fim de ficar com o último colete disponível. Nesse caso, embora os bens sejam de igual valor, a situação de perigo foi criada pelo próprio agente, logo, ele não estará agindo em estado de necessidade.<sup>59</sup>

<sup>58</sup> Bitencourt sustenta que, apesar da adoção da teoria unitária, quando a escolha do agente por sacrificar determinado bem em detrimento de outro não for a mais correta de acordo com o Direito, mas puder ser considerada como algo que qualquer pessoa acabaria fazendo da mesma forma, teríamos o estado de necessidade exculpante supralegal, ou seja, o Juiz poderia afastar a culpabilidade do agente por considerar ser inexistente conduta diversa. BITENCOURT, Op. cit., p. 411/413

<sup>59</sup> A Doutrina se divide quanto à abrangência da expressão “voluntariamente”. Alguns sustentam que tanto a causação culposa quanto a dolosa afastam a possibilidade de caracterização do estado de necessidade (Por todos, ASSIS TOLEDO). Outros defendem que somente a causação DOLOSA impede a caracterização do estado de necessidade (Por todos, DAMÁSIO DE JESUS e CEZAR ROBERTO BITENCOURT). BITENCOURT, Op. cit., p. 419



- ⇒ **Perigo atual** – O perigo deve estar ocorrendo. A lei não permite o estado de necessidade diante de um perigo futuro, ainda que iminente;
- ⇒ A situação de perigo deve **estar expondo a risco de lesão um bem jurídico do próprio agente ou de um terceiro**.
- ⇒ **O agente não pode ter o dever jurídico enfrentar o perigo.**<sup>60</sup>
- ⇒ **Ser conhecida pelo agente** – O agente deve saber que está agindo em estado de necessidade (elemento subjetivo).

Quanto à conduta do agente, ela deve ser:

- Inevitável – O bem jurídico protegido só seria salvo daquela maneira. Não havia outra forma de salvar o bem jurídico.
- Proporcional – O agente deve sacrificar apenas bens jurídicos de menor ou igual valor ao que pretende proteger.

O estado de necessidade pode ser

- **Agressivo** – Quando para salvar seu bem jurídico o agente **sacrifica bem jurídico de um terceiro que não provocou a situação de perigo**.
- **Defensivo** – Quando o **agente sacrifica um bem jurídico de quem ocasionou a situação de perigo**.

Pode ser ainda:

- **Real** – Quando a situação de perigo efetivamente existe;
- **Putativo** – Quando a situação de perigo não existe de fato, apenas na imaginação do agente. Imaginemos que no caso do colete salva-vidas, ao invés de ser o último, existisse ainda uma sala repleta deles. Assim, a situação de perigo apenas passou pela cabeça do agente, **não sendo a realidade, pois havia mais coletes**. Nesse caso, o agente incorreu em **erro**, que se for um erro escusável (o agente não tinha como saber da existência dos outros coletes), excluirá a imputação do delito (a maioria da Doutrina entende que teremos exclusão da culpabilidade). Já se o erro for inescusável (o agente era marinheiro há muito tempo, devendo saber que existia mais coletes), o agente responde pelo crime cometido, **MAS NA MODALIDADE CULPOSA**, se houver previsão em lei.

Alguns pontos importantes:

---

<sup>60</sup> Todavia, a Doutrina entende que se não há mais como enfrentar a situação, é possível alegar o estado de necessidade, mesmo por aquele que teria o dever de enfrentar o perigo. Entende-se que **não se pode exigir do agente um ato de heroísmo**, sacrificando a própria vida em prol de terceiros.

<b>ESTADO DE NECESSIDADE RECÍPROCO</b>	É possível, desde que ambos não tenham criado a situação de perigo.
<b>COMUNICABILIDADE</b>	Existe. Se um dos autores houver praticado o fato em estado de necessidade, o crime fica excluído para todos eles.
<b>ERRO NA EXECUÇÃO</b>	Pode acontecer, e o agente permanece coberto pelo estado de necessidade. Ex.: Paulo atira em Mário, visando sua morte, para tomar-lhe o último colete do navio. Entretanto, acerta João. Nesse caso, Paulo permanece acobertado pelo estado de necessidade, pois se considera praticado o crime contra a vítima pretendida, não a atingida.
<b>MISERABILIDADE</b>	O <b>STJ</b> entende que a simples alegação de miserabilidade não gera o estado de necessidade para que seja excluída a ilicitude do fato. Entretanto, em determinados casos, poderá excluir a culpabilidade, em razão da inexigibilidade de conduta diversa (estudaremos mais à frente).

#### 4.5.2 Legítima defesa

Nos termos do art. 25 do CP:

*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.*

O agente deve ter praticado o fato para repelir uma agressão. Contudo, há alguns requisitos:

#### REQUISITOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA



- **Agressão Injusta** – Assim, se a agressão é justa, não há legítima defesa. Dessa forma, o preso que agride o carcereiro que o está colocando para dentro da cela não age em legítima defesa, pois a agressão do carcereiro (empurrá-lo à força) é justa, autorizada pelo Direito.
- **Atual ou iminente** – A agressão deve estar acontecendo ou prestes a acontecer. Veja que aqui, diferente do estado necessidade, não há necessidade de que o fato seja atual, bastando que seja iminente. Desta maneira, se Paulo encontra, em local ermo, Poliana, sua ex-mulher, que por vingança ameaçou matá-lo, e esta saca uma arma, Paulo poderá repelir essa agressão iminente, pois ainda que não tenha acontecido, não se pode exigir que Paulo aguarde Poliana começar a efetuar os disparos (absurdo!).
- **Contra direito próprio ou alheio** – A agressão injusta pode estar acontecendo ou prestes a acontecer contra direito do próprio agente ou de um terceiro. Assim, se Paulo agride Roberto porque ele está agredindo Poliana, não comete crime, pois agiu em legítima defesa da integridade física de terceiro (Poliana).
- **Reação proporcional** – O agente deve repelir a injusta agressão utilizando moderadamente dos meios necessários.
- **Conhecimento da situação justificante** – O agente deve saber que está agindo em legítima defesa, ou seja, deve conhecer a situação justificante e agir com intenção de defesa (*animus defendendi*)<sup>61</sup>.

Quando **uma pessoa é atacada por um animal**, em regra **não age em legítima defesa, mas em estado de necessidade**, pois os atos dos animais não podem ser considerados injustos. Entretanto, **se o animal estiver sendo utilizado como instrumento de um crime** (dono determina ao cão bravo que morda a vítima), **o agente poderá agir em legítima defesa**. Entretanto, a legítima defesa estará ocorrendo em face do dono (lesão ao seu patrimônio, o cachorro), e não em face do animal.

Com relação às agressões praticadas por inimputável, a Doutrina se divide, mas a maioria entende que nesse caso há legítima defesa, e não estado de necessidade.

Na legítima defesa, diferentemente do que ocorre no estado de necessidade, **o agredido (que age em legítima defesa) não é obrigado a fugir do agressor**, ainda que possa. A lei permite que o agredido revide e se proteja, ainda que lhe seja possível fugir!

A reação do agente, por sua vez, deve ser proporcional. Ou seja, os meios utilizados por ele devem ser suficientes e necessários a repelir a agressão injusta.

**EXEMPLO:** José, rapaz baixo e franzino, sem qualquer conhecimento de artes marciais ou algo semelhante, dá um tapa em Paulo, rapaz alto e forte, e parte para cima para desferir outros tapas. Os referidos tapas não são capazes de provocar graves lesões em Paulo, dadas as condições físicas dos dois. Paulo, de forma a repelir a injusta agressão, saca sua pistola e desfere 05 tiros no peito de José, provocando sua morte.

<sup>61</sup> Apesar de haver uma pequena discussão a respeito, prevalece este entendimento na Doutrina.

Neste caso, Paulo não pode alegar legítima defesa, eis que sua reação não foi proporcional, já que não utilizou moderadamente dos meios necessários. Bastava um tiro para o alto, ou a imobilização do agressor, etc.

A legítima defesa pode ser:

- Agressiva – Quando o agente pratica um fato previsto como infração penal. Assim, se A agride B e este, em legítima defesa, agride A, está cometendo lesões corporais (art. 129), mas não há crime, em razão da presença da causa excludente da ilicitude.
- Defensiva – O agente se limita a se defender, não atacando nenhum bem jurídico do agressor.
- Própria – Quando o agente defende seu próprio bem jurídico.
- De terceiro – Quando defende bem jurídico pertencente a outra pessoa.
- Real – Quando a agressão a iminência dela acontece, de fato, no mundo real.
- Putativa – Quando o agente pensa que está sendo agredido ou que esta agressão irá ocorrer, mas, na verdade, trata-se de fruto da sua imaginação. Aqui, aplica-se o que foi dito acerca do estado de necessidade putativo!

A legítima defesa não é presumida. Aquele que a alega deve provar sua ocorrência, pois, como estudamos, a existência do fato típico tem o condão de fazer presumir a ilicitude da conduta, cabendo ao acusado provar a existência de uma das causas de exclusão da ilicitude.



**CUIDADO! A legítima defesa sucessiva é possível!** É aquela na qual o agredido injustamente, acaba por se exceder nos meios para repelir a agressão. Nesse caso, como há excesso, esse excesso não é permitido. Logo, **aquele que primeiramente agrediu, agora poderá agir em legítima defesa.** Se A agride B com tapas leves, e B saca uma pistola e começa a disparar contra A, que se afasta e para de agredi-lo, caso B continue e atirar, A poderá sacar sua arma e atirar contra B, pois a conduta de A se configura como excesso na reação, e B estará agindo em legítima defesa sucessiva.

Da mesma forma que no estado de necessidade, se o agredido erra ao revidar a agressão e atinge pessoa que não tem relação com a agressão (erro sobre a pessoa), continuará amparado pela excludente de ilicitude, pois o crime se considera praticado contra a pessoa visada, não contra a efetivamente atingida.

No caso de **legítima defesa de terceiro**, duas hipóteses podem ocorrer:



- **O bem do terceiro que está sendo lesado é disponível** (bens materiais, etc.) – Nesse caso, o terceiro deve concordar com que o agente atue em seu favor.
- **O bem do terceiro é indisponível** (Vida, por exemplo) – Nesse caso, o agente poderá repelir esta agressão ainda que o terceiro não concorde com esta atitude, pois o bem agredido é um bem de caráter indisponível.



## TOME NOTA!

Vocês devem ficar atentos a alguns pontos:

- **Não cabe legítima defesa real em face de legítima defesa real**, pois se o primeiro age em legítima defesa real, sua agressão não é injusta, o que impossibilita reação em legítima defesa.
- **Cabe legítima defesa real em face de legítima defesa putativa**. Assim, se A pensa estar sendo ameaçado por B e o agride (legítima defesa putativa), B poderá agir em legítima defesa real. Isto porque a atitude de A não é justa, logo, é uma agressão injusta, de forma que B poderá se valer da legítima defesa (A até pode não ser punido por sua conduta, mas isso se dará pela exclusão da culpabilidade em razão da legítima defesa putativa).
- Se o agredido se excede, o agressor passa a poder agir em legítima defesa (legítima defesa sucessiva).
- **Sempre caberá legítima defesa em face de conduta que esteja acobertada apenas por causa de exclusão da culpabilidade** (pois nesse caso a agressão é típica e ilícita, embora não culpável).
- **NUNCA** haverá possibilidade de legítima defesa real em face de qualquer causa de exclusão da ilicitude real.



## HORA DE PRATICAR!

(FGV – 2012 – OAB – VI EXAME DE ORDEM)

Ao chegar a um bar, Caio encontra Tício, um antigo desafeto que, certa vez, o havia ameaçado de morte. Após ingerir meio litro de uísque para tentar criar coragem de abordar Tício, Caio partiu em sua direção com a intenção de cumprimentá-lo. Ao aproximar-se de Tício, Caio observou que seu desafeto bruscamente pôs a mão por debaixo da camisa, momento em que achou que Tício estava prestes a sacar uma arma de fogo para vitimá-lo. Em razão disso, Caio imediatamente muniu-se de uma faca que estava sobre o balcão do bar e desferiu um golpe no abdome de Tício, o qual veio a falecer. Após análise do local por peritos do Instituto de



Criminalística da Polícia Civil, descobriu-se que Tício estava tentando apenas pegar o maço de cigarros que estava no cós de sua calça.

Considerando a situação acima, responda aos itens a seguir, empregando os argumentos jurídicos apropriados e a fundamentação legal pertinente ao caso.

a) Levando-se em conta apenas os dados do enunciado, Caio praticou crime? Em caso positivo, qual? Em caso negativo, por que razão?

b) Supondo que, nesse caso, Caio tivesse desferido 35 golpes na barriga de Tício, como deveria ser analisada a sua conduta sob a ótica do Direito Penal?

**RESPOSTA:**

A) Não, pois Caio agiu em legítima defesa putativa, pois acreditou estar presente situação que, se de fato existisse, tornaria sua ação legítima, nos termos do art. 20, §1º do CP.

B) Nesse caso, ficaria evidente que Caio agiu em excesso (excesso doloso), de forma que deveria responder pelo resultado ocorrido (homicídio doloso consumado), pois sua reação não teria sido moderada e estritamente necessária para repelir a injusta agressão, nos termos do art. 23, § único do CP.

### 4.5.3 Estrito cumprimento do dever legal

Nos termos do art. 23, III do CP:

*Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:*

*(...)*

*III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.*

Age acobertado por esta excludente aquele que pratica fato típico, mas o faz em cumprimento a um dever previsto em lei.

Assim, o Policial tem o dever legal de manter a ordem pública. Se alguém comete crime, eventuais lesões corporais praticadas pelo policial (quando da perseguição) não são consideradas ilícitas, pois embora tenha sido provocada lesão corporal (prevista no art. 129 do CP), o policial agiu no estrito cumprimento do seu dever legal.



**CUIDADO!** Quando o policial, numa troca de tiros, acaba por ferir ou matar um suspeito, ele não age no estrito cumprimento do dever legal, mas em legítima defesa. Isso porque o policial só pode atirar

contra alguém quando isso for absolutamente necessário para repelir injusta agressão contra si ou contra terceiros.<sup>62</sup>

Se um terceiro colabora com aquele que age no estrito cumprimento do dever legal, a ele também se estende essa causa de exclusão da ilicitude. Diz-se que há **comunicabilidade**.

**ATENÇÃO!** É muito comum ver pessoas afirmarem que essa causa só se aplica aos funcionários públicos. **ERRADO!** O particular também pode agir no estrito cumprimento do dever legal. O advogado, por exemplo, que se nega a testemunhar sobre fato conhecido em razão da profissão, não pratica crime, pois está cumprindo seu dever legal de sigilo, previsto no estatuto da OAB. Esse é apenas um exemplo.

#### 4.5.4 Exercício regular de direito

O Código Penal prevê essa excludente da ilicitude também no art. 23, III:

*Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:*

(...)

*III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.*

Dessa forma, **quem age no legítimo exercício de um direito seu, não poderá estar cometendo crime**, pois a ordem jurídica deve ser harmônica, de forma que uma conduta que é considerada um direito da pessoa, não pode ser considerada crime, por questões lógicas. Trata-se de preservar a coerência do sistema<sup>63</sup>.

**Mas o direito deve estar previsto em lei?** Sim! A Doutrina majoritária entende que os direitos derivados dos costumes locais não podem ser invocados como causas de exclusão da ilicitude.

**EXEMPLO:** A mãe descobre que o filho, de 12 anos, aprontou na escola e resolve colocar o garoto de castigo, trancado no quarto por 08h. Neste caso, a mãe não responde pelo crime de cárcere privado (art. 148 do CP), pois tem o direito de agir assim, dever que decorre de seu poder familiar sobre a criança. Não há “estrito cumprimento do dever legal”, pois a mãe não tinha o dever de fazer isso (poderia optar por perdoar o filho, dar outro tipo de castigo, etc.).

<sup>62</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 431

<sup>63</sup> O Prof. Zaffaroni entenderia que, neste caso, o fato é atípico, pois, pela sua teoria da tipicidade conglobante, um fato nunca poderá ser típico quando sua prática foi tolerada ou determinada pelo sistema jurídico. Fica apenas o registro, mas essa teoria não é adotada pelo CP e Doutrinariamente é discutida. Lembrem-se: Fica apenas o registro.



#### 4.5.5 Consentimento do ofendido

O consentimento do ofendido não está expressamente previsto no CP como causa de exclusão da ilicitude. Todavia, a Doutrina é pacífica ao sustentar que o consentimento do ofendido pode, a depender do caso, afastar a ilicitude da conduta, funcionando como causa supralegal (não prevista na Lei) de exclusão da ilicitude).

**Ex.:** José e Paulo combinam de fazer manobras arriscadas numa moto, estando Paulo na garupa e José guiando a motocicleta. Neste caso, se José perder a direção e causar lesões culposas em Paulo, não haverá crime, eis que o consentimento de Paulo em relação à conduta arriscada de José afasta a ilicitude da conduta.

A Doutrina elenca alguns requisitos para que o consentimento do ofendido possa ser considerado causa supralegal de exclusão da ilicitude:

- ⇒ **O consentimento deve ser válido** – O consentimento deve ser prestado por pessoa capaz, mentalmente sã e livre de vícios (coação, fraude, etc.).
- ⇒ **O bem jurídico deve ser próprio e disponível** – Assim, não há que se falar em consentimento do ofendido quando o bem jurídico pertence a outra pessoa ou é indisponível como, por exemplo, a vida.
- ⇒ **O consentimento deve ser prévio ou concomitante à conduta** – O consentimento do ofendido após a prática da conduta não afasta a ilicitude.

#### 4.5.6 Excesso punível

O **excesso punível** é o **exercício irregular de uma causa excludente da ilicitude**, seja porque não há mais a circunstância que permitia seu exercício (cessou a agressão, no caso da legítima defesa, por exemplo, seja porque o meio utilizado não é proporcional (agredido saca uma metralhadora para repelir um tapa, no caso da legítima defesa). No primeiro caso, temos o excesso **extensivo**, e no segundo, o excesso **intensivo**. Nesses casos, a lei prevê que aquele que se exceder responderá pelos danos que causar, art. 23, § único do CP:

*Art. 23 (...)*

*Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.*

Aplica-se a qualquer das causas excludentes da ilicitude. Assim, o policial que, após prender o ladrão, começa a desferir socos em seu rosto, não estará agindo amparado pelo estrito cumprimento do dever legal, pois está se excedendo.





ESTA CAI  
NA PROVA!

**Mas, professor, o que eu peço para meu cliente caso haja alguma excludente de ilicitude?** No caso de haver alguma excludente de ilicitude, temos um fato TÍPICO, mas não há ilicitude, ou seja, não há o segundo elemento do conceito analítico de crime.

Assim, **você NÃO deve pedir a absolvição em razão da atipicidade, pois o fato é TÍPICO.**

Você deverá **pleitear a absolvição** (ou absolvição sumária, ou reforma da sentença para fins de absolvição) **em razão da existência de causa excludente de ilicitude**, na forma do art. 386, VI do CPP.

## 5 CULPABILIDADE

### 5.1 CONCEITO

A culpabilidade nada mais é que o **juízo de reprovabilidade acerca da conduta do agente, considerando-se suas circunstâncias pessoais.**<sup>64</sup>

Diferentemente do que ocorre nos dois primeiros elementos (fato típico e ilicitude), onde se analisa o fato, **na culpabilidade o objeto de estudo não é o fato, mas o agente.** Daí alguns doutrinadores entenderem que a culpabilidade não integra o crime (por não estar relacionada ao fato criminoso, mas ao agente). Entretanto, vamos trabalhá-la como elemento do crime.

Não vamos nos prender às teorias acerca da culpabilidade. Basta que vocês saibam que o CP adotou a teoria limitada da culpabilidade.<sup>65</sup>

<sup>64</sup> BITENCOURT, Op. cit., p. 451/452

<sup>65</sup> Esta teoria é uma **subdivisão da Teoria Normativa Pura**. Para a Teoria Normativa Pura, os elementos da culpabilidade são: a) imputabilidade; b) potencial consciência da ilicitude; c) exigibilidade de conduta diversa. A potencial consciência da ilicitude seria a análise concreta acerca das possibilidades que o agente tinha de conhecer o caráter ilícito de sua conduta.

Para a maior parte da Doutrina, a teoria normativa pura se divide em:

#### **Teoria extremada e Teoria limitada.**

A **grande diferença entre elas reside no tratamento dispensado** ao erro sobre as causas de justificação (ou de exclusão da antijuridicidade), também conhecidas como **discriminantes putativas**.

A teoria extremada defende que todo erro que recaia sobre uma causa de justificação seria equiparado ao erro de proibição.

A teoria limitada, por sua vez, divide o erro sobre as causas de justificação (discriminantes putativas) em:

**Erro sobre pressuposto fático da causa de justificação** (ou erro de fato) – Neste caso, aplicam-se as mesmas regras previstas para o erro de tipo (tem-se aqui o que se chama de ERRO DE TIPO PERMISSIVO).<sup>65</sup>



Vamos focar naquilo que realmente importa para a **PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL do Exame da OAB**, que são os elementos da culpabilidade e principalmente as hipóteses de exclusão da culpabilidade.

## 5.2 ELEMENTOS

### 5.2.1 Imputabilidade penal

O Código Penal não define o que seria imputabilidade penal, apenas descreve as hipóteses em que ela não está presente.

A imputabilidade penal pode ser conceituada como *a capacidade mental de entender o caráter ilícito da conduta e de comportar-se conforme o Direito*.

Existem três sistemas acerca da imputabilidade:

- **Biológico** – Basta a existência de uma doença mental ou determinada idade para que o agente seja inimputável. É adotado no Brasil com relação aos menores de 18 anos. Trata-se de critério meramente biológico: Se o agente tem menos de 18 anos, é inimputável.
- **Psicológico** – Só se pode aferir a imputabilidade (ou não), na análise do caso concreto.
- **Biopsicológico** – Deve haver uma doença mental (critério biológico, legal, objetivo), mas o Juiz deve analisar no caso concreto se o agente era ou não capaz de entender o caráter ilícito da conduta e de se comportar conforme o Direito (critério psicológico). **Essa foi a teoria adotada como REGRA pelo nosso Código Penal.**<sup>66</sup>



**CUIDADO!** A imputabilidade penal deve ser aferida quando do momento em que ocorreu o fato criminoso. Assim, se A (menor com 17 anos e 11 meses de idade) atira contra B, que fica em coma e só vem a falecer quando A já tinha mais de 18 anos, A será considerado **INIMPUTÁVEL**, pois no momento do crime (momento da ação ou omissão, art. 4º do CP), era menor de 18 anos (**critério puramente biológico, adotado como EXCEÇÃO no CP**).

Imaginem, agora, que Marcelo, com 17 anos, sequestra Juliana. O sequestro dura 06 meses e, ao final, Marcelo já contava com 18 anos. Neste caso, Marcelo será considerado **IMPUTÁVEL**, pois no

**Erro sobre a existência ou limites jurídicos de uma causa de justificação** (erro sobre a ilicitude da conduta) – Neste caso, tal teoria defende que devam ser aplicadas as mesmas regras previstas para o erro de **PROIBIÇÃO**, por se assemelhar à conduta daquele que age consciência da ilicitude.

<sup>66</sup> BITENCOURT, Op. cit., p. 474.

momento do crime Marcelo era imputável (ainda que não fosse imputável no começo, a partir de um dado momento passou a ser imputável, respondendo pelo delito).

As causas de inimputabilidade estão previstas nos arts. 26, 27 e 28 do CP:

*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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

*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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

*Menores de dezoito anos*

*Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

*Emoção e paixão*

*Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

*I - a emoção ou a paixão; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

*Embriaguez*

*II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

*§ 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

*§ 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

Os arts. 26 a 28 do CP trazem hipóteses em que a imputabilidade ficará afastada (**inimputabilidade penal**), bem como hipóteses nas quais ela ficará apenas diminuída, mas não será afastada (**semi-imputabilidade**). Além disso, trata de casos em que não será possível afastar a imputabilidade ou reconhecer semi-imputabilidade (emoção e paixão, por exemplo).

Vamos ver, agora, este tema com mais detalhes.



### 5.2.1.1 Menor de 18 anos

Esse é um **critério meramente biológico e taxativo**: Se o agente é menor de 18 anos, responde perante o ECA não se aplicando a ele o CP, nos termos do art. 27 do CP.

### 5.2.1.2 Doença mental e Desenvolvimento mental incompleto ou retardado

No caso dos doentes mentais, deve-se analisar se o agente era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito da conduta ou se era parcialmente incapaz disso. No primeiro caso, será inimputável, ou seja, isento de pena. No segundo caso, será semi-imputável, e será aplicada pena, porém, reduzida de um a dois terços.

Lembrando que o art. 26 do CP exige, para fins de inimputabilidade por este motivo:

- Que o agente **possua a doença** (critério biológico)
- Que o agente seja **inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato OU inteiramente incapaz de determinar-se conforme este entendimento** (critério psicológico)

Por isso se diz que este é um **critério BIOPSIOLÓGICO** (pois mescla os dois critérios).

Nos dois casos acima, se o agente for inimputável, exclui-se a culpabilidade e ele é isento de pena. Se for semi-imputável, será considerado culpável (não se exclui a culpabilidade), mas sua pena será reduzida de um a dois terços.

No caso de o agente ser inimputável, por ser menor de 18 anos, não há processo penal, respondendo perante o ECA. No caso de ser inimputável em razão de doença mental ou desenvolvimento incompleto, será isento de pena (absolvido), mas o Juiz aplicará uma medida de segurança (internação ou tratamento ambulatorial). **Isso é o que se chama de sentença absolutória imprópria (Pois, apesar de conter uma absolvição, contém uma espécie de sanção penal).**

**No caso de o agente ser semi-imputável, ele não será isento de pena!** Será condenado a uma pena, que será reduzida. Entretanto, a lei permite que o Juiz, diante do caso, substitua a pena privativa de liberdade por uma medida de segurança (internação ou tratamento ambulatorial).

⇒ **Sonâmbulo pode ser considerado doente mental?** Embora não seja unânime, prevalece o entendimento de que a conduta praticada pelo sonâmbulo, durante o estado de sonambulismo, não configura crime por **ausência de conduta**, já que não há dolo ou culpa. **Afasta-se, portanto, o fato típico**, e não a culpabilidade.

### 5.2.1.3 Embriaguez

Segundo o CP, como regra, **a embriaguez não é uma hipótese de inimputabilidade**, de forma que o agente responderá pelo crime, ou seja, será considerado IMPUTÁVEL. Vejamos:

*Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

*I - a emoção ou a paixão; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*



### Embriaguez

*II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

Assim, não importa se a embriaguez foi dolosa (o agente queria ficar embriagado) ou culposa (não queria ficar embriagado, mas bebeu demais e ficou embriagado). O agente, nestes casos, será considerado imputável.

⇒ **Mas, por qual razão o agente é considerado imputável (na hipótese de embriaguez não acidental), se no momento do fato ele não tinha discernimento?** Trata-se da adoção da chamada “Teoria da *actio Libera in causa*” (ação livre na causa), que pode aparecer em formato de sigla (ALIC).

Segundo esta Teoria, o agente deve ser considerado imputável mesmo não tendo discernimento no momento do fato, pois tinha discernimento quando decidiu ingerir a substância. Ou seja, apesar de não ter discernimento agora (no momento do crime), tinha discernimento quando se embriagou, ou seja, sua ação era livre na causa (tinha liberdade para decidir ingerir, ou não, a substância).

Todavia, a embriaguez pode afastar a imputabilidade quando for acidental, ou seja, **decorrente de caso fortuito ou força maior** (E mesmo assim, deve ser completa, retirando totalmente a capacidade de discernimento do agente).

**EXEMPLO:** Imagine que Luciana é embriagada por Carlos (que coloca álcool em seus drinks). Sem saber, Luciana ingere as bebidas alcoólicas e fica completamente embriagada. Luciana sai do local em que estava e acaba por desacatar dois policiais que a abordaram em uma blitz. Nesse caso, Luciana estava em situação de embriaguez acidental completa, pois a embriaguez decorreu de caso fortuito e retirou completamente o discernimento desta. Neste caso, ficará afastada a imputabilidade penal de Luciana.

Importante destacar que o Código Penal exige que, EM RAZÃO da embriaguez decorrente de caso fortuito ou força maior, **o agente esteja INTEIRAMENTE INCAPAZ de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se conforme este entendimento.**

Caso o agente, em razão de embriaguez acidental, esteja **parcialmente incapaz** de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento, não será considerado inimputável. O agente, neste caso, será considerado imputável, ou seja, responderá pelo fato praticado. Todavia, sua pena poderá ser diminuída de um a dois terços.

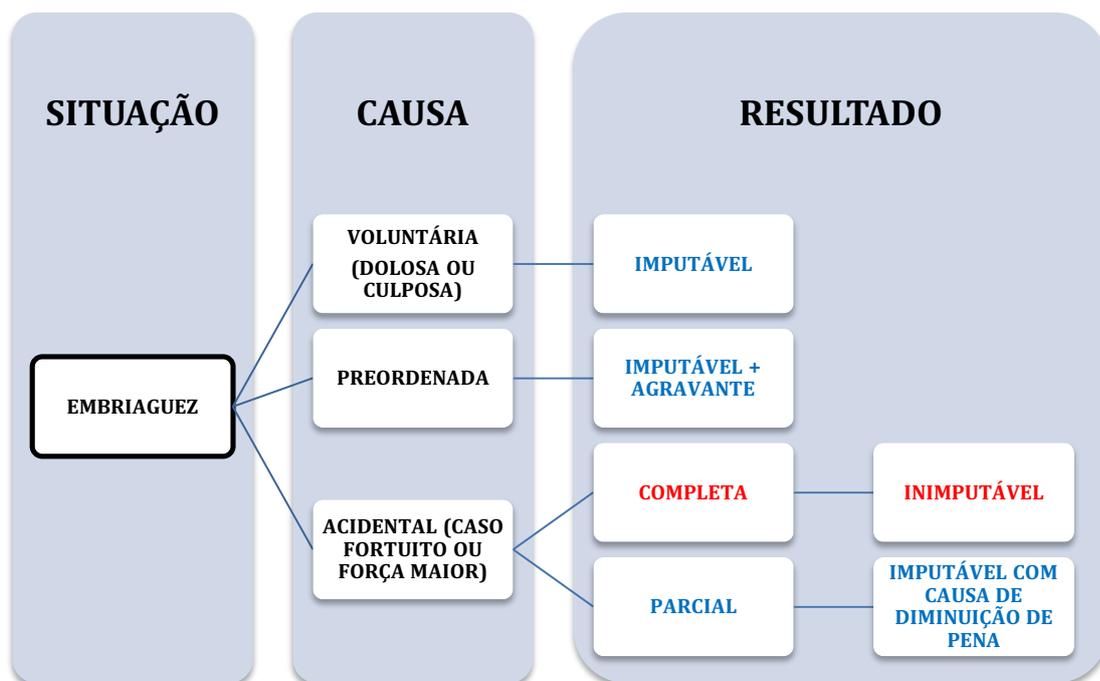
Em qualquer dos dois casos de embriaguez acidental, não será possível aplicação de medida de segurança, **pois essa visa ao tratamento do agente considerado doente, e que oferece risco à**



**sociedade.** No caso da embriaguez acidental, o agente é sadio, tendo ingerido álcool por caso fortuito ou força maior.

⇒ **E a embriaguez preordenada?** A embriaguez preordenada é aquela na qual o agente se embriaga PARA tomar coragem e praticar o crime. Ou seja, o agente não só quer ficar embriagado, ele quer ficar embriagado para praticar o crime. Tal embriaguez **não afeta a imputabilidade do agente**, ou seja, o agente é considerado imputável. Trata-se, ainda, de **circunstância agravante** da pena (a pena, portanto, será aumentada em razão de tal fato).

Vejam os seguinte esquema:



⇒ **E a embriaguez patológica?** A **embriaguez patológica** pode excluir a imputabilidade, desde que se configure como embriaguez verdadeiramente doente (não apenas embriaguez habitual). Nesse caso, o agente será tratado como **doente mental**.

### 5.2.2 Potencial consciência da ilicitude

A potencial consciência da ilicitude é a **possibilidade** (daí o termo “potencial”) de o agente, de acordo com suas características, conhecer o caráter ilícito do fato<sup>67</sup>. Não se trata do parâmetro do *homem médio*, mas de uma análise da pessoa do agente. **Assim, aquele que é formado em Direito, em tese, tem maior potencial consciência da ilicitude que aquele que nunca saiu de uma aldeia de**

<sup>67</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho penal*. Ed. Temis S.A., tercera reimpressão. Bogotá, 1996, p. 153

**pescadores e tem pouca instrução.** É claro que isso varia de pessoa para pessoa e, principalmente, de crime para crime, pois alguns são do conhecimento geral (homicídio, roubo), e outros nem todos conhecem (bigamia, por exemplo).

Quando o agente age acreditando que sua conduta não é penalmente ilícita, comete **erro de proibição** (art. 21 do CP), que veremos mais à frente.

### 5.2.3 Exigibilidade de conduta diversa

Não basta que o agente seja imputável, que tenha potencial conhecimento da ilicitude do fato, é necessário, ainda, que o agente pudesse agir de outro modo. É necessário que esteja presente, portanto, a exigibilidade de conduta diversa.

A exigibilidade de conduta diversa é, assim, um juízo que se faz acerca da conduta do agente, para que se possa definir se, apesar de praticar um fato típico e ilícito, sendo imputável e conhecendo a ilicitude de sua conduta, o agente podia, ou não, agir de outro modo. Se se conclui que não era possível exigir do agente uma postura diferente, conforme o Direito, estará afastada a exigibilidade de conduta diversa, havendo neste caso o que se chama de **inexigibilidade** de conduta diversa.

Esse elemento da culpabilidade fundamenta duas causas de exclusão da culpabilidade:

- **Coação MORAL irresistível** – A coação moral irresistível, também chamada de “vis compulsiva” ocorre quando uma pessoa coage outra a praticar determinado crime, **sob a ameaça de lhe fazer algum mal grave**. Neste caso, aquele que age sob a ameaça atua em situação de coação moral irresistível, de forma que se entende que não era possível exigir de tal pessoa uma outra postura.

**EXEMPLO:** Alberto, mediante ameaça, obriga Poliana a furtar um veículo. Alberto afirma que se Poliana não realizar o furto, matará seu filho. Poliana, com medo de que Alberto cumpra a promessa e mate seu filho, pratica o furto e entrega o bem a Alberto. Nesse caso, a conduta de Poliana é um fato típico (furto) e ilícito (não há nenhuma causa de exclusão da ilicitude). Todavia, não se pode exigir de Poliana uma outra postura, pois está sob ameaça de um mal gravíssimo (morte do filho).

- **Obediência hierárquica** – Na obediência hierárquica o agente pratica o fato em cumprimento a uma ordem proferida por um superior hierárquico. Todavia, a **ordem não pode ser MANIFESTAMENTE ILEGAL**. Se aquele que cumpre a ordem sabe que está cumprindo uma ordem ilegal, responde pelo crime juntamente com aquele que deu a ordem. Se a ordem não é manifestamente ilegal, aquele que apenas a cumpriu estará acobertado pela excludente de culpabilidade da obediência hierárquica, em razão da inexigibilidade de conduta diversa.

**CUIDADO!** Nesse caso (obediência hierárquica), **só se aplica aos funcionários públicos**, não aos particulares!



Importante destacar **que somente a coação MORAL irresistível é que exclui a culpabilidade**. A coação **FÍSICA** irresistível **NÃO EXCLUI A CULPABILIDADE**. A coação **FÍSICA** irresistível **EXCLUI O FATO TÍPICO**, pois o fato não será típico por ausência de CONDUTA, já que não há vontade.

Na coação física, também chamada de “*vis absoluta*” o agente atua sem vontade, pois não controla seus próprios movimentos.

**EXEMPLO:** José e Pedro obrigam Paulo a matar Maria. Como Paulo se nega a apertar o gatilho, José e Pedro seguram Paulo à força e colocam a arma em sua mão, forçando o dedo de Paulo contra o gatilho. Maria é alvejada e morre. Neste caso, Paulo não teve vontade alguma, pois não controlava seus movimentos corporais. Seu dedo apertou o gatilho, mas não porque Paulo assim decidiu, mas porque José e Pedro exerceram coação física. Assim, Paulo não responde pela morte de Maria.

No caso de **coação moral irresistível o agente possui vontade**, embora esta vontade seja viciada, *prejudicada pela coação moral exercida contra o agente*, por isso o agente pratica fato típico e ilícito, mas tem sua culpabilidade afastada.

Na **coação física irresistível o agente NÃO possui vontade**, pois, como dito, não possui qualquer controle sobre seus movimentos corporais. Se o agente não controla os próprios movimentos corporais, não há conduta penalmente relevante, pois a conduta pressupõe o controle dos movimentos corporais pelo agente.



Assim, se você está elaborando a **peça prático-profissional** e está diante de uma resposta à acusação, por exemplo, o que faria no caso de coação física irresistível? E o que faria diante de uma situação de coação moral irresistível? Em ambos os casos, você **deverá pedir a absolvição sumária do cliente**. No caso de **coação física irresistível, absolvição sumária por atipicidade** (ausência de fato típico), na forma do art. 397, III do CPP. No caso de **coação moral irresistível, absolvição sumária pela presença de causa excludente de culpabilidade**, na forma do art. 397, II do CPP.

No caso de a peça **não ser resposta à acusação**, mas memoriais ou apelação, por exemplo, você deverá pleitear a absolvição (absolvição, não absolvição sumária, pois esta etapa já passou!) por atipicidade (art. 386, III do CPP) ou por ausência de culpabilidade (art. 386, VI do CPP), a depender de cada caso.

Percebam que não é só o pedido que muda a depender do momento processual, mas a fundamentação legal também!

## 6 ERRO

### 6.1 ERRO DE TIPO ESSENCIAL

Sabemos que o crime, em seu conceito analítico, é formado basicamente por três elementos: fato típico (para alguns, tipicidade, mas a nomenclatura aqui é irrelevante), ilicitude e culpabilidade.

Quando o agente comete um fato que se amolda perfeitamente à conduta descrita no tipo penal (direta ou indiretamente), temos um fato típico e, como disse, estará presente, portanto, a tipicidade.

Pode ocorrer, entretanto, que o agente pratique um fato típico por equívoco! Isso mesmo! **O agente pratica um fato considerado típico, mas o faz por ter incidido em erro sobre algum de seus elementos.**

O **erro de tipo** é a **representação errônea da realidade**, na qual o agente acredita não se verificar a presença de um dos elementos essenciais que compõem o tipo penal.

**EXEMPLO:** Imaginemos o crime de desacato:

Art. 331 - Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:  
Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Imaginemos que o agente desconhecesse a condição de funcionário público da vítima. Nesse caso, houve erro de tipo, pois o agente incidiu em **erro sobre elemento essencial do tipo penal.**

O **erro de tipo pode ocorrer, também, nos crimes omissivos impróprios (comissivos por omissão)**, pois o agente pode desconhecer sua condição de garantidor no caso concreto<sup>68</sup> (aquele que tem o dever de impedir o resultado).

<sup>68</sup> BITENCOURT, Op. cit., p. 512

**EXEMPLO:** Imagine que uma mãe presencie o estupro da própria filha, mas nada faça, por não verificar tratar-se de sua filha. Nesse caso, a mãe incidiu em erro de tipo, pois errou na representação da realidade fática acerca de elemento que constituía o tipo penal. Ou seja, não identificou que a vítima era sua filha, elemento este que faria surgir seu dever de intervir.



**ATENÇÃO!** Quando o erro incidir sobre **elemento normativo do tipo**<sup>69</sup>, há divergência na Doutrina! Parte entende que continua se tratando de erro de tipo. Outra parte da Doutrina entende que não se trata de erro de tipo, mas de erro de proibição, pois o agente estaria errando acerca da licitude do fato<sup>70</sup>. Exemplo: O art. 154 do CP diz o seguinte: *Art. 154 - Revelar alguém, **sem justa causa**, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.* Nesse caso, o elemento “sem justa causa” é elemento normativo do tipo. Se o médico revela um segredo do paciente para um parente, acreditando que este poderá ajudá-lo, e faz isso apenas para o bem do paciente, acreditando haver justa causa, quando na verdade o parente é um tremendo fofoqueiro que só quer difamar o paciente, o médico incorreu em erro de tipo, pois acreditava estar agindo com justa causa, que não havia. Porém, como disse a vocês, parte da doutrina entende que aqui se trata de erro de proibição. **Mas a teoria que prevalece é a de que se trata mesmo de erro de tipo.**

O erro de tipo pode ser:

- **Excusável** – Quando o agente não poderia conhecer, de fato, a presença do elemento do tipo. Exemplo: “A” entra numa loja e ao sair, verifica que esqueceu sua bolsa. Ao voltar, A encontra uma bolsa idêntica à sua, e a leva embora. Entretanto, “A” não sabia que essa bolsa era de “B”, que estava olhando revistas distraída, tendo sua bolsa sido levada por outra pessoa no momento em que saiu da loja pela primeira vez. Nesse caso, “A” não tinha como imaginar que alguém, em tão pouco tempo, haveria furtado sua bolsa e que outra pessoa deixaria no mesmo lugar uma bolsa idêntica. Nesse caso,

<sup>69</sup> Com relação a estes termos, CEZAR ROBERTO BITENCOURT os considera como “elementos normativos especiais da ilicitude”. Para o autor, elementos normativos seriam aqueles que demandam mero juízo de valor acerca de um objeto (saber que o documento falsificado é público, por exemplo, no crime de falsificação de documento público). Termos como “independentemente”, “sem justa causa”, etc., seriam antecipação da ilicitude do fato inseridas dentro do tipo penal. (BITENCOURT, Op. cit., p. 350). Fica apenas o registro, já que a Doutrina majoritária entende que tais expressões são elementos normativos do tipo penal. Ver, por todos: GOMES, Luiz Flavio. BIANCHINI, Alice. Op. cit., p. 211.

<sup>70</sup> BITENCOURT, Op. cit., p. 514/515



**“A” incorreu em erro de tipo escusável, pois não poderia, com um exercício mental razoável, saber que aquela não era sua bolsa.**

- **Inescusável** – Ocorre quando o agente incorre em erro sobre elemento essencial do tipo, mas **poderia, mediante um esforço mental razoável, não ter agido desta forma**. Exemplo: Imaginemos que Marcelo esteja numa repartição pública e acabe por desacatar funcionário público que lá estava. Marcelo não sabia que se tratava de funcionário público, mas mediante esforço mental mínimo poderia ter chegado a esta conclusão, analisando a postura da pessoa com quem falava e o que a pessoa fazia no local. Assim, Marcelo incorreu em erro de tipo inescusável, e responderia por crime culposo, caso houvesse previsão de desacato culposo (não há).

Assim, lembrem-se:



Pode ser que se utilize o termo **“Erro sobre elemento constitutivo do tipo penal”**. Eu prefiro essa nomenclatura, mas ela não é utilizada sempre.



INDO MAIS  
**FUNDO!**

**ATENÇÃO!** Existe, ainda, o que se convencionou chamar de “erro de tipo permissivo”. **O que é isso?** O erro de “tipo permissivo” é o erro sobre os pressupostos objetivos de uma causa de justificação (excludente de ilicitude). Assim, **o erro de “tipo permissivo” seria, basicamente, uma discriminante putativa por erro de fato** (erro sobre os pressupostos fáticos que autorizariam o agente a atuar amparado pela excludente de ilicitude).<sup>71</sup>

<sup>71</sup> Fala-se em “tipo permissivo” em razão da teoria dos elementos negativos do tipo, surgida na Alemanha no começo do século passado. Para esta teoria, **as causas de exclusão da ilicitude seriam elementos NEGATIVOS do tipo**. Ou seja, enquanto o “tipo incriminador” propriamente dito seria a descrição da conduta proibida, as excludentes de ilicitude corresponderiam a “ressalvas” à ilicitude da conduta. Desta forma, o que a Doutrina quis dizer foi que, basicamente, quando o art. 121 do CP diz que “matar alguém” é crime, ele na verdade quer dizer que “matar alguém é crime, exceto se houver alguma causa de justificação”.

Esta é uma teoria que conta com alguns adeptos e, independentemente disso, o fato é que o termo “erro de tipo permissivo” é largamente utilizado e, portanto, digno de nota!





A diferença entre erro de tipo e erro de proibição é **tema recorrente no exame da OAB**.

Nem sempre a FGV vai te pedir para conceituar um e outro, mas vai colocar no caso concreto (numa discursiva ou na peça) uma situação envolvendo erro de tipo e erro de proibição. Lembre-se de que as diferenças não são apenas acadêmicas, mas práticas:

No **erro de tipo inevitável** o agente não tem dolo nem culpa, logo, não há fato típico.

No **erro de proibição inevitável** o agente pratica fato típico e ilícito, mas não tem culpabilidade em razão da ausência de potencial consciência da ilicitude do fato. Logo, o fundamento para a absolvição, aqui, é o art. 386, VI do CPP, ou art. 397, II do CPP (no caso de absolvição sumária).

No caso de **erro de tipo EVITÁVEL**, o agente pode responder a título culposos, se houver previsão legal. Então, se o erro de tipo é evitável e há previsão do crime na forma culposa (ex.: homicídio), você não deve pedir a absolvição por este motivo (pode ser que haja outro fundamento para a absolvição, mas não esse), mas deve pedir o reconhecimento do erro de tipo evitável com a condenação na forma culposa do delito. Se embora seja um erro de tipo evitável, não há previsão do crime na forma culposa (ex.: furto), teremos um fato ATÍPICO, logo, você deverá pedir a absolvição por atipicidade (art. 386, III ou art. 397, III do CPP, este último no caso de absolvição sumária).

No caso de **erro de proibição EVITÁVEL**, o agente responde normalmente pelo crime praticado, mas com uma redução de pena de um sexto a um terço (1/6 a 1/3), na forma do art. 21 do CP, e você deve pleitear esta redução ao final das teses de mérito mais favoráveis.



**(FGV – 2018 – SEGUNDA FASE DO EXAME DA OAB – XXV EXAME)**

Rodrigo, pela primeira vez envolvido com o aparato judicial, foi condenado definitivamente, pela prática do crime de rixa, ao pagamento de pena exclusivamente de multa. Para pensar sobre as consequências de seu ato, vai para local que acredita ser deserto, onde há uma linda lagoa. Ao chegar ao local, após longa caminhada, depara-se com uma criança, sozinha, banhando-se, mas verifica que ela tem dificuldades para deixar a água e, então, começa a se afogar.



Apesar de ter conhecimento sobre a situação da criança, Rodrigo nada faz, pois não sabia nadar, logo acreditando que não era possível prestar assistência sem risco pessoal. Ao mesmo tempo, o local era isolado e não havia autoridades públicas nas proximidades, além de Rodrigo estar sem celular ou outro meio de comunicação para avisar sobre a situação. Cerca de 10 minutos depois, chega ao local Marcus, que, ao ver o corpo da criança na lagoa, entra na água e retira a criança já falecida. Nesse momento, Rodrigo verifica que a lagoa não era profunda e que a água batia na altura de sua cintura, não havendo risco pessoal para a prestação da assistência.

Após a perícia constatar a profundidade da lagoa, Rodrigo é denunciado pela prática do crime previsto no Art. 135, parágrafo único, do Código Penal. Não houve composição dos danos civis, e o Ministério Público não ofereceu proposta de transação penal, sob o argumento de que havia vedação legal diante da condenação de Rodrigo pela prática do crime de rixa.

Considerando apenas as informações narradas, responda, na condição de advogado(a) de Rodrigo, aos itens a seguir.

- (...)
- B) Qual argumento de direito material poderia ser apresentado em busca da absolvição do denunciado? Justifique. (Valor: 0,65)

### COMENTÁRIOS

Neste caso, houve erro de tipo, pois Rodrigo incorreu em erro sobre um dos elementos do tipo penal (art. 135 do CP), que é o elemento “sem risco pessoal”. Vejamos:

*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:*

*Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.*

Como se vê, Rodrigo acreditou que a Lagoa fosse funda, mas na realidade se tratava de uma Lagoa rasa, assim, Rodrigo se omitiu porque incorreu em erro sobre as circunstâncias fáticas.

O erro de tipo sempre exclui o dolo, mas permite a punição a título culposo se estivermos diante de erro evitável e desde que haja punição para o delito na forma culposa.

No caso da questão, ainda que se pudesse afirmar ter ocorrido erro EVITÁVEL, o crime de omissão de socorro não admite forma culposa, logo, o fato é atípico.



## 6.2 ERRO DE TIPO ACIDENTAL

O erro de tipo accidental nada mais é que um erro na execução do fato criminoso ou um desvio no nexos causal da conduta com o resultado<sup>72</sup>. Pode se apresentar de diversas formas:

### 6.2.1 Erro sobre a pessoa (*error in persona*)

Aqui o agente pratica o ato **contra pessoa diversa da pessoa visada**, por confundi-la com a pessoa que deveria ser o alvo do delito. Neste caso, o erro é irrelevante, pois **o agente responde como se tivesse praticado o crime CONTRA A PESSOA VISADA**. Essa previsão está no art. 20, §3º do CP.

Aqui o sujeito executa perfeitamente a conduta, ou seja, não existe falha na execução do delito. O erro está em momento anterior (na representação mental da vítima).

**Ex.:** João quer matar seu pai, pois está com raiva em razão da partilha dos bens de sua mãe. João fica na espreita e, quando vê uma pessoa chegar, acreditando ser seu pai, mira bem no crânio e lasca um balaço certeiro, fazendo com que a vítima caia desfalecida. Após, verifica que a pessoa não era seu pai, mas seu irmão.

Neste caso o agente responderá como se tivesse praticado o delito contra seu pai (pessoa visada) e não pelo homicídio contra seu irmão. Trata-se da **teoria da equivalência**.

### 6.2.2 Erro sobre o nexos causal

No erro sobre o nexos causal o agente alcança o resultado efetivamente pretendido, mas em razão de um nexos causal diferente daquele que o agente planejou. Pode ser de duas espécies:

#### 6.2.2.1 Erro sobre o nexos causal em sentido estrito

Aqui o agente, com um só ato, provoca o resultado pretendido (mas com nexos causal diferente).

**Ex.:** José dispara dois tiros contra Maria, visando sua morte. Maria, em razão dos disparos, cai na piscina, e morre por afogamento.

O agente responde pelo que efetivamente ocorreu (morte por afogamento).<sup>73</sup>

<sup>72</sup> GOMES, Luiz Flavio. BIANCHINI, Alice. Op. cit., p. 376

<sup>73</sup> Por todos, GOMES, Luiz Flavio. BIANCHINI, Alice. Curso de Direito Penal. JusPodivm. Salvador, 2015, p. 380



### 6.2.2.2 Dolo geral ou aberratio causae

Aqui temos o que se chama de **DOLO GERAL OU SUCESSIVO**. É o engano no que se refere ao meio de execução do delito. Ocorre quando o agente, acreditando já ter ocorrido o resultado pretendido, pratica outro ato, mas ao final verifica que este último foi o que provocou o resultado.

**Ex.:** O agente atira contra a vítima, visando sua morte. Acreditando que a vítima já morreu, atira o corpo num rio, visando sua ocultação. Mais tarde, descobre-se que esta última conduta foi a que causou a morte da vítima, por afogamento, pois ainda estava viva.

Embora, tenhamos dois crimes (um homicídio doloso tentado na primeira conduta e um homicídio culposo consumado na segunda conduta), a **Doutrina majoritária entende que o agente responde por apenas um crime, pelo crime originalmente previsto (homicídio doloso consumado<sup>74</sup>)**, tendo sido adotada a **TEORIA UNITÁRIA (ou princípio unitário)**.<sup>75</sup>

**Mas qual o nexa causal que se deve considerar? O pretendido ou o efetivamente ocorrido?** Embora não haja unanimidade, prevalece o entendimento de que deve o agente responder pelo nexa causal efetivamente ocorrido (e não pelo pretendido).<sup>76</sup>

### 6.2.3 Erro na execução (aberratio ictus)

Aqui o agente atinge pessoa diversa daquela que fora visada, não por confundi-la, mas por **ERRAR NA HORA DE EXECUTAR O DELITO**. Imagine que o agente, tentando acertar “A”, erre o tiro e acaba acertando “B”. No erro sobre a pessoa o agente não “erra o alvo”, ele “acerta o alvo”, mas o alvo foi confundido. **SÃO COISAS DIFERENTES!**

A *aberratio ictus* pode decorrer de **mero acidente** durante a execução do delito (não houve má execução pelo infrator, mas mero acidente).

**Ex.:** José deseja matar Maria. Sabendo que Maria usa seu carro todas as manhãs para ir ao trabalho, coloca uma bomba no veículo, que será acionada assim que for dada a partida no carro. Maria, contudo, não usa o carro naquele dia, e quem acaba ligando o veículo é seu marido, que vem a falecer em razão da bomba. Vejam que, aqui, o agente não errou na hora de executar o ato criminoso, mas acabou atingindo pessoa diversa em razão de acidente no curso da empreitada criminosa.

<sup>74</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Volume 1. Ed. Impetus. Niterói-RJ, 2015, p. 360

<sup>75</sup> Doutrina minoritária (mas muito importante) sustenta que o agente deva responder por dois crimes em concurso: homicídio doloso tentado (primeira conduta) + homicídio culposo consumado (segunda conduta). Trata-se da adoção da **teoria do desdobramento**.

<sup>76</sup> GOMES, Luiz Flavio. BIANCHINI, Alice. Curso de Direito Penal. JusPodivm. Salvador, 2015, p. 380/381



Nesse caso, assim como no erro sobre a pessoa, o agente responde pelo crime originalmente pretendido. Esta é a previsão do art. 73 do CP<sup>77</sup>.

No que tange às consequências, o erro na execução pode ser de duas ordens:

### 6.2.3.1 Erro sobre a execução com unidade simples (*Aberratio ictus* de resultado único)

O agente atinge somente a pessoa diversa daquela visada. Neste caso, responde como se tivesse atingido a pessoa visada (e não aquela efetivamente atingida), da mesma forma como ocorre no erro sobre a pessoa.

**EXEMPLO:** José quer lesionar Maria, e atira contra ela uma pedra. Todavia, erra o alvo e acaba acertando Paulo. Neste caso, José responde pela lesão corporal praticada. Todavia, devemos levar em consideração as condições pessoais de Maria, não as de Paulo, na hora de aplicar a pena. Assim, se Maria era a mãe de José, José terá sua pena agravada (crime praticado contra ascendente, art. 61, II, “e” do CP), mesmo não tendo atingido Maria.

### 6.2.3.2 Erro sobre a execução com unidade complexa (*Aberratio ictus* de resultado duplo)

O agente atinge a vítima não visada, mas **atinge também a vítima originalmente pretendida**. Nesse caso, responde pelos dois crimes, em **CONCURSO FORMAL**.

**EXEMPLO:** José quer lesionar Maria, e atira contra ela uma pedra. Todavia, além de acertar Maria, a pedra acaba acertando também Paulo, que passava na hora. Neste caso, José responde pelos dois crimes.

### 6.2.4 Erro sobre o crime ou resultado diverso do pretendido (*aberratio delicti* ou *aberratio criminis*)

Aqui o agente pretendia cometer um crime, mas, por acidente ou erro na execução, acaba cometendo outro. **Aqui há uma relação de pessoa x coisa (ou coisa x pessoa)**. Na *aberratio ictus* há uma relação de pessoa x pessoa. Pode ser de duas espécies:

#### 6.2.4.1 Com unidade simples

O agente atinge apenas o resultado NÃO PRETENDIDO. O agente responde apenas por um delito, da seguinte forma:

<sup>77</sup>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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)



- **Pessoa visada, coisa atingida** – Responde pelo dolo em relação à pessoa (tentativa de homicídio ou lesões corporais).

**Ex.:** José atira contra Maria, querendo sua morte. Contudo, erra na execução e acaba por atingir uma planta. Neste caso, José responde apenas pela tentativa de homicídio.

- **Coisa visada, pessoa atingida** – Responde apenas pelo resultado ocorrido em relação à pessoa.

**Ex.:** Imagine que alguém atire uma pedra num veículo parado, com o dolo de danificá-lo (art. 163 do CP). Entretanto, o agente erra o alvo e atinge o dono, que estava perto, causando-lhe a morte (art. 121, §3º do CP). Nesse caso, o agente acaba por cometer CRIME DIVERSO DO PRETENDIDO. Responderá apenas pelo crime praticado efetivamente (homicídio culposo).

#### 6.2.4.2 Com unidade complexa

O agente atinge tanto o alvo (coisa ou pessoa) quanto a coisa (ou pessoa) não pretendida. Aplica-se, neste caso, a mesma regra do erro na execução: atingindo ambos os bens jurídicos (o pretendido e o não pretendido) responderá por **AMBOS OS CRIMES, em CONCURSO FORMAL** (art. 70 do CP).<sup>78</sup>

**CUIDADO!** Se o agente visa atingir uma pessoa (lesões corporais, por exemplo) e, além de atingir a pessoa visada, acaba também quebrando uma vidraça, ele **NÃO** responde por lesões corporais dolosas + dano culposo, pois **NÃO HÁ CRIME DE DANO CULPOSO**.

#### 6.2.5 Erro sobre o objeto (error in objecto)

Aqui o agente incide em **erro sobre a COISA visada**, sobre o objeto material do delito.

**Ex.:** O agente pretende subtrair uma valiosa obra de arte. Entra à noite na residência mas acaba furtando um quadro de pequeno valor, por confundir com a obra pretendida.

O CP não previu esta hipótese de erro, mas diante de sua possibilidade fática, a Doutrina se debruçou sobre o tema. Uma vez ocorrendo erro sobre o objeto, não há qualquer relevância para

<sup>78</sup> GOMES, Luiz Flavio. BIANCHINI, Alice. Op. cit., p. 379

fins de afastamento do do dolo ou da culpa, bem como não se afasta a culpabilidade. **O agente responderá pelo delito.**

**Mas qual delito?** Neste caso, há divergência doutrinária. A doutrina majoritária, porém, sustenta que **o agente deve responder pela conduta efetivamente praticada** (independentemente da coisa visada). Assim, no exemplo anterior, o agente responderia pelo furto do quadro de pequeno valor (e não pelo furto da obra de arte valiosa).



De todos esses “erros acidentais”, o que mais nos interessa para a **segunda fase do exame da OAB** é a diferença entre erro sobre a pessoa e erro na execução, bem como as consequências de ambos. No erro sobre a pessoa o agente visualiza de forma equivocada o alvo, por isso atinge pessoa que não pretendia atingir. A execução é perfeita, a visualização prévia à execução que é defeituosa.

No erro na execução (*aberratio ictus*) o agente visualiza exatamente a pessoa que pretende atingir, mas, por erro ou acidente na execução, acaba atingindo pessoa diversa. A visualização prévia à execução é perfeita, mas a execução é defeituosa ou há acidente.

**Em ambos os casos, você NÃO deve pedir a absolvição de seu cliente**, não por estes motivos. A ocorrência de erro sobre a pessoa ou erro na execução não isenta de pena o agente.

Todavia, o agente responderá pelo crime como se tivesse atingido a pessoa VISADA (teoria da representação), ou seja, serão consideradas as condições pessoais da vítima que o agente pretendia atingir, e não as da vítima efetivamente atingida.

**Isso é muito relevante na DOSIMETRIA da pena**, pois geralmente a aplicação correta destas regras gera o afastamento de uma causa de aumento de pena ou agravante, ou a aplicação de uma causa de diminuição de pena ou atenuante.

### 6.3 ERRO DETERMINADO POR TERCEIRO

No erro de tipo o agente comete o erro “sozinho”, ou seja, não é induzido a erro por ninguém. **No erro determinado (ou provocado) por terceiro o agente erra porque alguém o induz a isso.**



Neste caso, só responde pelo delito aquele que provoca o erro. Entende-se que há, aqui, uma modalidade de autoria mediata, na qual o autor mediato (agente provocador) utiliza o autor imediato (agente provocado, aquele que comete o erro) como mero instrumento para seu intento criminoso.

**Ex.:** Determinado médico, querendo a morte do paciente, entrega à enfermeira (dolosamente) uma dose de veneno, e a induz a ministra-lo ao paciente, alegando tratar-se de um sedativo. A enfermeira, sem saber do que se trata, confiando no médico, ministra o veneno. O paciente morre. Neste caso, somente o médico (aquele que provocou o erro) responde pelo homicídio (neste caso, doloso). A enfermeira, em regra, não responde por crime algum, salvo se ficar demonstrado que agiu de forma negligente (por exemplo, se tinha plenas condições de saber que se tratava de veneno, ou se podia desconfiar das intenções do médico, etc.).

## 6.4 ERRO DE PROIBIÇÃO

A culpabilidade (terceiro elemento do conceito analítico de crime) é formada por alguns elementos, dentre eles, **a POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE**.

A **POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE** é a possibilidade de o agente, de acordo com suas características, conhecer o caráter ilícito do fato. Não se trata do parâmetro do *homem médio*, **MAS DE UMA ANÁLISE DA PESSOA DO AGENTE**.

Quando o agente age acreditando que sua conduta não é ilícita, comete **ERRO DE PROIBIÇÃO** (art. 21 do CP).

**O erro de proibição pode ser:**

- **Escusável** – Nesse caso, era impossível àquele agente, naquele caso concreto, saber que sua conduta era contrária ao Direito. Nesse caso, exclui-se a culpabilidade e o agente é isento de pena.
- **Inescusável** – Nesse caso, o erro do agente quanto à proibição da conduta não é tão perdoável, pois era possível, mediante algum esforço, entender que se tratava de conduta ilícita. Assim, permanece a culpabilidade, respondendo pelo crime, com **pena diminuída de um sexto a um terço** (conforme o grau de possibilidade de conhecimento da ilicitude).

**EXEMPLO:** Um cidadão, lá do interior, encontra um bem (relógio de ouro, por exemplo) e fica com ele para si. Entretanto, mal sabe ele que essa conduta é crime, previsto no CP (apropriação de coisa achada). Vejamos:

*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 15 (quinze) dias.*

Percebam que até mesmo uma pessoa de razoável intelecto é capaz de não conhecer a ilicitude desta conduta<sup>79</sup>. Assim, o agente, diferentemente do que ocorre no erro de tipo, **REPRESENTA PERFEITAMENTE A REALIDADE** (Sabe que a coisa não é sua, é uma coisa que foi perdida por alguém), mas **ACREDITA QUE A CONDUTA É LÍCITA**.

Imaginem, no mesmo exemplo, que o camarada que achou o relógio, na verdade, soubesse que não podia ficar com as coisas dos outros, mas acreditasse que o relógio era um relógio que ele tinha perdido horas antes (quando, na verdade, era o relógio de outra pessoa). Nesse caso, o agente sabia que não podia praticar a conduta de “se apropriar de coisa alheia perdida” (**Não há, portanto, erro de proibição**), mas acreditou que a coisa não era “alheia”, achando que fosse sua (erro de tipo). **Ficou clara a diferença?**



O erro de proibição pode ser direto (que é a hipótese mencionada) ou indireto. O **erro de proibição indireto ocorre quando o agente atua acreditando que existe uma causa de justificação que o ampare**. Contudo, não confundam o erro de proibição indireto com o erro de tipo permissivo. Ambos se referem à existência de uma causa de justificação (excludente de ilicitude), mas há uma diferença fundamental entre eles:

- **Erro de tipo permissivo** – O agente atua acreditando que, no caso concreto, estão presentes os requisitos fáticos que caracterizam a causa de justificação e, portanto, sua conduta seria justa. Ex.: José atira contra seu filho, de madrugada, pois acreditava tratar-se de um ladrão (acreditava que as circunstâncias fáticas autorizariam agir em legítima defesa).
- **Erro de proibição indireto** – O agente **atua acreditando que existe, EM ABSTRATO, alguma discriminante (causa de justificação) que autorize sua conduta**. Trata-se de erro sobre a existência e/ou limites de uma causa de justificação em abstrato. Erro,

<sup>79</sup> Não se exige que o agente conheça EXATAMENTE a tipificação penal de sua conduta, bastando que ele saiba que sua conduta é ilícita. Assim, se o agente pratica uma determinada conduta que sabe ser ilícita (embora não saiba a qual crime se refere), NÃO HÁ ERRO DE PROIBIÇÃO. Haveria, aqui, o que se chama de “erro de subsunção”, que é irrelevante para fins de determinação da responsabilidade penal do agente. Isso ocorre porque não se exige do agente que saiba EXATAMENTE a que tipo penal corresponde sua conduta. Basta que se verifique ser possível ao agente, de acordo com suas características pessoais e sociais, saber que sua conduta é ilícita (Isso é o que se chama de **VALORAÇÃO PARALELA NA ESFERA DO PROFANO, OU DO LEIGO**).

portanto, sobre o ordenamento jurídico<sup>80</sup>. Ex.: José encontra-se num barco que está a naufragar. Como possui muitos pertences, precisa de dois botes, um para se salvar e outro para salvar seus bens. Contudo, Marcelo também está no barco e precisa salvar sua vida. José, no entanto, agride Marcelo, impedindo-o de entrar no segundo bote, já que tinha a intenção de utilizá-lo para proteger seus bens. Neste caso, José não representou erroneamente a realidade fática (sabia exatamente o que estava se passando). José, contudo, errou quanto aos limites da causa de justificação (estado de necessidade), que não autoriza o sacrifício de um bem maior (vida de Marcelo) para proteger um bem menor (pertences de José).



HORA DE  
**PRATICAR!**

### (FGV – 2012 – OAB – VII EXAME DE ORDEM)

Larissa, senhora aposentada de 60 anos, estava na rodoviária de sua cidade quando foi abordada por um jovem simpático e bem vestido. O jovem pediu-lhe que levasse para a cidade de destino, uma caixa de medicamentos para um primo, que padecia de grave enfermidade. Inocente, e seguindo seus preceitos religiosos, a Sra. Larissa atende ao rapaz: pega a caixa, entra no ônibus e segue viagem. Chegando ao local da entrega, a senhora é abordada por policiais que, ao abrirem a caixa de remédios, verificam a existência de 250 gramas de cocaína em seu interior. Atualmente, Larissa está sendo processada pelo crime de tráfico de entorpecente, previsto no art. 33 da lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Considerando a situação acima descrita e empregando os argumentos jurídicos apropriados e a fundamentação legal pertinente, responda: qual a tese defensiva aplicável à Larissa?

**COMENTÁRIOS:** A principal tese defensiva a ser utilizada em favor de Larissa é a tese de que teria havido erro de tipo.

Isso porque Larissa incidiu em erro sobre um dos elementos do tipo penal, qual seja, a condição de substância entorpecente da mercadoria, pois acreditava que se tratava de uma caixa de medicamentos.

Aplica-se, portanto, o art. 20 do CP, afastando-se o dolo.

## 6.5 DESCRIMINANTE PUTATIVA X DELITO PUTATIVO

Não se deve confundir discriminante putativa com delito putativo.

<sup>80</sup> BITENCOURT, Op. cit., p. 524/525



As **discriminantes putativas** são quaisquer situações nas quais o agente incida em erro por acreditar que está presente uma situação que, se de fato existisse, tornaria sua ação legítima (a doutrina majoritária limita estes casos às excludentes de ilicitude).

**EXEMPLO:** Imagine que o agente está numa casa de festas e ouça gritos de “fogo”! Supondo haver um incêndio, corre atropelando pessoas, agredindo quem está na frente, para poder se salvar. Na verdade, tudo não passava de um trote. Nesse caso, o agente agrediu pessoas (moderadamente, é claro), para se salvar, supondo haver uma situação que, se existisse (incêndio) justificaria a sua conduta (estado de necessidade). Dessa forma, há uma discriminante putativa por estado de necessidade putativo (discriminante putativa).

No delito putativo acontece exatamente o oposto do que ocorre no erro de tipo, no erro de proibição e nas discriminantes putativas (seja de que natureza forem). O **agente acredita que está cometendo o crime**, quando, na verdade, **está cometendo um INDIFERENTE PENAL**.

**EXEMPLO:** Um cidadão, sem querer, esbarra no carro de um terceiro, causando danos no veículo. Com medo de ser preso, foge. Na verdade, ele acredita que está cometendo crime de **DANO CULPOSO**, mas não sabe que o **CRIME DE DANO CULPOSO NÃO EXISTE. Portanto, há, aqui, DELITO PUTATIVO.**

#### DESCRIMINANTES PUTATIVAS X DELITO PUTATIVO

<b>DESCRIMINANTES PUTATIVAS</b>	Agente acredita não estar cometendo crime algum, por incidir em erro. Contudo, <b>está praticando uma conduta típica e ilícita.</b>
<b>DELITO PUTATIVO</b>	<b>Agente comete um INDIFERENTE PENAL</b> , mas acredita estar praticando crime.

## 7 EXERCÍCIOS DA AULA



### 01. (FGV – 2018 – SEGUNDA FASE DO EXAME DA OAB – XXV EXAME)

Rodrigo, pela primeira vez envolvido com o aparato judicial, foi condenado definitivamente, pela prática do crime de rixa, ao pagamento de pena exclusivamente de multa. Para pensar sobre as



consequências de seu ato, vai para local que acredita ser deserto, onde há uma linda lagoa. Ao chegar ao local, após longa caminhada, depara-se com uma criança, sozinha, banhando-se, mas verifica que ela tem dificuldades para deixar a água e, então, começa a se afogar.

Apesar de ter conhecimento sobre a situação da criança, Rodrigo nada faz, pois não sabia nadar, logo acreditando que não era possível prestar assistência sem risco pessoal. Ao mesmo tempo, o local era isolado e não havia autoridades públicas nas proximidades, além de Rodrigo estar sem celular ou outro meio de comunicação para avisar sobre a situação. Cerca de 10 minutos depois, chega ao local Marcus, que, ao ver o corpo da criança na lagoa, entra na água e retira a criança já falecida. Nesse momento, Rodrigo verifica que a lagoa não era profunda e que a água bateria na altura de sua cintura, não havendo risco pessoal para a prestação da assistência.

Após a perícia constatar a profundidade da lagoa, Rodrigo é denunciado pela prática do crime previsto no Art. 135, parágrafo único, do Código Penal. Não houve composição dos danos civis, e o Ministério Público não ofereceu proposta de transação penal, sob o argumento de que havia vedação legal diante da condenação de Rodrigo pela prática do crime de rixa.

Considerando apenas as informações narradas, responda, na condição de advogado(a) de Rodrigo, aos itens a seguir.

(...)

B) Qual argumento de direito material poderia ser apresentado em busca da absolvição do denunciado? Justifique. (Valor: 0,65)

## **02. (FGV - OAB - XI EXAME DE ORDEM - PROVA DISCURSIVA)**

O Ministério Público ofereceu denúncia contra Lucile, imputando-lhe a prática da conduta descrita no Art. 155, caput, do CP. Narrou a inicial acusatória que, no dia 18/10/2012, Lucile subtraiu, sem violência ou grave ameaça, de um grande estabelecimento comercial do ramo de venda de alimentos dois litros de leite e uma sacola de verduras, o que totalizou a quantia de R\$10,00 (dez reais). Todas as exigências legais foram satisfeitas: a denúncia foi recebida, foi oferecida suspensão condicional do processo e foi apresentada resposta à acusação.

O magistrado, entretanto, após convencer-se pelas razões invocadas na referida resposta à acusação, entende que a fato é atípico.

Nesse sentido, tendo como base apenas as informações contidas no enunciado, responda, justificadamente, aos itens a seguir.

A) O que o magistrado deve fazer? Indique o fundamento legal.

B) Qual é o elemento ausente que justifica a alegada atipicidade?

## **03. (FGV - OAB - IX EXAME DE ORDEM - PROVA DISCURSIVA)**

Wilson, extremamente embriagado, discute com seu amigo Junior na calçada de um bar já vazio pelo avançado da hora. A discussão torna-se acalorada e, com intenção de matar, Wilson desfere quinze facadas em Junior, todas na altura do abdômen. Todavia, ao ver o amigo gritando de dor e esvaindo-



se em sangue, Wilson, desesperado, pega um taxi para levar Junior ao hospital. Lá chegando, o socorro é eficiente e Junior consegue recuperar-se das graves lesões sofridas.

Analise o caso narrado e, com base apenas nas informações dadas, responda, fundamentadamente, aos itens a seguir.

A) É cabível responsabilizar Wilson por tentativa de homicídio?

B) Caso Junior, mesmo tendo sido socorrido, não se recuperasse das lesões e viesse a falecer no dia seguinte aos fatos, qual seria a responsabilidade jurídico-penal de Wilson?

#### **04. (FGV - OAB - XII EXAME DE ORDEM - PROVA DISCURSIVA)**

Félix, objetivando matar Paola, tenta desferir-lhe diversas facadas, sem, no entanto, acertar nenhuma. Ainda na tentativa de atingir a vítima, que continua a esquivar-se dos golpes, Félix, aproveitando-se do fato de que conseguiu segurar Paola pela manga da camisa, empunha a arma. No momento, então, que Félix movimentava seu braço para dar o golpe derradeiro, já quase atingindo o corpo da vítima com a faca, ele opta por não continuar e, em seguida, solta

Paola, que sai correndo sem ter sofrido sequer um arranhão, apesar do susto.

Nesse sentido, com base apenas nos dados fornecidos, poderá Félix ser responsabilizado por tentativa de homicídio?

Justifique.

#### **05. (FGV – 2012 – OAB – VI EXAME DE ORDEM)**

Ao chegar a um bar, Caio encontra Tício, um antigo desafeto que, certa vez, o havia ameaçado de morte. Após ingerir meio litro de uísque para tentar criar coragem de abordar Tício, Caio partiu em sua direção com a intenção de cumprimentá-lo. Ao aproximar-se de Tício, Caio observou que seu desafeto bruscamente pôs a mão por debaixo da camisa, momento em que achou que Tício estava prestes a sacar uma arma de fogo para vitimá-lo. Em razão disso, Caio imediatamente munuiu-se de uma faca que estava sobre o balcão do bar e desferiu um golpe no abdome de Tício, o qual veio a falecer. Após análise do local por peritos do Instituto de Criminalística da Polícia Civil, descobriu-se que Tício estava tentando apenas pegar o maço de cigarros que estava no cós de sua calça.

Considerando a situação acima, responda aos itens a seguir, empregando os argumentos jurídicos apropriados e a fundamentação legal pertinente ao caso.

a) Levando-se em conta apenas os dados do enunciado, Caio praticou crime? Em caso positivo, qual? Em caso negativo, por que razão?

b) Supondo que, nesse caso, Caio tivesse desferido 35 golpes na barriga de Tício, como deveria ser analisada a sua conduta sob a ótica do Direito Penal?

#### **06. (FGV – 2012 – OAB – VII EXAME DE ORDEM)**

Larissa, senhora aposentada de 60 anos, estava na rodoviária de sua cidade quando foi abordada por um jovem simpático e bem vestido. O jovem pediu-lhe que levasse para a cidade



de destino, uma caixa de medicamentos para um primo, que padecia de grave enfermidade. Inocente, e seguindo seus preceitos religiosos, a Sra. Larissa atende ao rapaz: pega a caixa, entra no ônibus e segue viagem. Chegando ao local da entrega, a senhora é abordada por policiais que, ao abrirem a caixa de remédios, verificam a existência de 250 gramas de cocaína em seu interior. Atualmente, Larissa está sendo processada pelo crime de tráfico de entorpecente, previsto no art. 33 da lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Considerando a situação acima descrita e empregando os argumentos jurídicos apropriados e a fundamentação legal pertinente, responda: qual a tese defensiva aplicável à Larissa?



# 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.