

Universidade do Sul de Santa Catarina

Introdução ao Direito Penal



UnisulVirtual

Universidade do Sul de Santa Catarina

Introdução ao Direito Penal

UnisulVirtual

Palhoça, 2013

Créditos

Universidade do Sul de Santa Catarina – Unisul

Reitor
Ailton Nazareno Soares
Vice-Reitor
Sebastião Salésio Herdt
Chefe de Gabinete da Reitoria
Willian Máximo

Pró-Reitor de Ensino e Pró-Reitor de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação
Mauri Luiz Heerd
Pró-Reitor de Desenvolvimento e Inovação Institucional
Valter Alves Schmitz Neto

Diretora do Campus Universitário de Tubarão
Milene Pacheco Kindermann
Diretor do Campus Universitário Grande Florianópolis
Hércules Nunes de Araújo
Diretor do Campus Universitário UnisulVirtual
Moacir Heerd

Campus Universitário UnisulVirtual

Gerente de Administração Acadêmica
Angelita Marçal Flores
Secretária de Ensino a Distância
Samara Josten Flores
Gerente Administrativo e Financeiro
Renato André Luz
Gerente de Ensino, Pesquisa e Extensão
Roberto Iunskovski
Coordenadora da Biblioteca
Salete Cecília de Souza
Gerente de Desenho e Desenvolvimento de Materiais Didáticos
Márcia Loch
Coordenadora do Desenho Educacional
Cristina Klipp de Oliveira

Coordenadora da Acessibilidade
Vanessa de Andrade Manoel
Gerente de Logística
Jeferson Cassiano Almeida da Costa
Gerente de Marketing
Eliza Bianchini Dallanhol
Coordenadora do Portal e Comunicação
Cátia Melissa Silveira Rodrigues
Gerente de Produção
Arthur Emmanuel F. Silveira
Coordenador do Design Gráfico
Pedro Paulo Teixeira
Coordenador do Laboratório Multimídia
Sérgio Giron
Coordenador de Produção Industrial
Marcelo Bitencourt

Coordenadora de Webconferência
Carla Feltrin Raimundo
Gerência Serviço de Atenção Integral ao Acadêmico
Maria Isabel Aragon
Assessor de Assuntos Internacionais
Murilo Matos Mendonça
Assessora para DAD - Disciplinas a Distância
Patrícia da Silva Meneghel
Assessora de Inovação e Qualidade da EaD
Dênia Falcão de Bittencourt
Assessora de relação com Poder Público e Forças Armadas
Adenir Siqueira Viana
Walter Félix Cardoso Junior
Assessor de Tecnologia
Osmar de Oliveira Braz Júnior

Unidades de Articulação Acadêmica (UnA)

Educação, Humanidades e Artes

Marciel Evangelista Cataneo
Articulador

Graduação

Jorge Alexandre Nogared Cardoso
Pedagogia

Marciel Evangelista Cataneo
Filosofia

Maria Cristina Schweitzer Veit
Docência em Educação Infantil, Docência em Filosofia, Docência em Química, Docência em Sociologia

Rose Clér Estivaleta Beche
Formação Pedagógica para Formadores de Educação Profissional.

Pós-graduação

Daniela Ernani Monteiro Will
Metodologia da Educação a Distância
Docência em EAD

Karla Leonora Dahse Nunes
História Militar

Ciências Sociais, Direito, Negócios e Serviços

Roberto Iunskovski
Articulador

Graduação

Aloísio José Rodrigues
Serviços Penais

Ana Paula Reusing Pacheco
Administração

Bernardino José da Silva
Gestão Financeira

Dilsa Mondardo
Direito

Itamar Pedro Bevilaqua
Segurança Pública

Janaína Baeta Neves
Marketing

José Onildo Truppel Filho
Segurança no Trânsito

Joseane Borges de Miranda
Ciências Econômicas

Luiz Guilherme Buchmann Figueiredo
Turismo

Maria da Graça Poyer
Comércio Exterior

Moacir Fogaça
Logística
Processos Gerenciais

Nélio Herzmann
Ciências Contábeis

Onei Tadeu Dutra
Gestão Pública

Roberto Iunskovski
Gestão de Cooperativas

Pós-graduação

Aloísio José Rodrigues
Gestão de Segurança Pública

Danielle Maria Espezim da Silva
Direitos Difusos e Coletivos

Giovani de Paula
Segurança

Letícia Cristina B. Barbosa
Gestão de Cooperativas de Crédito

Sidenir Niehuns Meurer

Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública.

Thiago Coelho Soares

Programa de Pós-Graduação em Gestão Empresarial

Produção, Construção e Agro-indústria

Diva Marília Flemming
Articulador

Graduação

Ana Luísa Mülbet
Gestão da Tecnologia da Informação

Charles Odair Cesconetto da Silva
Produção Multimídia

Diva Marília Flemming
Matemática.

Ivete de Fátima Rossato
Gestão da Produção Industrial

Jairo Afonso Henkes
Gestão Ambiental.

José Carlos da Silva Júnior
Ciências Aeronáuticas

José Gabriel da Silva
Agronegócios

Mauro Faccioni Filho
Sistemas para Internet

Pós-graduação

Luiz Otávio Botelho Lento
Gestão da Segurança da Informação.

Vera Rejane Niedersberg Schuhmacher
Programa em Gestão de Tecnologia da Informação

Priscila de Azambuja Tagliari

Introdução ao Direito Penal

Livro didático

Designer instrucional
Luiz Henrique Queriquelli

UnisuVirtual
Palhoça, 2013

**Copyright ©
UnisulVirtual 2013**

Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida por qualquer meio sem a prévia autorização desta instituição.

Livro Didático

Professora conteudista

Priscila de Azambuja Tagliari

Designer instrucional

Luiz Henrique Queriquelli

Projeto gráfico e capa

Equipe UnisulVirtual

Diagramadora

Jordana Paula Schulka

Revisora

Amaline Boulos Issa Mussi

ISBN

978-85-7817-574-0

341.5

T14 Tagliari, Priscila de Azambuja

Introdução ao direito penal : livro didático / Priscila de Azambuja Tagliari ; design instrucional Luiz Henrique Queriquelli. – Palhoça : UnisulVirtual, 2013.

181 p. : il. ; 28 cm.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-7817-574-0

1. Direito penal – Brasil. I. Queriquelli, Luiz Henrique. II. Título.

Sumário

Introdução | 7

Capítulo 1

Noções introdutórias sobre o Direito Penal | 9

Capítulo 2

Teoria da norma penal | 27

Capítulo 3

Teoria do crime | 59

Capítulo 4

Do crime | 87

Capítulo 5

Culpabilidade | 129

Capítulo 6

Concurso de pessoas | 153

Considerações Finais | 175

Referências | 177

Sobre a Professora Conteudista | 181

Introdução

Prezado/a aluno/a,

A partir de agora, você iniciará o estudo de um dos temas mais antigos da história do pensamento jurídico, o qual vem atravessando séculos e gerações, e que, cada vez mais, faz parte da nossa sociedade: o Direito punitivo, conhecido por Direito Penal.

O Direito Penal tem servido como um dos instrumentos das sociedades modernas em busca de ordem política, jurídica e social. Sua finalidade é a conciliação social, na medida em que preserva e resgata valores humanos fundamentais, criminalizando e sancionando as condutas transgressoras mais relevantes e de maior gravidade social, exigindo, portanto, uma resposta, a pena, que encontra seu ponto de apoio na consciência jurídico-social: na coletividade.

A questão da responsabilidade penal é um fenômeno que vem atravessando séculos, e as sociedades têm encontrado dificuldades para descobrir outros meios ou instrumentos de conciliação, mediação e pacificação social que se desgarrem da cultura punitiva.

A lei penal é a base de nosso estudo de Introdução ao Direito Penal, e o Código Penal é, certamente, a legislação mais importante nesta seara.

Para início de estudo, você será levado/a a compreender a finalidade do Direito Penal como forma de controle social. Também obterá noções fundamentais para compreender o fenômeno penal, identificará os momentos mais relevantes na evolução histórica da ciência penal até o advento da Constituição Federal de 88 e conhecerá alguns problemas abordados pela Criminologia e suas escolas.

Um ponto muito importante que será tratado ao longo desta unidade de aprendizagem são os princípios que regem toda a parte introdutória do Direito Penal, princípios estes que devem ser analisados e respeitados. Você conhecerá a teoria geral do crime e suas correntes, a forma como os crimes são classificados pela doutrina e as hipóteses de exclusão de tipicidade e antijuridicidade. Serão apresentadas também as questões de imputabilidade penal, uma vez que esta será um motivo, entre outros, de exclusão da culpabilidade. Por fim, identificará as formas de concurso de pessoas na autoria de um crime, para que possa aplicar a sanção adequada, de acordo com a conduta de cada participante.

A unidade de aprendizagem Introdução ao Direito Penal, enfim, pretende conduzi-lo/a pela área de Direito Penal, de modo a permitir-lhe compreender como este ramo jurídico visa à proteção da sociedade e à prevenção de crimes através de suas normatizações. Considerando que diariamente temos notícias de condutas perturbadoras à sociedade, é imprescindível fazer uma boa introdução a este tema atual e instigante.

Um excelente início de estudos a você!

Prof.^a Priscila de Azambuja Tagliari

Capítulo 1

Noções introdutórias sobre o Direito Penal

Habilidades

Este primeiro capítulo desenvolverá em você a habilidade de compreender o Direito Penal como uma forma de controle social e, mais, o aparato que compõe este sistema. Ao fim do seu estudo, você também estará apto/a a identificar o momento histórico de criação do Código Penal e compreender a necessidade de sua adequação ao modelo advindo com a Constituição Federal de 1988. Por fim, poderá compreender a ciência da Criminologia e os movimentos de política criminal.

Seções de estudo

Seção 1: Conceito de Direito Penal

Seção 2: Direito Penal objetivo e subjetivo e Direito Penal comum e especial

Seção 3: Caráter científico do Direito Penal, da Criminologia e das Políticas Criminais

Seção 4: Escolas Penais

Seção 5: História do Direito Penal no Brasil

Seção 1

Conceito de Direito Penal

O Direito Penal constitui um dos instrumentos utilizados pelas sociedades modernas para garantir a ordem política, jurídica e social. Sua finalidade é a conciliação social, na medida em que preserva e resgata valores humanos fundamentais, criminalizando e sancionando aquelas condutas consideradas mais relevantes e de maior gravidade social, exigindo, portanto, uma resposta – a pena – que encontra seu ponto de apoio na consciência jurídico-social, na coletividade. A questão da responsabilidade penal é um fenômeno que tem atravessado séculos, e as sociedades têm encontrado dificuldades em descobrir outros meios ou instrumentos de conciliação, mediação e pacificação social, que se desgarem da cultura punitiva.

O Direito Penal faz parte da história dos povos; ele sempre se fez presente, ainda que em agrupamentos primitivos, uma vez que toda organização social já existente trouxe consigo normas de convivência (STRATENWERTH apud ESTEFAN, 2012, p. 35). Antes mesmo da existência do Estado, nas sociedades de estruturas familiares, havia penas que eram infligidas aos membros que perturbavam a paz e a vida daquela sociedade. Estas sanções tinham conotações vingativas e caráter sacro, “na medida em que, na consciência dos povos, a paz (fim maior) encontrava-se sob a proteção dos deuses, de modo que a vingança (reação contrária da paz) fundamentava-se em preceitos divinos.” (ESTEFAN, 2012, p. 36).

Com o passar dos tempos e com a evolução da espécie, paulatinamente, a pena passa a assumir uma nota de moderação, abandonando a ideia de reação rigorosa e desmedida, e dando espaço a sanções proporcionais. O surgimento do Estado contribuiu para uma mudança de enfoque. O Direito Penal, em nome da convivência pacífica, colocou-se acima dos grupos familiares e suas crenças. Embora ainda atrelado ao conceito de vingança, visa também à pacificação social e à prevenção geral através de suas sanções (ESTEFAN, 2012, p. 36).

A partir de então, o Direito Penal apresenta-se como o ramo do direito público que define as infrações penais, as ações e omissões delitivas e estabelece determinada consequência jurídica.



Para Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 3), “o direito penal é o setor do ordenamento jurídico que define crime, comina penas e prevê medidas de segurança aplicáveis aos autores das condutas incriminadoras.”

O Direito Penal tem a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e danosos à coletividade, que colocam em risco valores fundamentais para a convivência social, e cominar consequências a estas ações, além de estabelecer todas as regras complementares para sua correta aplicação.

Segundo André Estefan:

[...] o Direito Penal é o ramo do Direito que se encarrega de regular os fatos humanos mais perturbadores da vida social, definindo-os quanto à sua extensão e consequências, de modo a assegurar, por meio da aplicação efetiva de suas prescrições, a vigência da norma e as expectativas normativas. (ESTEFAN, 2012, p. 38).

Estabelece regras para a sua imposição, evitando o arbítrio. Busca a justiça igualitária e adéqua os dispositivos legais aos princípios constitucionais.

Para Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 15), o Direito Penal:

É o ramo do Direito que abrange a tutela estatal dos principais bens jurídicos, elegendo como sanção a quem infringir suas normas, a pena. Trata-se da única opção legítima de coerção à liberdade individual, devendo ser utilizada como última opção (*ultima ratio*). Serve, ainda, como limitador do poder punitivo do Estado, por meio da tipicidade incriminadora, evitando-se abusos indevidos à esfera da liberdade e da dignidade humana.

Assim, o Direito Penal é um instrumento jurídico de controle social das condutas graves para a vida em sociedade, que diz respeito à proteção dos bens jurídicos fundamentais. Bem jurídico é um interesse lícito que, para sua proteção, merece ser tutelado, protegido pelo legislativo. A respeito do assunto, Nucci (2012, p. 15) afirma: “Constitui **bem jurídico penal** quando a esfera de proteção descola-se ao campo do Direito Penal, implicando violação passível de aplicação de pena.”

O autor Júlio Fabrini Mirabete (2004, p. 23) apresenta em sua obra algumas definições retiradas das obras de vários autores consagrados a respeito do Direito Penal:

Basileu Garcia: “é o conjunto de normas jurídicas que o Estado estabelece para combater o crime, através das penas e medidas de segurança.”

E. Magalhães Noronha: “é o conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, tendo em vista os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem pratica.”

José Frederico Marques: “é o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade de medida de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado.”

Luis Jiménez de Asúa: “é o conjunto de normas e disposições jurídicas que regulam o exercício do poder sancionador e preventivo do Estado, estabelecendo o conceito de crime como pressuposto da ação estatal, assim como a responsabilidade do sujeito ativo, e associando à infração da norma uma pena finalista ou medida de segurança.”

A legislação penal no Brasil está contida no Código Penal (Decreto Lei n. 2.848/40), e sua parte geral foi alterada pela Lei n. 7.209/84.

Seção 2

Direito Penal objetivo e subjetivo e Direito Penal comum e especial

2.1 Direito Penal objetivo e subjetivo

O **Direito Penal objetivo** é um conjunto de normas constituído de princípios e regras que definem os delitos, as sanções correspondentes — pena ou medida de segurança — e orientam como aplicá-las.



Nas palavras de Luiz Regis Prado (2005, p. 21): “Em sede objetiva, o Direito Penal é um conjunto de normas que definem os delitos e as sanções que lhes correspondem, orientando também, sua aplicação.”

Por sua vez, o **Direito Penal subjetivo** cuida do direito de punir (princípio da soberania) do Estado: trata-se da faculdade de impor sanções diante do delito (*ius puniendi*). Conforme André Estefan (2012, p. 39), é “o direito que o Estado possui de exigir que as pessoas se abstenham de praticar uma conduta definida como infração penal (direito de punir em abstrato) e de exigir do infrator que se submeta às consequências da infração (direito de punir concreto).”

O direito subjetivo surge do bojo do próprio Direito Penal objetivo. Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 38):

O Direito Penal subjetivo, isto é, o direito de punir, é limitado pelo próprio Direito Penal objetivo, que, através das normas penais positivadas, estabelece os limites da atuação estatal na prevenção e persecução de delitos. Além disso, o exercício do *ius puniendi* está limitado por uma série de princípios e garantias asseguradoras constitucionalmente [...]

Em suma, o Direito Penal objetivo é o conjunto de normas que regula a ação do Estado, sendo este o responsável por definir os crimes e cominar as penas. Com a função de promover o bem comum, combatendo a criminalidade, o Estado tem o direito de estabelecer e aplicar as sanções, uma vez que é o único e exclusivo titular do direito de punir (*ius puniendi*), que constitui o que se denomina Direito Penal subjetivo.

O direito de punir, todavia, não é arbitrário, mas limitado pelo próprio Estado, que elabora as normas que o constituem. Somente a lei pode definir e estabelecer o que é proibido penalmente e quais são as sanções aplicáveis aos autores dos fatos definidos na legislação como infrações penais. (MIRABETE, 2004, p. 25-26).

2.2 Direito Penal comum e especial

Para melhor distinguir o Direito Penal comum e o Direito Penal especial, é útil recorrer aos órgãos que devem aplicá-los jurisdicionalmente, isto é, cada qual depende do grupo de órgãos judiciários que aplicam a norma. Assim, o Direito Penal comum se dá quando a norma penal objetiva pode ser aplicada através da norma comum. Por sua vez, o Direito Penal especial é aplicado por órgãos especiais, constitucionalmente previstos.

No Brasil, segundo este preceito, temos Direito Penal comum, Direito Penal militar e Direito Penal eleitoral, sendo estes dois últimos órgãos especializados, com estrutura própria e jurisdição específica. No entanto, Frederico Marques e Damásio de Jesus (apud BITENCOURT, 2012, p. 39) não concordam que o Direito Penal eleitoral configure Direito Penal especial. Marques alega que a competência da Justiça Eleitoral para julgar crimes eleitorais é acessória. O doutrinador Damásio (ibid.) alega que quase a totalidade dos juízes eleitorais é pertencente à Justiça Comum. Nas palavras de Roberto Lyra (1946, p. 52), Direito Penal especial se define como uma “especificação, um complemento do direito comum, com um corpo autônomo de princípios, com espírito e diretrizes próprias.”

A legislação penal comum está representada pelo Código Penal Brasileiro em sua Parte Geral (Art. 1 a 120) e em sua Parte Especial (Art. 121 a 361), cuja aplicação incumbe à Justiça Comum. A legislação penal especial é a legislação penal extravagante — Leis, Decretos e Decretos-Lei.

Seção 3

Caráter científico do Direito Penal, da Criminologia e das Políticas Criminais

A ciência do Direito Penal é uma disciplina **dogmática**, uma vez que não busca estudar o crime como fenômeno social, e sim estudar as normas (Direito Positivo) a que todos devem obediência. O Direito Penal tem como método científico o método técnico-jurídico, a fim de buscar o conhecimento da norma, seu alcance e interpretação. (MARINHO; FREITAS, 2009, p. 10). Esta ciência normativa do “dever ser”, que tem caráter dogmático, estuda o Direito do ponto de vista jurídico, não se preocupando com as causas, consequências e com meios de controle.

Para Fragoso (2006, p. 18):

A ciência do Direito Penal, também chamada Dogmática Jurídico-Penal, é a disciplina que estuda o conteúdo daquela disposição que, na ordem jurídica positiva, constitui o Direito Penal. A ciência do Direito Penal não se distingue das disciplinas jurídicas que estudam os outros ramos do direito, senão pela natureza das normas que lhe constituem o objeto, podendo afirmar-se que, realmente, existe uma só ciência do direito, bem como um único método de pesquisa e reconstrução lógica (Filippo Grispigni). A ciência do Direito Penal é ciência teórica, no sentido de visar a escopo cognoscitivo, mas é também ciência prática, no sentido de fornecer aos juristas os elementos necessários à aplicação da lei, atendendo-se aos fins da ordem jurídica.

Dimitri Dimoulis (apud ESTEFAN, 2012, p. 44) esclarece que a dogmática é o estudo dos dogmas, e que dogma significa opinião ou crença dada como intransigível. Dogmática é “um conjunto de opiniões, doutrinas ou teorias.”

Do mesmo modo, Claus Roxin (apud ESTEFAN, 2012, p. 44) entende que a dogmática é “disciplina que se ocupa da interpretação, sistematização e desenvolvimento [...] dos dispositivos legais e das opiniões científicas no âmbito do Direito Penal.”

Chegamos, assim, à apreciação de André Estefan (2012, p. 43):

Não há como negar o caráter científico do Direito Penal, o qual está estritamente vinculado à concepção e à configuração da sociedade num determinado momento histórico. Seja esse fundamento a liberdade dos homens, a proteção da convivência em sociedade das pessoas, a proteção subsidiária de bens jurídicos ou a garantia da vigência da norma, é certo que o jurista que se propõe a fazer Ciência deve ocupar-se dessa investigação, tendo seus olhos voltados obrigatoriamente ao horizonte social.

A **Criminologia** é uma ciência empírica que, através de dados, estuda o crime e busca as causas dos delitos, a fim de elaborar programas de proteção. Nas palavras de Antonio Garcia-Pablo de Molina (1992, p. 37), Criminologia é:

A ciência empírica que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima, do controle social do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime – contemplando este como problema individual e como problema social -, assim como sobre os programas de prevenção eficaz do mesmo e técnica de intervenção positiva no homem delinquente e nos diversos modelos ou sistemas de resposta ao delito.

O mesmo autor remonta ao antropólogo francês Topinard (1879 apud MOLINA, 1988, p. 25), o qual afirma ser a Criminologia uma ciência interdisciplinar que estuda o crime, o criminoso, a vítima e o controle social do comportamento criminoso, tratando de subtrair uma informação válida, cadastrada, sobre a gênese, dinâmica e variável do crime, bem como programas de prevenção e controle social.

A Criminologia é uma ciência que acaba por estudar o crime como fenômeno social e o criminoso como resultado desse fenômeno. Seu caráter ilícito decorre não só do agente mas também das causas do delito e da sua motivação. Esta ciência correlata busca aperfeiçoar a dogmática penal, agregando-lhe a antropologia criminal, a psicologia criminal e a sociologia criminal. A Criminologia focaliza o porquê da existência do crime e do criminoso, a fim de proporcionar respostas legislativas para a superação da delinquência. (NUCCI, 2012, p. 15).

Percebe-se que o objeto da Criminologia é bem mais vasto do que o do Direito Penal, uma vez que este é apenas uma das formas de controle da criminalidade. Para propor modelos e sistemas de resposta ao delito, a Criminologia é a base para formulação de políticas criminais para o controle do crime. (MARINHO; FREITAS, 2009, p. 13).

Assim, por integrar o conjunto das políticas públicas, as **políticas criminais** consistem em estratégias táticas e meios de controle da criminalidade. (KAISER, 1988, p 52). Nas palavras de Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2001, p. 132), “política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores já eleitos.”

Nucci (2012, p. 15) assim coloca:

Trata do *modelo de ser e atuar* do Estado – Executivo, Legislativo e Judiciário – em relação à criminalidade. A Postura estatal pode ser branda, média ou rígida, conforme a demanda da sociedade e os critérios eleitos pelos governantes, refletindo-se na maneira de elaborar leis, executá-las e criar mecanismos para a sua real eficiência.

Vale salientar que, entre os instrumentos de política criminal, o Direito é o mais inadequado, sobretudo em razão da violência estrutural que lhe é inerente, e assim não se deve confundir controle criminal com controle penal, em razão das várias possibilidades de política social empregáveis pelo Estado para a prevenção. (BARATTA, 1993, p. 214).

Numa leitura criminológica crítica, cabe afirmar que o sistema penal vem a evidenciar-se historicamente como expressão de exclusão, violência e dor. Em primeiro plano, reproduz e coloca os interesses das ideologias e estruturas de poder dominantes, relegando, a um segundo plano, as possíveis ações de emancipação humana, de prevenção e resgate dos direitos de cidadania e dos reais valores de justiça.

A simples transmutação de um ato humano em um ato jurídico — neste caso, de uma transgressão em crime, ou seja, a criminalização, com as suas decorrentes implicações — tem tido um alto custo humano e social. Muito embora o Direito Penal apresente-se como uma das políticas de promoção da paz social do Estado, sua função declarada tem destoado de seu real papel em nossa sociedade. As condições históricas de nossas prisões e a forma de tratamento dada aos encarcerados, que apenas satisfazem temporariamente o sentimento de vingança da sociedade, ilustram bem essa questão.

Por mais que tentemos compreender o Direito Penal como um instrumento de justiça, a realidade social tem demonstrado exatamente o oposto. Na prática, vem sendo uma ciência a serviço do controle social e da reprodução das condições de desigualdade, num modelo de sociedade em que o exercício dos direitos de cidadania é cada vez mais burocratizado. A cidadania pretendida

converte-se numa “cidadania de papel”, cujo exercício vincula-se mais à condição social que à dimensão humana.

Para finalizar esta seção, é válido refletir sobre a seguinte afirmação de Boaventura de Souza Santos (2008, p. 281):

É no século XIX que se consuma a convergência da modernidade e do capitalismo, é neste século que melhor se podem analisar os sistemas de desigualdade e de exclusão. [...] A exclusão é um processo histórico, através do qual uma cultura, por via de um discurso de verdade, cria o interdito e o rejeita. [...] A desqualificação como inferior, louco, criminoso ou perverso consolida a exclusão, e é a periculosidade pessoal que justifica a exclusão. A exclusão da normalidade é traduzida em regras jurídicas que vincam, elas próprias, a exclusão.

Seção 4

Escolas Penais

As questões e teorias do Direito Penal, do crime e da criminalidade são denominadas escolas penais. Estas constituem um conjunto de princípios e teorias que buscam explicar o objeto do Direito Penal e os fundamentos do sistema penal. Assim, vejamos algumas delas.

4.1 Escola Clássica

A escola clássica surge com o Iluminismo na Itália, tendo como fundamento a humanização da pena. Marquês de Beccaria, que se servia do método dedutivo, foi o expoente desta escola, cujo marco foi a obra *Dos delitos e das penas*.

Surgindo no contexto iluminista e de uma transformação estrutural da sociedade, na transição da ordem feudal e do Estado absolutista para a ordem capitalista e o Estado de Direito liberal, o humanismo jurídico se desenvolveu ao longo do processo de consolidação desta nova ordem. (ANDRADE, 2003, p. 45-46).

A escola clássica preocupou-se em assentar as bases do sistema penal com fundamentos na humanização dos meios punitivos, dando garantia e segurança jurídica, opondo-se ao arbítrio, clamando e lutando pela segurança individual, ao contrário da justiça penal vigente na época, bárbara e arbitrária, com castigos corporais e pena de morte. (ANDRADE, 2003, p. 45-46).

Conforme André Estefan (2012, p. 57), Beccaria ponderava que os homens viviam em sociedade de modo a “sofrer o mínimo possível e, com vistas ao exercício de sua liberdade, abriam mão de uma parcela dela por meio do controle social.” Nesse sentido, o Beccaria não admitia que “a pena tivesse o caráter puramente retributivo, servindo como castigo e tortura a um ser sensível” (loc. cit.), mas pensava que a pena deveria ter um caráter humanitário e também utilitário. Por fim, Estefan complementa que, para Beccaria, “a pena tinha por fim a exemplaridade, isto é, transmitia a ideia de que o temor do castigo afastaria a tentação do delito.” (loc. cit.).

Assim Andrade (2003, p. 49) sintetiza a obra de Beccaria:

Da ideia de divisão de poderes e dos princípios humanitários iluministas, de que é expressão o livro de Beccaria, derivam, pois, a negação da justiça de gabinete, próprio do processo inquisitório, da prática da tortura, assim como a afirmação da necessidade de salvaguardar os direitos do imputado por meio de atuação de um juiz obediente, não ao executivo, mas às leis. A essência e a medida do delito estão, no sistema conceitual do livro de Beccaria, no dano social. O dano social e a defesa social constituem, assim, neste sistema, os elementos fundamentais, respectivamente, da teoria do delito e da teoria da pena.

A respeito da pena na escola clássica, Estefan (2012) coloca que a pena constitui uma retribuição pelo mal praticado. Sua natureza é aflagante, repressiva e pessoal. Uma vez que o homem é dotado de livre arbítrio, deve sofrer as consequências de seus atos. “Se uma pessoa, agindo de modo livre e consciente, viola a lei penal, sofrerá o castigo correspondente, por intermédio da pena.” (ESTEFAN, 2012, p. 58).

Conservando-se num sistema dogmático e baseando-se em conceitos racionalistas, o humanismo jurídico da escola clássica considerava a imputabilidade penal vinculada ao livre arbítrio e à culpabilidade moral. Tratava o delito como um ente de natureza jurídica; e a pena, como um mal necessário à segurança jurídica. (OLIVEIRA, 1996).

4.2 Escola Positiva

No final do século XIX, os anseios penais já não eram os mesmos, e os avanços das ciências humanas e biológicas marcaram a decadência da escola clássica. Na segunda metade desse século, a preocupação passou a ser a crescente criminalidade. Nesse momento, os estudiosos do crime concentram sua análise na morfologia e na psicologia:

Analisam a criminalidade, observando suas causas, e se utilizam, com frequência, da estatística. [...] ou o homem nasce livre e deve ser punido conforme suas escolhas voluntárias, ou, desde o nascimento, já está determinado a ser criminoso, em função de sua raça, sua psicologia, sua fisionomia e demais fatores biológicos e sociais. (ESTEFAN, 2012, p. 58, 59).

Então, os positivistas Ferri, Garofalo e, principalmente, Lombroso criaram a antropologia criminal como ciência auxiliar do Direito Penal. A característica desta escola penal é a responsabilidade social baseada no determinismo e na periculosidade do delinquente, bem como na sua constituição física, considerando o crime como um fenômeno natural e social produzido pelo homem; e a pena, uma defesa social, e não um castigo. (OLIVEIRA, 1996).

Bonfim e Capez falam acerca da classificação dos criminosos de Lombroso, que, em 1871, após abrir o crânio de um criminoso chamado Vilela, verificou algumas anomalias. Assim, inspirou-se para fazer tal classificação, que foi aplaudida pelos demais positivistas. Nesta classificação estavam o criminoso louco, o habitual, o ocasional e o passional, além da figura do criminoso nato, cujas anomalias constituiriam um tipo antropológico específico. (BONFIM; CAPEZ, 2004, p. 79).

Ser criminoso passou a ser um fato, um atributo, uma vez que a pessoa passa a ter estigmas determinantes que a compelem a cometer crimes, donde a necessidade de proteção da sociedade.

Nas palavras de Vera Andrade (2003b, p. 37):

A violência é, dessa forma, identificada com violência individual (de uma minoria), a qual se encontra, por sua vez, no centro do conceito dogmático de crime, imunizando a relação entre criminalidade e a violência institucional e estrutural.

A escola positiva está dividida em três fases. A **primeira fase** está representada pelo médico Cesare Lombroso (1836–1909), o qual publicou a obra “O Homem Delinquente”, em que sintetizou o delinquente nato e suas características pessoais peculiares. Depois, aumentou a tipologia do criminoso, considerando o nato, o passional, o louco, o ocasional e o epilético.

Já a **segunda fase** foi representada por Enrico Ferri (1856-1929) com a publicação da obra “Sociologia Criminal”. Entendia que a responsabilidade penal decorria da vida em sociedade e que o Direito Penal era a defesa social. Acreditando ser possível a recuperação do delinquente, Ferri substituiu a ideia de culpabilidade pela periculosidade e não distinguia os imputáveis dos inimputáveis.

A **terceira fase** inicia-se com Rafael Garofalo (1851-1934) e a publicação da obra denominada “Criminologia”. Garofalo acabou por juntar as duas fases anteriores. Ele acreditava que o Direito Penal é produto social, por ser uma obra humana, e que a responsabilidade social é derivada da vida em sociedade. Ainda afirmava que o delito é um fenômeno natural e social (fatores individuais, físicos e sociais) e que a pena é um meio de defesa social, como prevenção. (CARVALHO, 2013, p.14).

A criminologia positivista tomava como consensual a interpretação da sociedade enquanto um bem a ser preservado e o desvio criminal enquanto um mal a ser expurgado. Pavarini (2007, p. 7) coloca que a política criminal, nesse sentido, aparecia como “legítima e necessária reação da sociedade para a tutela e a afirmação dos valores sobre os quais se baseia o consenso da maioria.” Dessa forma, o sistema repressivo se legitimou como defesa social, através de uma ideologia que exerceu a função de justificar o controle social em geral e controle repressivo em particular, para defender a sociedade do crime. Essa perspectiva só viria a ser superada na década de 1960 pela criminologia crítica. (ZACKSESKI, 2007, p. 6 apud CARVALHO, 2013, p. 14).

Assevera-se que, na Escola Positiva, o papel da pena era preventivo, e não retributivo como na Escola Clássica, não sendo possível corrigir os criminosos. A sanção não era balizada somente pela gravidade do delito, mas pela periculosidade do agente. (ESTEFAN, 2012, p. 59).

4.3 Demais escolas

Além da escola clássica e da positiva, vale lembrar que existiram outras escolas, como escola moderna alemã, a escola técnico-jurídica, a escola de defesa social e a criminologia crítica.

A **escola moderna alemã** teve como representante principal Franz von Liszt, com a obra “Tratado de direito penal alemão”, em 1881. Sua principal ideia foi a distinção entre Direito Penal e a Criminologia. O método para estudo das normas de Direito Penal é o abstrato, e o método para o estudo da Criminologia, o experimental.

A escola alemã vê o delito como um fenômeno humano-social e faz distinção entre a imputabilidade e a periculosidade. Entende a pena e a medida de segurança como instrumentos de luta contra o delito. O caráter defensivo da pena é orientado conforme a personalidade do delinquente. Surgem, então, as noções de prevenção geral e de prevenção especial. Daí vem a ideia de que as penas privativas de liberdade de curta duração devem ser eliminadas ou substituídas. (BITENCOURT, 2012, p. 106).

A **escola técnico-jurídica**, surgida com Arturo Rocco, em 1910, coloca que o delito é uma relação jurídica, afastando, assim, as ciências sociais e adotando um Estado do Direito Penal como autônomo. A pena constitui uma reação e uma consequência do crime, com função preventiva geral e especial. (BITENCOURT, 2012, p. 108).

A Escola Clássica permaneceu insistindo na afirmação do caráter retributivo da pena. A reação positivista não foi suficiente para eliminar, de todo, o ranço aflitivo da sanção penal. Somente agora, depois da colocação feita pelos pregadores da Escola Técnico-Jurídica, é que se chegou a um novo conceito de pena, a partir do entendimento de que ela é uma reação jurídica contra o crime. (PIMENTEL apud OLIVEIRA, 1996. p. 63).

A **escola de defesa social** surgiu no século XX, com o positivismo. Em 1945, Felipe Gramática, na Itália, inaugura o Centro Internacional de Estudos de Defesa Social, com o objetivo de combate à criminalidade. As principais ideias desta escola eram a reação social objetivando a proteção do ser humano. Busca afastar aqueles que, por natureza, são potenciais ou realmente criminosos, e valoriza as ciências humanas. (BITENCOURT, 2012, p. 111).

A **criminologia crítica**, nos anos 60 e 70, mudou o paradigma etiológico (estudo do crime) para o paradigma da reação social. Esta escola propõe alternativas político-criminais frente ao suposto bem-estar social. Nessa perspectiva, o Direito Penal é visto como construção seletiva, como um instrumento do controle sociopenal.

Seção 5

História do Direito Penal no Brasil

O Direito Penal brasileiro, no início, foi regido pela legislação portuguesa e, posteriormente, por legislação brasileira. Pode ser dividido em três fases: o Período Colonial, o Código Criminal do Império e o Período Republicano.

5.1 Período Colonial

Com o descobrimento do Brasil, passa a vigorar aqui o Direito Lusitano. Desde 1446, em Portugal, vigorava o primeiro código europeu completo: as Ordenações Afonsinas, criadas sob o reinado de Dom Afonso V. Em 1521, por determinação de Dom Manuel I, entrou em vigor a Ordenação Manuelina. Esta perdurou até o

advento da Compilação de Duarte Nunes Leão, em 1569, por determinação de Dom Sebastião. Estes ordenamentos não se mostram eficazes, pois havia uma inflação de leis e decretos reais para solução de casuísmos na nova colônia. (BITENCOURT, 2012, p.87).

Segundo Heleno Cláudio Fragoso (1980, p. 57),

Formalmente, a lei penal que deveria ser aplicado no Brasil, naquela época, era a contida nos 143 títulos do Livro V das Ordenações Filipinas, promulgadas por Filipe II, em 1603. Orientava-se no sentido de uma ampla e generalizada criminalização, com severas punições. Além do predomínio da pena de morte, utilizava outras sanções cruéis [...] Não se adotava o princípio da legalidade, ficando ao arbítrio do julgador a escolha da sanção aplicável. Esta rigorosa legislação regeu a vida brasileira por mais de dois séculos. O Código Filipino foi ratificado em 1643 por D. João IV e em 1823 por D. Pedro I.

5.2 Código Criminal do Império

Com a independência e a promulgação da Constituição de 1824, as teorias do liberalismo prosperam gradualmente no país. Os postulados de “justiça e equidade” referem-se em base principiológica. Acresce que o bacharelismo passou a exercer influência determinante na formação de nosso arcabouço jurídico, e muitos advogados formados na Europa, em sua maioria originários das elites, propugnam as ideias modernas daquele continente e as novas correntes de pensamento, o que contribuiu para a consolidação do Direito e para a formação do Estado brasileiro.

O doutrinador Mirabete (2004, p. 43) assim coloca:

Proclamada a Independência, previa a Constituição de 1824 que se elaborasse nova legislação penal e, em 16-12-1830, era sancionado o Código Criminal do Império. De índole liberal, o Código Criminal (único diploma penal básico que vigorou no Brasil por iniciativa do Poder Legislativo e elaborado pelo Parlamento) fixava um esboço de individualização da pena, previa e existência de atenuantes e agravantes e estabelecia um julgamento especial para menores de 14 anos. A pena de morte, a ser executada pela força, só foi aceita após acalorados debates no Congresso e visava coibir a prática de crimes pelos escravos.

O Código Criminal de 1830 foi a primeira legislação penal autônoma da América Latina, tendo sofrido as influências dos ideários do iluminismo, do liberalismo e do utilitarismo.

Dentre seus principais aspectos, destaca Fragoso (2006, p. 72):

- a. a exclusão da pena de morte para os crimes políticos;
- b. a imprescritibilidade das penas (inspirada no Código Bávaro de 1813);
- c. a reparação do dano causado pelo delito, estabelecido pelo próprio juiz criminal;
- d. o fato de ter considerado agravante o ajuste prévio entre duas ou mais pessoas, para a prática de crimes;
- e. a responsabilidade sucessiva nos crimes de imprensa, antecipando-se à lei belga (1831);
- f. a previsão da circunstância atenuante da menoridade, desconhecida, até então, das legislações francesa e napolitana;
- g. o arbítrio judicial no julgamento dos menores de 14 a 17 anos (Art. 18, §10); e
- h. a sua notável antecipação do moderno sistema dos dias-multa na pena patrimonial.

De certa forma, o Código Criminal de 1830 também refletia o rompimento com a Metrópole, mas manteve uma tradição jurídica formalmente dogmático-positivista e de cunho liberal-individualista, o que o tornava excludente. (WLKMER, 2005).

E essa exclusão era muito visível com relação aos escravos, tanto que a pena de açoites como a pena de morte eram previstas para estes, o que foi estabelecido por uma lei de junho de 1835, no caso de matarem seus senhores, envenenarem-nos ou praticar grave ofensa física. Com a abolição da escravatura, algumas dessas incongruências, algumas dessas disposições, foram revistas. (FRAGOSO, 2006).

5.3 O Código Penal 1890

O Código Penal do Império surgiu antes do advento da primeira Constituição republicana e deixou a desejar com relação à incorporação dos avanços alcançados pelo movimento positivista, o qual, de forma pujante, era disseminado em outros continentes, em especial no europeu. Os doutrinadores criticam esse Código pela maneira rápida com que foi elaborado.

No entanto pode-se citar como alguns avanços do Código Penal de 1890 a abolição da pena de morte e a instalação do chamado regime penitenciário de caráter correccional. Em decorrência dos problemas que esse Código Penal apresentava, destaca-se a quantidade de leis extravagantes que o modificaram.

Ele acabou sofrendo uma série de alterações, as quais culminaram na concentração da legislação, que passou a ser chamada Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe, promulgada em 1932 pelo Decreto n. 22.213, de 1932.

A consolidação das Leis Penais tratou de diferentes objetos jurídicos, tais como: moeda falsa, peculato, loteria e rifas, novas disposições sobre a repressão do lenocínio e atentado ao pudor, falsificação de gênero alimentício e medicinal, repressão ao anarquismo, venda de entorpecentes e lei de imprensa. A suspensão condicional da pena e a regulamentação do livramento condicional, favorecendo o apenado com bom comportamento, surge neste contexto, bem como algumas alterações referentes aos “menores”, surgidas com o Código de Menores de 1927. (FRAGOSO, 2006).

5.4 Código Penal de 1940

O novo Código Penal Brasileiro entra em vigor em 1º de janeiro de 1942, com o Decreto-Lei n. 2.848, de 07/12/1940.

O Código foi elaborado por ocasião de um momento histórico no Brasil conhecido por “Estado Novo” e sob a vigência da Constituição de 1937, a “Polaca”. Alcântara Machado apresentou um projeto de Código Penal, o qual foi submetido a uma comissão revisora, composta de expoentes do Direito pátrio: Nelson Hungria, Vieira Braga, Naecélio de Queirós e Roberto Lyra, sob a presidência do Ministro Francisco Campos.

Para Mirabete (2004, p. 43):

É uma legislação eclética, em que se aceitam os postulados das Escolas Clássica e Positiva, aproveitando-se, regra geral, o que de melhor havia nas legislações modernas de orientação liberal, em especial nos Códigos italiano e suíço. Seus princípios básicos, conforme assinala Heitor Costa Junior, são: a adoção do dualismo culpabilidade-pena e periculosidade-medida de segurança; a consideração a respeito da personalidade do criminoso; a aceitação excepcional da responsabilidade objetiva.

Assim, atribuía-se a finalidade retributiva e preventiva ao Direito Penal. Como observa Estefan (2012, p. 75), tal finalidade estava explícita na adoção do sistema do duplo binário (Art. 78, incisos IV e V, do Código de 1940), na aplicação de medida de segurança aos casos de crime impossível (Art. 14 e 76, parágrafo único) e na participação impunível (Art. 27 e 76, parágrafo único).

Além da produção legislativa penal transversal ao Código Penal de 1940, com a produção de uma série de leis penais esparsas, esse sofreu também uma significativa alteração em sua parte geral, por ocasião da promulgação da Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, tendo como presidente da comissão Francisco de Assis Toledo.

Com respeito à aplicação da lei penal e ao fato punível, Fragoso coloca:

Sua característica mais relevante, no entanto, está no abandono do sistema do duplo binário, depois da malograda experiência com as medidas de segurança detentivas para imputáveis, que apareceram, a seu tempo, como uma das grandes inovações do CP de 1940. **Adota-se agora, em nossa lei penal, o sistema vicariante** (pena ou medida de segurança), naqueles casos em que o agente é semi-imputável. Procuram-se alternativas com as penas restritivas de direito. O livramento condicional foi favorecido, no caso de condenados primários, de bons antecedentes. Juntamente com a nova Parte Geral do CP, foi promulgada a Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984). (FRAGOSO, 2006, p. 81-82, grifo nosso).

Esta reforma foi uma tentativa de adaptar o Código à dogmática vigente, notadamente de inspiração finalista, e, sobretudo, de conferir às penas criminais o papel de ressocialização através do sistema progressivo de cumprimento de pena. Nas palavras de Francisco de Assis Toledo (apud ESTEFAN, 2012, p. 75), “por isso a comunidade não tem apenas o direito de castigar, mas até o dever de realizar o castigo de tal maneira que não impeça uma ressocialização.”

Com a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, os legisladores buscaram apontar para novas alternativas na resolução de conflitos, buscando relevar os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, na tentativa de assegurar o primado da dignidade da pessoa humana.

Capítulo 2

Teoria da norma penal

Habilidades

Neste segundo capítulo, você desenvolverá habilidades que lhe permitirão compreender os conceitos fundamentais de Direito Penal, aplicar os princípios gerais do Direito ao fato penal e, por fim, entender como se aplica a lei penal no tempo e no espaço.

Seções de estudo

Seção 1: Conceitos fundamentais

Seção 2: Princípios fundamentais do Direito Penal

Seção 3: A aplicação da lei penal no tempo

Seção 4: A aplicação da lei penal no espaço

Seção 5: Contagem do prazo penal e frações penais

Seção 1

Conceitos fundamentais

A lei penal é a base do estudo de Direito Penal, e o Código Penal é, certamente, a legislação mais importante nesta seara. Desde já, é importante entender que a norma jurídica serve para regulamentar a vida social, de modo a disciplinar as relações sociais e permitir a vida pacífica em sociedade.

Nesta seção, você poderá compreender algumas noções fundamentais para avançar no estudo do Direito Penal, tais como as suas fontes, as características da norma penal, a classificação das infrações, a chamada lei penal em branco, os métodos de interpretação da lei penal, os sujeitos do crime e a distinção entre objeto jurídico e objeto material.

1.1 Fontes

O Direito Penal, enquanto instrumento de regulação e controle da vida social, tem origem em algumas fontes, as quais acabam por ser consolidadas nos ordenamentos jurídicos do Estado Democrático de Direito.

Fonte significa lugar de origem ou surgimento de alguma coisa, seja uma teoria, princípios, algo que determina o ordenamento jurídico, fatores políticos, sociais e culturais. Assim, o Direito Penal também apresenta algumas fontes. (BITENCOURT, 2012, p.178).

As fontes do Direito são divididas em fontes materiais e fontes formais.

As **fontes materiais** referem-se ao órgão responsável pela sua elaboração. Assim, a fonte do Direito Penal é a União, pois, conforme o disposto no Art. 22 da Constituição Federal (CF), inciso I, compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal, entre outros ramos do Direito.

Excepcionalmente, pode o Estado-membro legislar sobre questões específicas, mas este deve ter a autorização de alguma lei editada pela União, conforme o Art. 22, parágrafo único, da CF. (NUCCI, 2012, p. 15).

As fontes materiais podem ser classificadas em dois grupos, conforme leciona Juarez Cirino dos Santos (2012, p.66):

Fontes materiais do Direito são definidas conforme os pressupostos ideológicos ou políticos de abordagem do fenômeno jurídico, classificadas em dois grupos: a) as **teorias consensuais** indicam interesses, necessidades ou valores gerais

da sociedade como fontes materiais do Direito; b) as **teorias conflituais** indicam interesses, necessidades e valores das classes sociais proprietárias do capital e detentoras do poder do Estado, como fontes materiais do Direito.

A respeito das fontes materiais, Bitencourt (2012, p. 179) complementa afirmando que o Art. 22, inciso I, da Constituição Federal, é a mais autêntica fonte material do Direito Penal. A nossa Carta Magna declara expressamente em seu Art. 1º, parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” O autor ainda coloca que, através do princípio da legalidade e da reserva legal,

[...] a organização da nossa sociedade por meio de um sistema político democrático representa a garantia político/institucional de que nenhuma pessoa poderá ser submetida ao poder punitivo estatal, se não com base em lei que sejam fruto do consenso democrático. (BITENCOURT, 2012, p. 179).

Assim, em nosso ordenamento jurídico, a fonte de produção legítima do Direito Penal é o legislador federal, através do sistema político democrático.

As **fontes formais** são o modo de expressão do Direito. Estas são também conhecidas como fontes do conhecimento. As fontes formais, por sua vez, subdividem-se em mediatas e imediatas.

A **fonte formal imediata** do Direito Penal é a lei penal que, num preceito primário, é a **descrição da conduta** (princípio da legalidade, Art. 1º do CP). Em outras palavras, a norma penal descreve uma conduta e estabelece uma pena para quem realiza esta conduta. Estas fontes podem ser:

- incriminadoras (quando definem as infrações penais, como a Parte Especial do Código Penal);
- permissivas (quando afastam a ilicitude ou preveem a impunidade, apesar do fato enquadrado em lei); e
- complementares ou explicativas (quando esclarecem o significado de outra norma ou limitam o âmbito da aplicação).

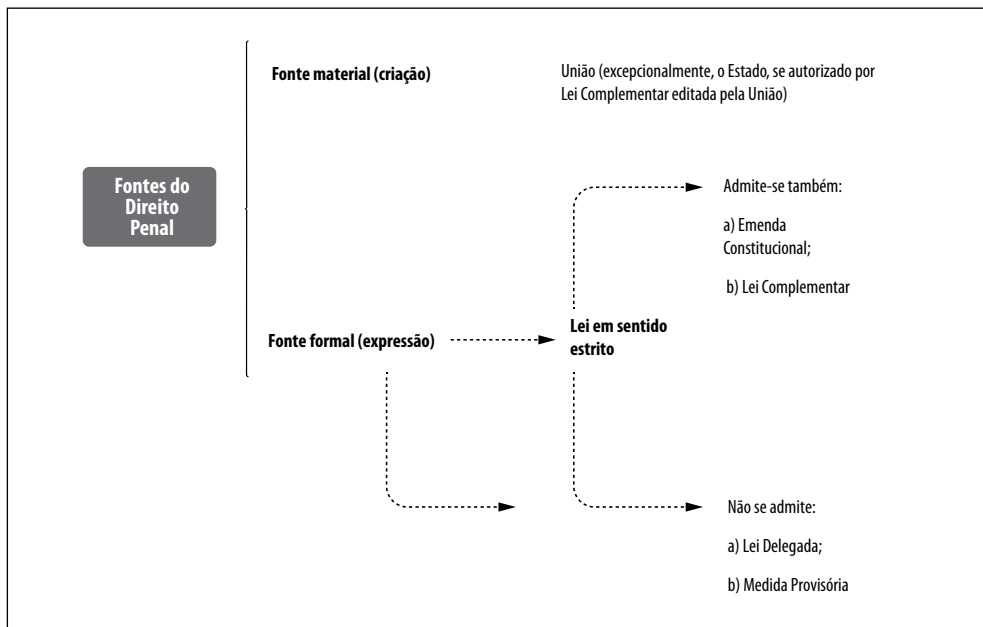
Já a **fonte formal mediata**, ou secundária, do Direito Penal apresenta-se através de costumes (conjunto de normas de comportamento e convicções, utilizados pelo legislador quando invoca a reputação) e de princípios (regras de consciência que, aceitas pela sociedade mesmo que não escritas, orientam na compreensão do sistema jurídico).

Na classificação de Dimitri Dimoulis (apud SANTOS, 2012, p. 67):

As fontes formais do direito também são classificadas em dois grupos: a) as fontes escritas, que compreendem a lei, a jurisprudência e a doutrina; b) as fontes não escritas, que compreendem os costumes, os princípios gerais e o poder negocial entre cidadãos.

Assim, de acordo com a referida classificação, as fontes formais escritas compreendem leis, jurisprudências e doutrinas. Já nas fontes formais não escritas estão contidos os costumes, princípios e o poder negocial da sociedade.

Esquema 2.1 – Fontes do Direito Penal



Fonte: Nucci (2012, p. 12).

1.2 Características da norma penal e classificação das infrações

A norma penal pode ser **exclusiva** — tendo em vista que somente ela define infrações e comina penas; **autoritária** — no sentido de fazer incorrer na pena aquele que descumpra o seu mandamento; **geral** — pois atua para todas as pessoas, com efeito *erga omnes*, dirigindo-se a fatos futuros; e, ainda, **abstrata e impessoal** — porque não endereça o seu mandamento proibitivo a um indivíduo.

As infrações podem ser classificadas em crime e contravenção. Ambos possuem a mesma estrutura jurídica: fato típico (previsto em lei), antijurídico (contrário à norma) e culpável (sanção).



A diferença entre crime e contravenção é apontada pelo Art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, segundo o qual “considera-se **crime** a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa.” **Contravenção**, por sua vez, é “a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”

Assim, crime refere-se a condutas mais gravosas para a sociedade, e suas sanções são mais severas. Contravenção é aquela conduta menos gravosa, também chamada por Nélson Hungria (1978) de “crime anão”, pois causa menores danos e, conseqüentemente, implica sanções de menor gravidade.

Por fim, vale lembrar que a tipificação das infrações depende sempre do legislador.

1.3 Lei penal em branco

Lei penal em branco é aquela em que a descrição de conduta penal se mostra incompleta ou lacunosa, necessitando de outro dispositivo para sua complementação. Esta precisa de um procedimento de reenvio a outra espécie normativa.

Tal expressão foi usada pela primeira vez por Karl Binding, para batizar aquelas leis que têm a *sanctio juris* determinada, mas o preceito relacionado a esta sanção não está formulado senão como proibição genérica, devendo ser completado por outra lei. (JESUS, 2008, p. 21). Flávio Augusto Monteiro de Barros (2008, p. 31), a respeito da lei penal em branco, afirma que: “seu preceito secundário (*sanctio juris*) é completo, mas o preceito primário carece de complementação.” A falta desta norma complementadora impede que a conduta ilícita se complete e, assim, **fica aberta a descrição do tipo penal**.

Conforme Marinho e Freitas (2007, p. 93):

Não obstante e sem ofender os princípios da legalidade estrita e da taxatividade, existem normas penais incriminadoras em que a exata compreensão dos elementos do fato descrito deve ser buscada em outras disposições legais (normas). São, pois, normas penais de tipo incompleto, também conhecidas como normas penais em branco.

Um exemplo trazido pelo doutrinador Estefan (2012, p. 90) é a Lei de Drogas:

[...] os tipos penais da Lei 11.343/06 são leis penais em branco, uma vez que punem condutas relacionadas com drogas ilícitas sem descrever quais seriam essas substâncias (tal informação se encontra em ato administrativo da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA).

Existem duas espécies de lei penal em branco: a homogênea (em sentido lato) e a heterogênea (em sentido estrito).

A **lei penal em branco homogênea** ocorre quando o complemento provém do mesmo órgão que elaborou a norma lacunosa. O complemento se acha na própria lei ou em outra emanada da mesma instância legislativa. Por exemplo: o Art. 237 do Código Penal (CP): “contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause nulidade absoluta.” O complemento se encontra no Código Civil, que, em seu Art. 1.521, lista estes impedimentos. O Código Civil é emanado do mesmo órgão que elabora a lei penal, a União. (BARROS, 2008, p. 32).

A **lei penal em branco heterogênea**, em sentido estrito, é aquela cujo complemento se encontra em outra lei emanada de outra instância legisladora. Por exemplo: a já citada Lei de Drogas não estabelece quais substâncias entorpecentes são proibidas, e seu complemento está em uma norma da ANVISA. Outro exemplo é o Art. 6º, inciso I, da Lei 8.137/90, que menciona a transgressão de tabela de preços; seu complemento é encontrado em uma portaria que fixa os preços das mercadorias. (ESTEFAN, 2012, p. 91).

1.4 Interpretação da lei penal

O intérprete é o mediador entre o texto da lei e a realidade; a interpretação consiste em extrair o significado e a extensão da norma em relação à realidade. Assim, a interpretação da lei penal é uma operação lógico-jurídica, que se dirige a descobrir a vontade da lei em função de todo o ordenamento jurídico e das normas superiores de cultura, a fim de aplicá-las aos casos concretos da vida real.

A interpretação, nas palavras de Nucci (2012, p. 16), “trata-se de um método de extração do conteúdo de determinada norma, buscando o conhecimento exato de seu alcance. Não se cria norma por meio da interpretação; mas sim, extrai-se o seu significado.”

Segundo Ada Pellegrini Grinover (1997, p. 100), “interpretar a lei consiste em determinar o seu significado e fixar o seu alcance.”

Existem diversas modalidades de interpretação em matéria penal. Entre elas, você conhecerá aqui a interpretação quanto ao método, a interpretação quanto ao autor, a interpretação extensiva e a interpretação analógica.

De acordo com Prado (2008), o **método** de interpretação pode ser:

- filológico (busca o sentido literal do texto normativo);
- teleológico (busca a vontade da lei);
- sistemático (considera que a norma integra um sistema e está relacionada com outras normas); e
- histórico (investiga os antecedentes que levaram à criação da norma).

Quanto ao **autor** ou agente, a interpretação é classificada como:

- autêntica (realizada pelo legislador, quando o seu sentido é explicitado por outra lei, ou pela mesma lei, num dos seus dispositivos);
- judicial (feita pelo magistrado e por tribunais, em decisões judiciais); e
- doutrinária (quando provém dos doutrinadores).

Na **interpretação extensiva**, em face de uma eventual insuficiência verbal, isto é, na falta de palavras suficientemente claras para se alcançar o espírito da lei (*mens legis*), aplica-se a significação das palavras. Por exemplo: o Art. 130 do CP refere-se a “perigo de contágio venéreo”, o que inclui não só o perigo, mas também o próprio contágio de moléstia grave. (PRADO, 2008, p. 178).

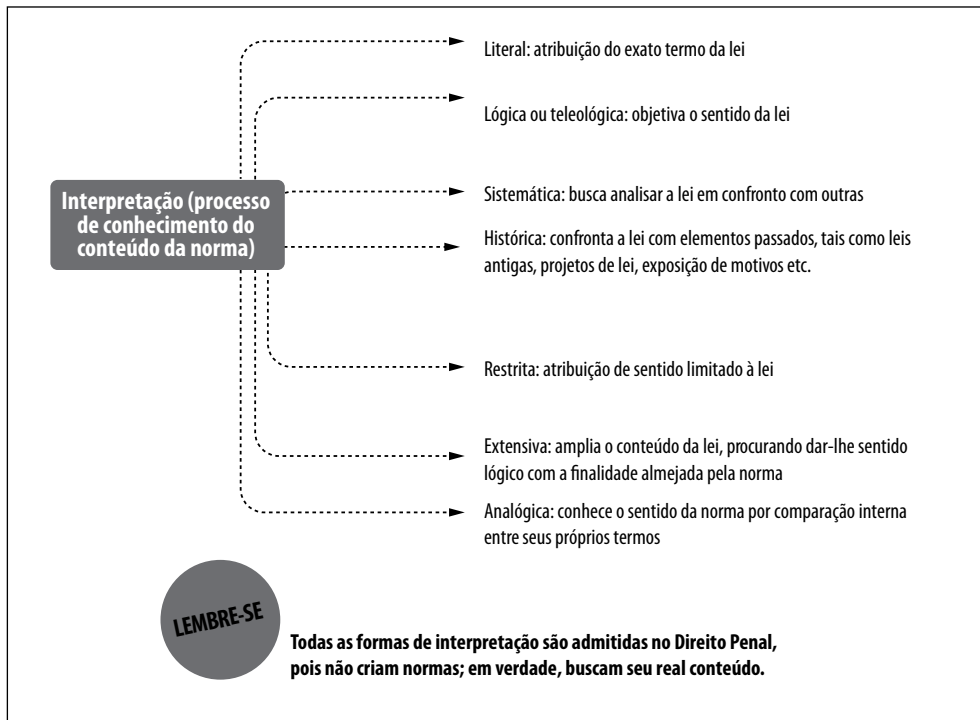
Já a **interpretação analógica** ocorre quando, dentro do próprio texto legal, o legislador se vale de uma fórmula genérica, e esta deve ser interpretada de acordo com casos anteriores.



Por exemplo, no Código Penal, o Art. 28, inciso II, menciona “substância de efeitos análogos”, enquanto que o Art. 71 refere-se a “outras [substâncias] semelhantes.” Ainda: no Código Penal, o Art. 146 menciona “qualquer outro meio”, ao passo que o Art. 171 faz referência a “qualquer outro meio fraudulento”.

Em outros termos, a interpretação analógica é permitida toda vez que uma cláusula genérica se segue a uma forma casuística, sendo que aquela só compreende os casos análogos aos mencionados por esta. A norma abrange casos semelhantes por ela regulados, e a própria lei permite expressamente a interpretação analógica. (GONÇALVES, 2012, p. 16).

Esquema 2.2 – Métodos de interpretação



Fonte: Nucci (2012, p. 13).

1.5 Analogia

Em Direito Penal, interpretação analógica e analogia não são a mesma coisa. A diferença está *voluntas legis*. Na interpretação analógica, a vontade da norma é abranger os casos semelhantes por ela regulados. Na analogia, a lei não pretende aplicar o seu conteúdo aos casos análogos, tanto que silencia a respeito, deixando para o intérprete a tarefa de suprir a lacuna.

A **analogia**, portanto, consiste em aplicar, a uma hipótese não prevista em lei, uma disposição legal referente a um caso semelhante. É uma forma de integração, e não de interpretação. Esta somente pode ser feita *in bonam partem*, isto é, quando o sujeito é beneficiado pela sua aplicação.

Nucci (2012, p. 16), em sua obra, assim define a analogia: “Trata-se de um processo de integração da norma, visando à supressão da lacuna. Utiliza-se um ponto comum entre coisas diversas, com o fim de eliminar o vácuo existente na lei, permitindo, então, a sua aplicação ao caso concreto.”

Miguel Reale (1999, p. 298) leciona: “pelo processo analógico, estendemos a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de razão.”

Marinho e Freitas (2007, p. 108) complementam: a analogia é “um processo de comparação que busca semelhanças entre uma hipótese regulada expressamente em lei com outra hipótese nela não regulada, de modo que se verifique a possibilidade de aplicação [...] da norma existente ao caso análogo não regulado.”

Para a aplicação da analogia, são necessários alguns requisitos ordenados por Jesus (2008, p. 51):

1. o fato considerado não pode ter sido regulado pelo legislador;
2. este, no entanto, regulou situação que oferece relação de coincidência de identidade com o caso não regulado;
3. o ponto comum às duas situações (a regulada e a não prevista) constitui o ponto determinante na implantação do princípio referente à situação considerada pelo julgador.

Um exemplo trazido por Estefan (2012, p. 80) mostra uma possibilidade da aplicação da analogia:

O Art. 22 do CP contém duas causas legais de inexigibilidade de conduta diversa (a coação moral irresistível e a obediência hierárquica). A presença desta excludente importa a absolvição do agente, o qual será declarado pelo juiz “isento de pena”. Em que pese existirem somente duas situações contempladas na Lei Penal, admite-se que o réu seja absolvido sempre que o juiz considerar que não se podia exigir dele outra conduta (isto é, na situação concreta ele não tinha condições de se comportar de outro modo), ainda quando seja de coação moral irresistível ou de obediência hierárquica. Fala-se em causa “supralegal” (ou seja, não prevista em lei) de inexigibilidade de conduta diversa. A aplicação da norma permissiva contida no art. 22 do CP baseia-se na analogia *in bonam partem*.

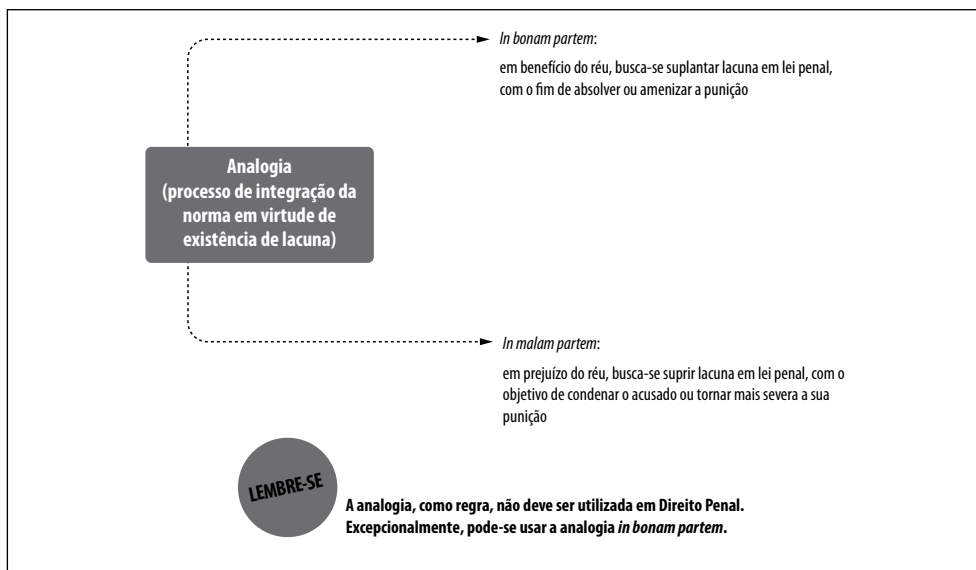
Existem duas espécies de analogia: a **analogia legis**, que é a aplicação de uma norma a casos semelhantes, e a **analogia juris**, que ocorre quando se funda em um conjunto de normas não previstas.

Assim, Carlos Maximiliano (1975, p. 262) coloca que ocorre a **analogia juris** quando:

Nenhum dispositivo aplicável à espécie nem se quer de modo direto; encontra-se o juiz em face de um instrumento inteiramente novo, sem similar conhecido; é forçado não simplesmente a recorrer a um preceito existente, e sim a um complexo de princípios jurídicos, à síntese dos mesmos, ao espírito do sistema inteiro.

Portanto a analogia não é um meio de interpretação da lei. Assim, não se pode confundi-la com a interpretação analógica extensiva. Enquanto uma (interpretação analógica) decorre da busca do sentido de um texto legal existente, a analogia é empregada na ausência de texto legal sobre o caso concreto. (MARINHO, FREITAS, 2007, p. 108).

Esquema 2.3 - Analogia



Fonte: (2012, p. 14).

1.6 Sujeitos do crime

Os sujeitos do crime são divididos em sujeitos ativos e sujeitos passivos.

O sujeito ativo é a pessoa que comete o crime, que pratica a infração penal. Em princípio, qualquer ser humano maior de 18 anos pode ser sujeito ativo. Em caso de infanticídio, por exemplo, crime previsto no Art. 123 do CP, o sujeito ativo é a mãe. Excepcionalmente, uma pessoa jurídica pode cometer um crime (por exemplo, um crime ambiental).

Já o sujeito passivo é a pessoa ou entidade que sofre os efeitos do delito. Uma só pessoa não pode ser, ao mesmo tempo, sujeito ativo e passivo — por exemplo, no crime de fraude para receber seguro, lesionar a si próprio. Neste caso, o sujeito será punido pela fraude, e não pela autolesão.

No entanto existe uma exceção: o crime de rixa (Art. 137, CP). Quando acontecem agressões mútuas, todos são considerados vítimas e autores do delito. Damásio de Jesus, porém, discorda deste entendimento, afirmando que o crime de rixa é um crime plurissubjetivo, de condutas contrapostas convergentes.

1.7 Objeto jurídico e objeto material

O **objeto jurídico** é o bem ou interesse que a lei visa proteger, ou seja, o bem jurídico tutelado. Por exemplo: no caso do furto, o objeto jurídico é o patrimônio. No caso do homicídio, a vida.

Por outro lado, o **objeto material** é a coisa sobre a qual recai a conduta delituosa. Pode-se confundir, em alguns casos, com o sujeito passivo do crime. Por exemplo: no caso do furto, é o bem subtraído; pode ser a carteira, a bolsa, o veículo etc. No caso de um homicídio, o objeto material é o próprio falecido, a vítima.

Seção 2

Princípios fundamentais do Direito Penal

Como os demais campos do Direito, o Direito Penal é submetido a princípios para assegurar a correta interpretação e aplicação da lei penal, evitando-se o arbítrio do Estado e do julgador. Na legislação pátria, esses princípios estão previstos no Art. 5º da Constituição Federal.

O Iluminismo trouxe ideias de igualdade e liberdade, e deu ao Direito Penal um caráter menos cruel, impondo limites à intervenção estatal. Hoje, os princípios que regulam o controle penal são denominados “princípios fundamentais de Direito Penal do Estado social-democrático de Direito.” (JESUS, 2008, p. 47). Dentre estes princípios, destacam-se o princípio da humanidade, o princípio da ofensividade ou lesividade, o princípio da culpabilidade, o princípio da intervenção mínima, o princípio da insignificância, o princípio *in dubio pro reo*, o princípio *bis in idem*, o princípio da proporcionalidade, o princípio da alteridade e o princípio da personalidade.

Segundo o princípio da **humanidade**, a pena deve ter por objetivo não apenas o castigo, mas a reinserção social do apenado. Passa a ser inconstitucional, conforme o princípio da humanidade, criar ou cumular penas que violam a integridade física ou moral do ser humano. (CAPEZ, 2006, p. 21). Conforme o autor Ricardo Antonio Andreucci (2008, p. 10), “a pena e seu cumprimento devem se revestir de caráter humanitário em respeito e proteção à pessoa do preso.”

Conforme o princípio da **ofensividade ou lesividade**, a tutela do Direito Penal recai sobre bens juridicamente protegidos, e não sobre condutas condenáveis apenas sob aspecto ético, pecaminoso ou moral. Conforme Capez (2006, p. 23), o princípio da lesividade (ou ofensividade) tem a missão “de limitar a pretensão

punitiva estatal, de maneira que não pode haver proibição penal sem um conteúdo ofensivo a bens jurídicos.”

O princípio da **culpabilidade** está subentendido na Constituição Federal e garante que nenhuma pessoa será punida na esfera penal sem que tenha agido com dolo ou culpa, itens essenciais para a configuração de um crime. (NUCCI, 2011, p. 90).

O princípio da **intervenção mínima** significa que o Direito Penal só deve cuidar de situações graves, o juiz criminal só deve ser invocado para solucionar fatos relevantes para a coletividade. Este deve ser observado, em primeiro lugar, pelos legisladores, na criação das leis penais.

O princípio da **insignificância** considera atípico o fato quando a lesão ao bem jurídico tutelado pela lei é de tal forma irrisório que não justifica a movimentação da máquina jurídica.

Segundo o princípio **in dubio pro reo**, se persistir dúvida após a utilização de todas as formas interpretativas, a questão deverá ser resolvida da maneira mais favorável ao réu.

Segundo o princípio **bis in idem**, ninguém poderá ser processado ou julgado pelo mesmo fato-crime.

Conforme o princípio da **proporcionalidade**, a pena não deverá ter um caráter eminentemente e excessivamente vindicativo (punitivo), mas ser adequada ao ato praticado pelo transgressor, de forma que ocorra um equilíbrio entre o desvalor da ação praticada e a sanção a ser aplicada pelo Estado. Este princípio significa que “as penas devem ser harmônicas com a gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, tampouco a extrema liberalidade na cominação das penas nos tipos penais incriminadores.” (NUCCI, 2011, p. 89).

Estefan (2012) menciona três desdobramentos deste princípio: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A **adequação** refere-se à idoneidade da medida adotada, segundo a qual se deve verificar os meios utilizados pelo legislador para a concessão do fim perseguido pela norma. No campo penal, tal adequação ocorrerá quando ficar evidenciado que a norma regula um comportamento relevante. Conforme o critério da **necessidade**, ou exigibilidade, analisa-se se os meios lesivos são menos gravosos. Esta adequação, no campo penal, confunde-se com a intervenção mínima. E a **proporcionalidade em sentido estrito** examina, no âmbito penal, a gravidade da sanção a ser imposta ao crime praticado.

De acordo com o princípio da **alteridade**, ninguém pode ser punido por ter feito mal só a si mesmo. Por isso, a autolesão não é crime, salvo quando houver intenção de prejudicar terceiros, como na autoagressão para fim de fraude de seguro (Art. 171, § 2º, inciso V, CP).

Por fim, o princípio da **personalidade** determina que ninguém pode ser responsabilizado por um fato cometido por outra pessoa. A pena não pode passar da pessoa do condenado (Art. 5º, inciso XLV, CF).

No entanto, percebe-se que essas garantias fundamentais institucionalizadas no universo legislativo nem sempre são observadas. Para retratar essa situação, Günther Jakobs desenvolveu, em 1985, a teoria do “Direito Penal do Inimigo”, que se apresenta como antítese do Direito Penal do cidadão.

André Estefan (2012, p. 52) explica a distinção entre Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo. Vejamos:

Ao Direito Penal do cidadão incumbe garantir a eficácia da norma [...] o indivíduo que comete o crime desrespeita a norma, a qual, por meio de pena aplicada, mostra que permanece incólume (garantindo-se, desse modo, que ela continua valendo apesar da infração cometida). Em seu âmbito de aplicação, operam todos os direitos e garantias fundamentais.

Já o Direito Penal do inimigo, isto é, do indivíduo que reincide constantemente na prática de delito ou pratica fatos de extrema gravidade, como ações terroristas, tem como finalidade combater perigos.

Perceba que o inimigo é aquele que abandonou o Direito e não dá garantias cognitivas de segurança, a julgar por seu comportamento (HASSEMER; BURKHARDT apud ESTEFAN, 2012, p. 52). Este infrator não é tratado como pessoa, mas como inimigo do Estado a ser eliminado e privado do convívio social.

Alexandre Rocha Almeida de Moraes (apud ESTEFAN, 2012, p. 55) coloca que o Direito Penal do inimigo “é o retrato da crise da humanidade”. Lembrando as advertências do próprio Jakobs, Francisco Muñoz Conde pondera que o “Direito Penal do Inimigo não representa um fortalecimento do Estado de Direito, senão sua própria debilidade ou mesmo sua inexistência.” (ibid.). O Direito Penal do inimigo é um assunto dos mais debatidos pela doutrina.

Seção 3

A aplicação da lei penal no tempo

Uma lei penal nasce, tem seu período de vigência e termina com a sua revogação. Assim, surge para o Estado o direito de punir e de exigir que todos se abstenham de praticar comportamentos então definidos como criminosos. No momento em que a lei entra em vigor, esta rege todos os atos abrangidos por sua destinação, até que cesse sua vigência.

Uma lei começa a vigorar depois da aprovação mediante o processo legislativo, o qual se completa com a sanção presidencial e posterior publicação no Diário Oficial. Ocorre, então, o período de vacância (*vacatio legis*), intervalo de tempo que separa a publicação e a entrada em vigor da lei. (ESTEFAN, 2012, p. 141).

A Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei 4.657/42) alcança todo o ordenamento jurídico e prevê a vigência da lei no território nacional. Conforme o Art. 1º desta Lei, “salvo disposição em contrário, a lei começa a vigorar em todo o país 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada.”

O princípio da **legalidade** (reserva legal) é uma garantia constitucional fundamental. Este princípio prevê que somente haverá crime quando existir perfeita correspondência entre a conduta praticada e a previsão legal.



Desta forma, não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal, ou seja, **somente a lei poderá descrever crimes e cominar penas.**

O Art. 1º da Constituição Federal denota o princípio da legalidade, expresso pela fórmula latina “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*”. Originariamente, surgiu na Magna Carta de 1215, da Inglaterra, assinada por João Sem Terra (1166-1216). Seu Art. 39 previa que nenhum homem livre poderia ser submetido a uma pena não prevista em lei local. (CAPEZ, 2012. p. 58).

Em 1762, com a Teoria do Contrato Social, de Rousseau, o princípio da legalidade teve um grande impulso: o cidadão só aceitaria sair do seu estado natural e celebrar um pacto para viver em sociedade, se tivesse garantias mínimas contra o arbítrio, dentre as quais a de não sofrer punição, salvo nas hipóteses previamente elencadas em regras gerais, objetivas e impessoais.

Dois anos mais tarde, em 1764, o Marquês de Beccaria, influenciado por Rousseau, escreveria em sua obra “Dos Delitos e das Penas”, **que** só as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade deve residir no legislador, que representa toda a sociedade unida pelo contrato social.

Com a Revolução Francesa, o princípio da legalidade acabou consagrado na Declaração de Direitos do Homem, de 26 de agosto de 1789, em seu Art. 8º, vindo também a constar na Constituição Francesa de 1793. Somada a isso, a teoria da separação dos poderes, de Montesquieu, contribuiu para impedir que o juiz usurpasse a função do legislador. (CAPEZ, 2012. p. 59).

O princípio da **anterioridade** estabelece que a lei já esteja em vigor na data em que o fato é praticado. Assim, o Art. 1º do Código Penal determina que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”



Observe que o Art. 1º do Código Penal também está previsto na Constituição Federal: “Art. 5. [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

Por esta razão, Rosa (2004, p. 46) afirma que Direito Penal “é ciência meramente normativa — limita-se a descrever condutas proibidas e respectivas penas.”

3.1 Revogação da lei penal

As leis são feitas para vigorar até que sejam revogadas por outra lei. **Revogação** “é a expressão genérica que traduz a ideia de cessação da existência de regra obrigatória, em virtude de manifestação, nesse sentido, do poder competente.” (JESUS, 2008, p.70).

A revogação compreende:

- **derrogação** (revogação parcial), quando cessa em parte a autoridade da lei; e
- **ab-rogação** (revogação total), quando se extingue totalmente.

A revogação poder ser:

- **expressa** (quando a lei, expressamente, determina a cessação da vigência da norma anterior); ou
- **tácita** (quando o novo texto, embora de forma não expressa, é incompatível com o anterior ou regula inteiramente a matéria precedente).

3.2 Irretroatividade e retroatividade da lei penal

A irretroatividade e a retroatividade estão previstas no Art. 2º do Código Penal:

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.

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.

A lei que revoga um tipo incriminador extingue o direito do Estado de punir (***abolitio criminis***). A consequência da *abolitio criminis* é a extinção da punibilidade do agente.

Por beneficiar o agente, a *abolitio criminis* alcança fatos anteriores e será aplicada pelo juiz do processo, podendo ser aplicada antes do final deste, levando ao afastamento de quaisquer efeitos da sentença, ou após a condenação transitada em julgado.

No caso de já existir condenação transitada em julgado, a *abolitio criminis* causa os seguintes efeitos:

- extinção imediata da pena principal e de sua execução;
- libertação imediata do condenado preso; e
- extinção dos efeitos penais da sentença condenatória, como a reincidência.

A competência para a aplicação da *abolitio criminis* após o trânsito em julgado é do juízo da execução, conforme se convencionou com a Súmula n. 611 do STF: “Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação da lei mais benigna.”

Lembre-se sempre de que, se a lei nova for mais benéfica, esta retroage em favor do agente.



Irretroatividade: a norma penal, em regra, não pode atingir fatos passados.

Retroatividade: fenômeno jurídico pelo qual é possível aplicar uma lei em relação a fatos que ocorreram anteriormente à sua vigência.

O princípio da irretroatividade da lei mais severa e da retroatividade da lei mais benigna constitui um direito subjetivo de liberdade, com fundamento no Art. 5º, incisos XXXVI e XL, da CF. Este princípio afirma que a lei não prejudicará o direito adquirido. Assim, a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; a lei mais benigna prevalece sobre a mais severa.

A lei penal produz efeitos para frente, contudo ela poderá retroagir para beneficiar o réu, nos termos do Art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.”

A lei nova, mais benigna, exterioriza a consequência jurídica geral sobre aquele fato, entendendo que a sua punição deve ser mais branda. Se o próprio Estado reconhece que a pena antiga era muito severa, havendo necessidade de atenuá-la, demonstra renúncia do direito de aplicá-la, não podendo alegar a teoria do direito adquirido em favor da continuação da punição com o *plus* do qual abriu mão. (JESUS, 2008, p. 73).

Um exemplo de **irretroatividade** é o crime de estupro. Até 1989, a pena prevista era a reclusão de 3 a 8 anos (Art. 213, CP). Em 1990, conforme a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072), a pena aumentou para reclusão de 6 a 10 anos.

Para citar um exemplo de **retroatividade**, em 1983 não existia a previsão legal de atenuante da confissão espontânea. Com a reforma do CP de 1984, inseriu-se a atenuante. Nesse caso, a lei posterior é mais favorável e deve ser aplicada retroativamente ao crime, mesmo que em trânsito em julgado.

3.3 Conflitos de leis penais no tempo

Existem quatro hipóteses de conflitos de leis penais no tempo:

1. a *abolitio criminis* (abolição do crime), que ocorre quando a nova lei suprime normas incriminadoras anteriormente existentes, ou seja, o fato deixa de ser crime;
2. a *novatio legis incriminadora* (renovação legal incriminadora), quando a lei incrimina fatos anteriormente lícitos;
3. a *novatio legis in pejus* (renovação legal pejorativa), que ocorre quando a lei nova modifica o regime penal anterior, agravando a situação do sujeito; e
4. a *novatio legis in melius* (renovação legal benéfica), que ocorre quando a lei nova modifica o regime anterior, beneficiando o sujeito.

Com relação à *abolitio criminis*, cabe lembrar que os artigos 217 e 240 do CP, que previam os crimes de sedução e adultério, foram revogados pela Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005.

Com relação à *novatio legis in melius*, cabe lembrar que a Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal reza: “Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação da lei mais benigna.”

3.4 Ultra-atividade da lei penal

Chama-se **ultra-atividade** a aplicação de uma lei que tem eficácia mesmo depois de cessada a sua vigência. Isto ocorre quando a lei nova, que revogou a lei anterior, passa a reger um fato de forma mais severa. A nova lei mais severa não pode abranger fatos praticados na vigência da lei antiga, mais branda. Portanto, mesmo estando a lei velha revogada, esta será aplicada ao fato. (JESUS, 2008, p. 74).

Nas palavras de Nucci (2012, p. 36), “determinada lei, revogada, ultrapassa as barreiras da sua revogação, alcançando ato futuro e produzindo efeitos, desde que mais favorável ao acusado.” Logo, a lei mais branda prevalece sobre a mais severa, prolongando sua eficácia além da sua revogação, ou retroagindo ao tempo em que não tinha vigência.

A ultra-atividade e a retroatividade são qualidades que a lei mais benigna possui, qualidades que são denominadas de extra-atividade. (JESUS, 2008, p. 74).

3.5 Leis excepcionais e temporárias

As leis são feitas para vigorar por tempo indeterminado até sua revogação. No entanto existem exceções. Geralmente estas espécies excepcionais de lei vêm para regular circunstâncias transitórias e relações em períodos de graves conturbações. As leis excepcionais e temporárias são também chamadas de leis autorrevogáveis.

Leis temporárias são aquelas que trazem preordenada a data da expiração de sua vigência, a qual é previamente fixada pelo legislador. Nas palavras de Prado (2008, p.186), “a lei temporária prevê formalmente o período de tempo de sua vigência, ou seja, delimita de antemão o lapso temporal em que estará em vigor. Exige duas condicionantes: situação transitória de emergência e termo de vigência.”

Leis excepcionais são as que, não mencionando expressamente o prazo de vigência, condicionam a sua eficácia à duração das condições que as determinam. São aquelas promulgadas em casos de calamidade pública, guerras,

revoluções, cataclismos, epidemias etc. Têm vigência enquanto durar a situação de anormalidade.

A **ultra-atividade da lei temporária ou excepcional** ocorre quando um fato praticado sob a vigência de uma lei temporária ou excepcional continua sendo por ela regulada, mesmo quando cessada sua vigência, ainda que prejudique o agente. Assim, mesmo que o fato praticado sob a vigência de uma lei temporária ou excepcional seja julgado após a autorrevogação destas, já sob a vigência de uma lei comum mais benéfica que tenha recobrado sua eficácia, esta não poderá retroagir, haja vista o mandamento do Art. 3º do CP: “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.”

Para entender estas leis, Edmundo José de Bastos Junior (1998, p. 24-25) nos traz o seguinte exemplo:

Durante período de violenta estiagem, entrou em vigor lei considerando contravenção penal o desperdício de água (lavação de veículos, irrigação de jardins). Quatro meses depois, cessada a calamidade, a lei perdeu sua eficácia. [...] Para prevenir a extinção de determinada espécie marinha, foi promulgada lei, com prazo de vigência fixado em dois anos, considerando crime a sua pesca.

A ultra-atividade de lei temporária e excepcional tem uma razão prática evidente, revelada na Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal: “Esta ressalva visa impedir que, tratando-se de leis previamente limitadas no tempo, possam ser frustradas as suas sanções por expedientes astuciosos no sentido do retardamento dos processos penais.” (ESTEFAN, 2012, p. 149).

3.6 Retroatividade e norma penal em branco

As normas penais em branco são normas incriminadoras incompletas, em que a exata compreensão dos elementos do fato deve ser buscada em outras esferas normativas. (MARINHO; FREITAS, 2007, p. 125).

Em relação ao princípio da retroatividade, quando é revogada uma norma que complementa uma norma penal em branco, a revogação da própria incriminação do fato aplicado vai depender da natureza da norma complementar que foi revogada. Se esta tem caráter excepcional ou temporário, não ocorre a *abolitio criminis*, usando a regra do Art. 3º do CP. No entanto, se a regra complementar não tem caráter temporário ou excepcional, aplica-se o Art. 2º, parágrafo único, do CP, ocorrendo neste caso a *abolitio criminis*. (MARINHO; FREITAS, 2009, p. 76).

3.7 Tempo do crime

Tempo do crime é o momento em que se considera cometido o crime. A importância da definição do tempo do crime tem relevância jurídica tanto para o reconhecimento de normas penais (para fixar a lei que o vai reger), bem como para definição de imputabilidade do sujeito (no caso de menoridade).

Existem três teorias a respeito da fixação do tempo do crime:

- a **teoria da atividade** atém-se ao momento da prática da ação (ação ou omissão), ou seja, considera o crime praticado no momento da ação ou omissão, ainda que o momento do resultado seja outro;
- a **teoria do resultado** considera o *tempus delicti*, isto é, o momento da produção do resultado; e
- a **teoria mista (ubiquidade)** entende que o *tempus delicti* é, indiferentemente, o momento da ação ou do resultado.



A teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro, em seu Art. 4º, é a **teoria da atividade**: “Art. 4º - Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado.”

Portanto a teoria da ação ou da atividade é a acolhida pelo nosso Ordenamento Jurídico, sendo o tempo do crime, o momento da ação ou omissão. Nas palavras de Nucci: “Ilustrando, dado o tiro, para matar, no dia 12 de abril, falecendo a vítima, em virtude disso, no dia 25 de julho, considera-se data do crime o dia 12 de abril.” (NUCCI, 2012, p. 38).

A partir deste critério a respeito do tempo do crime, há delito permanente, delito continuado, concurso de pessoa, delitos habituais e delitos omissivos.

Delitos permanentes são aqueles delitos em que o momento da consumação se alonga no tempo. O tempo do crime é o da sua duração. Por exemplo: Art. 148 do CP: “Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado.”

Delitos continuados constituem uma sucessão de crimes cuja execução guarda identidade de tempo, lugar e modo de execução, e consideram-se as condutas subsequentes à continuação da primeira. O tempo do crime é o momento da prática de cada ação ou omissão. Por exemplo, o Art. 71 do CP:

Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

O **concurso de pessoa** acontece quando mais de uma pessoa concorre para a prática do crime. O tempo do crime é o da ação de cada participante separadamente. Por exemplo: o Art. 29 do CP: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.”

Delitos habituais configuram-se com a repetição de ato. O tempo do crime é o momento da caracterização do hábito, isto é, da prática repetitiva. Um exemplo é o Art. 230 do CP:

Art. 230 - Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:

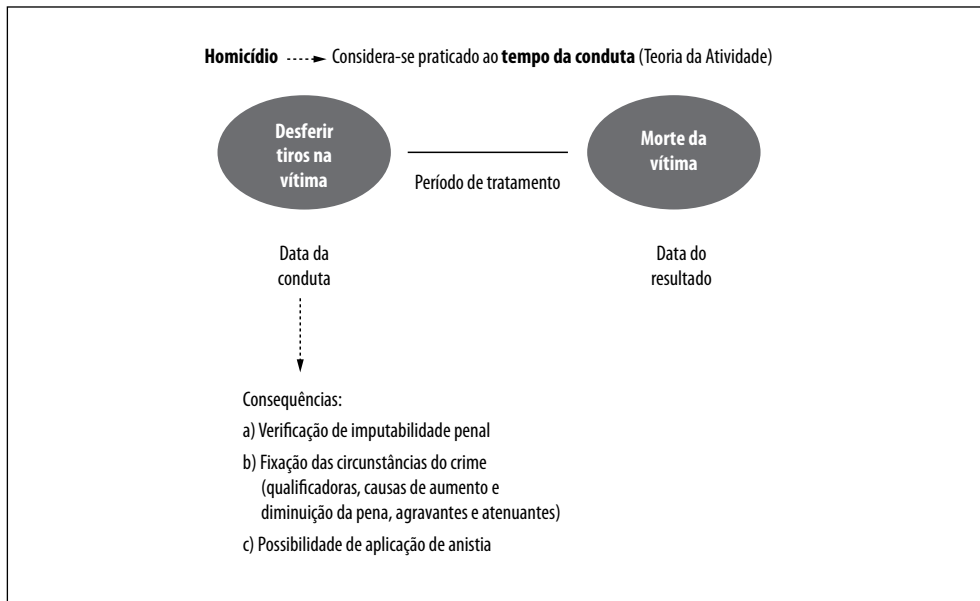
Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1º do art. 227: Pena - reclusão, de três a seis anos, além da multa.

§ 2º - Se há emprego de violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de dois a oito anos, além da multa e sem prejuízo da pena correspondente à violência.

Delitos omissivos são delitos praticados com a inação, a inércia. O tempo do crime é o último momento em que o agente pode realizar a ação ou impedir o resultado.

Esquema 2.4 – Tempo do crime (Art. 4º, CP)



Fonte: Nucci (2012, p. 35).

Como já vimos, o nosso ordenamento apresenta outras infrações penais descritas em leis extravagantes, as quais integram a chamada legislação penal extravagante. O Art. 12 do CP estabelece que, caso estas leis especiais contenham dispositivos próprios a respeito de determinado crime, estes prevalecem sobre a regra geral do Código Penal: “Art. 12 - As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.”

Assim, podemos exemplificar tal situação na Lei de Contravenções Penais, em que não é punível a tentativa (Art. 4º, Lei de Contravenções Penais, Decreto-Lei 3.688/41).

Seção 4

A aplicação da lei penal no espaço

Para o Estado, uma das maiores manifestações de soberania é o poder de editar e aplicar as leis penais nos limites de seu território. (MARINHO; FREITAS, 2007, p. 131). O Estado tem soberania para delimitar o poder punitivo, no entanto tem que observar as regras de Direito Internacional (princípio da competência autônoma dos Estados) quando ocorrerem problemas penais que se apresentam no plano internacional. (PRADO, 2008, p. 187).

É importante lembrar a diferença entre o Direito Internacional e Direito Penal Internacional. Enquanto um é composto por normas de origem internacional, o segundo é formado por normas internas dos Estados, que existem na legislação interna destes, regulando conflitos de leis penais nas hipóteses de um crime lesar um bem jurídico de dois países. (BARROS, 2008, p. 73).

A eficácia da lei penal no espaço vem regulada pelo Art. 5º, caput, do Código Penal, que traz o **princípio da territorialidade**. Tal princípio tem sua importância na medida em que um crime viole interesses de dois ou mais países: ou porque a conduta foi praticada no território nacional e o resultado ocorreu no exterior, ou porque a conduta foi praticada no exterior e o resultado ocorreu no território nacional.

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

§ 1º - Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar.

§ 2º - É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em voo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil.

Como você pode perceber, o princípio da territorialidade funda-se no conceito de território e é a principal forma de delimitação de espaço geopolítico. Segundo este princípio, a lei penal só tem aplicação no território do Estado que a determinou, independente da nacionalidade do sujeito ativo do delito ou do titular do bem jurídico lesado. Aplica-se a lei nacional ao fato praticado no território do próprio país.

Território nacional é todo espaço sobre o qual o Estado exerce a soberania política. (SANTOS, 2012, p. 35). Este é composto por território:

- terrestre (as fronteiras territoriais);
- fluvial (relaciona-se aos rios que pertencem ao território nacional e que o integram dentro dos limites reconhecidos);

- marítimo (é composto pelo mar territorial, que compreende uma faixa de doze milhas marítimas de largura, medida a partir da linha baixa-mar do litoral continental e insular brasileiro, tal como indicada nas cartas náuticas de grande escala, reconhecidas oficialmente no Brasil, conforme o Art. 1º, caput, da Lei 8.617, de 4 de janeiro de 1993);
- aéreo (é adotada no Brasil a teoria da soberania sobre a coluna atmosférica, prevista no Art. 2ª do Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986); e
- cósmico (conforme os artigos 1º e 2º do Decreto Legislativo nº 41/68, ratificados pelo Decreto nº 64.362/69, o espaço cósmico poderá ser explorado e utilizado livremente por todos os Estados).

Consideram-se espaços territoriais, também, as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro, onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar.

Por vezes, o princípio da territorialidade torna-se ineficaz em relação aos delitos praticados no exterior. Segundo Barros, nem sempre, dependendo “da relevância dos interesses lesados ou da nacionalidade brasileira do agente, o Brasil se mostre interessado em punir. Em razão disso o princípio da territorialidade não é adotado de maneira absoluta.” (BARROS, 2008, p. 82).

Assim, outros princípios foram adotados como exceção, tais como o princípio da nacionalidade, o princípio da defesa, o princípio da justiça penal universal e o princípio da representação. Estes acontecem nos casos previstos em lei e em convenções, tratados e regras de direito internacional.

O princípio da **nacionalidade**, também chamado de princípio da personalidade, estabelece que a lei penal do Estado é aplicável aos seus cidadãos onde quer que se encontrem.

O princípio da **defesa**, também chamado de princípio real ou princípio da proteção, leva em conta a nacionalidade do bem jurídico lesado pelo crime, independentemente do local de sua prática ou da nacionalidade do sujeito ativo.

O princípio da **justiça penal universal** preconiza o poder de cada Estado de punir qualquer crime, seja qual for a nacionalidade do delinquente e da vítima, ou o local de sua prática.

Conforme o princípio da **representação**, a lei penal de determinado país é também aplicável aos delitos cometidos em aeronaves e embarcações privadas, quando realizados no estrangeiro e aí não venham a ser julgados.

Segundo Nucci (2012, p. 46), a **extraterritorialidade** acontece quando se aplica a lei brasileira a infrações penais cometidas fora do território nacional, mas estas devem encaixar-se nas hipóteses expressamente previstas em lei, conforme o Art. 7º do Código Penal:

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

I - os crimes:

- a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;
- b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público;
- c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço;
- d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;

II - os crimes:

- a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;
- b) praticados por brasileiro;
- c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

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

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

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

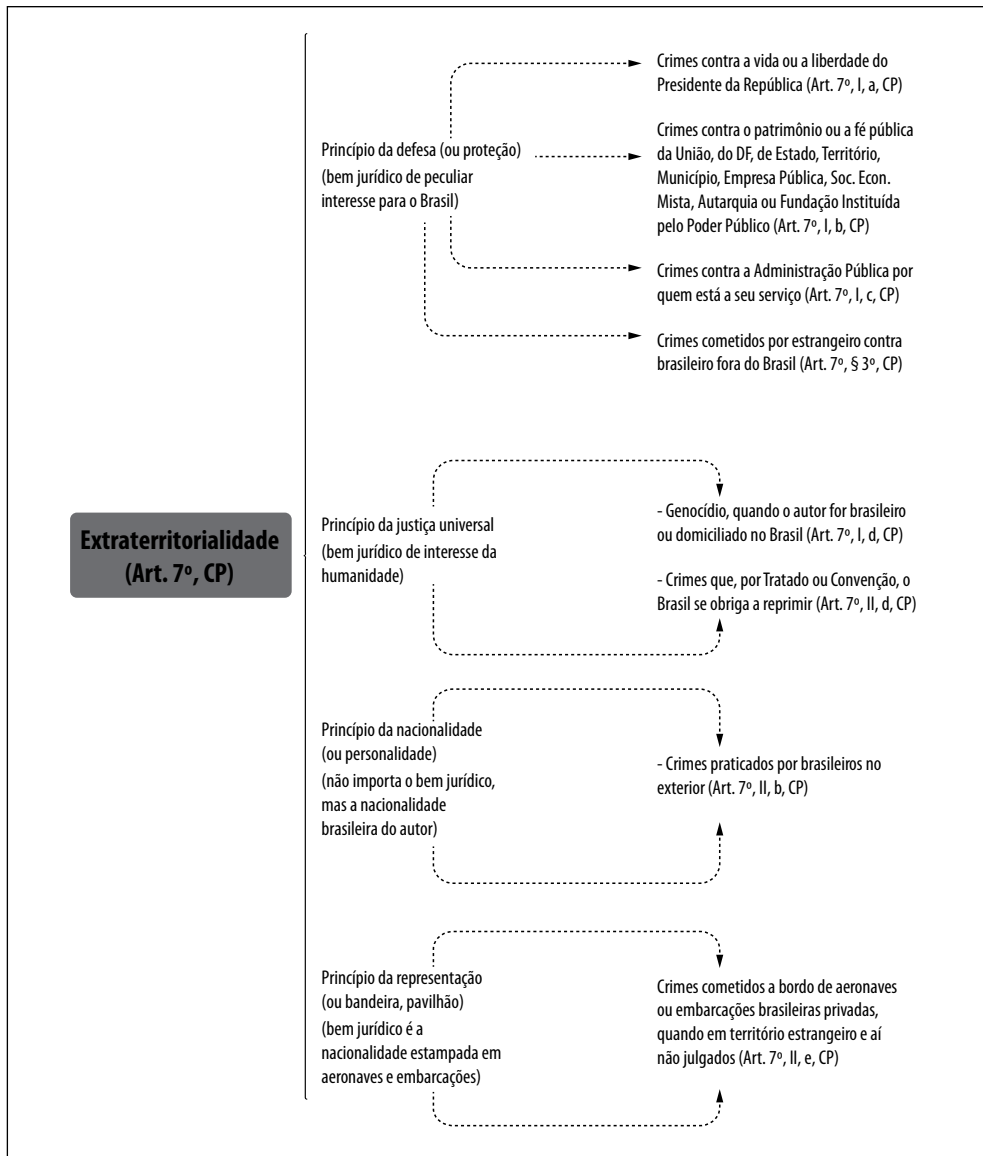
§ 3º - A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior:

- a) não foi pedida ou foi negada a extradição;
- b) houve requisição do Ministro da Justiça.

Assim, pode-se fazer a seguinte síntese no que se refere à lei penal no espaço:

- Regra: princípio da territorialidade (Art. 5º, Código Penal)
- 1ª exceção: princípio da defesa (Art. 7º, I, § 3º, Código Penal)
- 2ª exceção: princípio da justiça universal (Art. 7º, II, a, Código Penal)
- 3ª exceção: princípio da nacionalidade (Art. 7º, II, b, Código Penal)
- 4ª exceção: princípio da representação (Art. 7º, II, c, Código Penal)

Esquema 2.5 – Extraterritorialidade



Fonte: Nucci (2012, p. 43).

4.1 Lei penal em relação à pessoa

Convenção

Convenções de Viena, de 1961 e 1963, aprovadas por decretos.

Imunidades diplomáticas e consulares são privilégios dados aos diplomatas e agentes consulares estrangeiros que não ficam obrigados à lei brasileira no que se refere a delitos cometidos em território nacional. Haverá uma garantia por **convenção**, de que somente devem responder perante organismos judiciários do país de origem.

Não é uma forma de isenção de pena. Nucci (2012, p. 46) esclarece que, “em verdade, a imunidade diplomática pertence ao estado de origem do diplomata ou agente consular, de modo que somente ele pode renunciar a tal isenção.”

As **imunidades parlamentares** dizem respeito a determinadas prerrogativas conferidas por lei ao Poder Legislativo, com a finalidade de assegurar o livre exercício de suas funções de representantes da sociedade. As imunidades parlamentares vêm reguladas pelo Art. 53 da Constituição Federal e podem ser absolutas ou relativas.

A imunidade absoluta garante ao parlamentar o pleno exercício da representação do povo, sem temores. Já a imunidade relativa, ou processual, é a impossibilidade de processar o parlamentar, sem a autorização de sua Casa Legislativa, por delitos cometidos durante o mandato, sendo o Procurador Geral da República quem apresentará a denúncia ao Supremo Tribunal Federal – STF (NUCCI, 2012, p. 46).

Se recebida [a denúncia], comunica-se a Câmara ou Senado, conforme o caso, que pelo voto da maioria dos seus membros, havendo provocação de partido político nela representada, pode sustar o andamento de demanda, desde que não tenha ocorrido o trânsito em julgado. [...] o parlamentar somente pode ser preso em flagrante de crime inafiançável, quando os autos do flagrante serão remetidos à Presidência da Casa respectiva, em 24 horas. Reunida, pelo voto da maioria dos seus membros, resolve-se o destino da prisão (mantém-se ou relaxa-se). Deputados estaduais possuem as mesmas imunidades dos federais. Vereadores possuem imunidade substantiva (por delito de opinião), no exercício do mandato e nas circunstâncias de seu Município. (NUCCI, 2012, p. 46).

A **extradição** é um recurso empregado em colaboração internacional para combater a criminalidade. Este consiste na entrega, por parte do Estado, de um acusado ou condenado que se encontre em seu território, a outro Estado, que o esteja reclamando, a fim de julgá-lo por determinada acusação. (BRUNO, 1959, p. 237). Para que ocorra a extradição, é necessário que, entre os Estados,

requerente e requerido, haja tratados (bilaterais ou multilaterais) a respeito do assunto ou, então, que o Estado requerente se comprometa com reciprocidade de tratamento ao Estado requerido. (ESTEFAN, 2012, p. 165).

Para disciplinar o assunto, nossa Constituição Federal, em seu Art. 5º, inciso LI, estabelece: “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.” Também, no inciso LII do mesmo artigo, institui: “não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião”, cabendo ao STF julgar se o fato enquadra-se nestes conceitos.

Já a **expulsão** ocorre quando um estrangeiro pratica um atentado à ordem pública em nosso país ou ingressa nele de forma irregular, cabendo a decisão da expulsão ao Presidente da República.

O Art. 8º do Código Penal aplica-se aos casos em que o agente responda por dois processos decorrentes do mesmo fato, um no exterior, outro no Brasil, sobrevivendo duas condenações: “Art. 8º - A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.”

Assim, tal disposição estabelece que, se o sujeito ativo de um crime já tiver cumprido pena no estrangeiro, esta será descontada na execução da pena eventualmente aplicada no Brasil (quando idênticas), ou servirá para atenuá-la (quando diversas). Uma vez que a pena cumprida lá fora e a pena que deva ser aplicada em nosso país sejam de espécies diferentes, a proporção será fixada pelo juiz.

O Art. 8º afasta a possibilidade de *bis in idem*, amenizando o rigor da norma disposta no § 1º do Art. 7º, que declara o agente punível segundo a lei brasileira, não importa se ele tenha sido absolvido ou condenado no estrangeiro.

A **eficácia da sentença estrangeira** é regulada pelo Art. 9º do Código Penal. Conforme a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, o referido artigo elenca as hipóteses em que a sentença penal estrangeira precisa de homologação para que possa produzir efeitos em nosso país (ESTEFAN, 2012, p. 166):

Art. 9º - A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para:

I - obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis;

II - sujeitá-lo a medida de segurança.

Portanto, o Art. 9º permite a execução da homologação de sentença estrangeira unicamente para efeito de reparação do dano ou restituição da coisa, ou imposição de medida de segurança, e somente se, da lei brasileira, resultarem as mesmas consequências produzidas no estrangeiro.

A execução da pena é um ato de soberania de um país, razão pela qual, no Brasil — reforçando o que já foi dito — somente pode ser admitida a sentença estrangeira:

- quando produza, na espécie, os mesmos efeitos da lei penal nacional;
- quando se verifica o preenchimento dos requisitos constantes do Art. 788 do Código de Processo Penal;
- para obrigar o condenado a reparar o dano, a restituir a coisa e a outros efeitos civis; e
- para sujeitar o condenado a medida de segurança.

A homologação de sentença estrangeira é de competência do Superior Tribunal de Justiça, conforme a Constituição Federal. Vale lembrar, ainda, que a sentença estrangeira não depende da referida homologação para a produção da reincidência, para impedir o sursis ou para aumentar o período para obtenção do livramento condicional. (ESTEFAN, 2012, p. 166).

4.2 Lugar do crime

O lugar do crime é o lugar onde se considera que ele foi praticado. É, portanto, o lugar da ação ou omissão, no todo ou em parte.

Relembrando o que você já viu quando estudava o tempo do crime, existem igualmente três teorias a respeito da fixação do lugar do crime:

- a **teoria da atividade**, segundo a qual, é considerado lugar do crime aquele em que o agente desenvolveu a atividade criminosa, onde praticou os atos executórios;
- a **teoria do resultado**, segundo a qual, o *locus delicti* é o lugar da produção do resultado;
- e a teoria da **ubiquidade**, em cujos termos, o lugar do crime é aquele em que se realizou qualquer um dos momentos do *iter* (o itinerário do crime), seja na prática dos atos executórios, seja na consumação.

A teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro, em seu Art. 6º, é a **teoria da ubiquidade**: “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.”

Portanto, para efeito da aplicação da lei penal no espaço, a teoria mista ou da ubiquidade considera como lugar do crime tanto o local da ação quanto o local do resultado. Isso vale para os casos em que os crimes são começados no Brasil e finalizados no exterior, ou *vice-versa*. Para as hipóteses de crimes cometidos inteiramente no território nacional, aplica-se o Art. 70 do Código Processual Penal para fixação do foro competente. (NUCCI, 2012, p. 47).

Seção 5

Contagem do prazo penal e frações penais

A **contagem do prazo penal** relaciona-se à forma de contagem dos prazos, como, por exemplo, o tempo de cumprimento de pena, o prazo decadencial, bem como os prazos prescricionais.

Estes prazos diferem dos prazos processuais, uma vez que, nos penais, inclui-se o dia do começo, não importando a hora. (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2013, p. 99). Assim, se uma pena começa a ser cumprida às 23h30min, os minutos restantes serão contados como sendo um dia.

Os prazos processuais, por outro lado, estão regulados pelo Art. 798, § 1º, do Código de Processo Penal, o qual determina a exclusão do 1º dia da contagem. Desta forma, se a intimação da sentença ocorre no dia 25, começa a contar o prazo para recorrer desta no dia seguinte, dia 26, ou no primeiro dia útil.

A forma de contagem de prazos do Direito Penal está estabelecida no Art. 10 do CP: “O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.”



Lembre-se sempre de que os prazos penais são improrrogáveis (se terminar em final de semana ou feriados, o prazo está encerrado) e os meses e anos são contados pelo calendário comum, não importando se o ano for bissexto ou se o mês tem 30 ou 31 dias.

A este propósito, Junqueira e Vanzolini (2013, p. 99) citam o seguinte exemplo: “se um prazo de 6 meses inicia no dia 5 de maio, irá terminar no dia 4 de novembro (posto que, se o dia do início é incluído, o dia do final é excluído), não importando quantos dias existem nesse intervalo.”

Quanto às **frações penais**, CP prevê em seu Art. 11 que devem ser desprezadas frações de dia e de valor: “Art. 11 - Desprezam-se, nas penas privativas de liberdade e nas restritivas de direitos, as frações de dia, e, na pena de multa, as frações de cruzeiro.”

Caso o montante da pena resulte em número fracionado, o juiz deve ignorar as frações de dia nas penas privativas de liberdade ou restritivas de direito. Da mesma forma, na pena de multa, deve ignorar as frações de Real após a atualização monetária pelo contador judicial.

Bastos Jr. (1998, p. 37) traz o seguinte exemplo:

Ao calcular uma pena de detenção, um juiz chegou ao quantum de um ano e quinze dias, que deve ser reduzida à metade. Na mesma sentença, foi aplicada pena de multa, fixada em R\$ 72,70.

Metade de um ano e quinze dias são exatamente seis meses, sete dias e doze horas. Desprezada a fração de dia, a pena definitiva ficará em seis meses e sete dias. A multa, descartados os centavos, será de R\$ 72,00.

Assim, frações de dias e valores são descartadas pelo juiz no momento da sentença.

Capítulo 3

Teoria do crime

Habilidades

Neste capítulo, você desenvolverá habilidades que lhe permitirão aplicar a lei penal e definir uma infração penal. Ao final do seu estudo, você também estará apto/a a identificar os elementos que compõem o fato típico e a ilicitude da conduta, e compreender a culpabilidade do agente, bem como a classificação doutrinária dos crimes.

Seções de estudo

Seção 1: Teoria geral do crime

Seção 2: Classificação doutrinária dos crimes

Seção 1

Teoria geral do crime

O crime pode ser conceituado como material, formal ou analítico. O **conceito material de crime** é a ação ou omissão, imputável a uma pessoa, lesiva ou perigosa a interesse penalmente protegido, constituída de determinados elementos e, eventualmente, integrada por certas condições ou acompanhada de determinadas circunstâncias previstas em lei.

O aspecto material do crime é o que estabelece a essência do conceito, o porquê de um fato ser considerado criminoso, e outro não. Nas palavras de Capez (2012, p. 134), “[...] crime é todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social.”

O **conceito formal** de crime estava contido no Código Criminal do Império (1830) e no Código Penal da República (1890). Conforme este conceito, nas palavras de Edgar Magalhães Noronha (1999, p. 96), “crime é a conduta humana que infringe a lei penal.” Ou seja, considera-se crime aquilo que o legislador descreve como tal. A culpabilidade, então, constitui pressuposto da pena.

O **conceito analítico (dogmático ou operacional)** de crime busca estabelecer elementos estruturais do crime, de modo a permitir a correta decisão sobre a infração e seu autor, através da análise das partes que compõem o todo. Conforme a definição analítica de crime adotada pela doutrina, o crime é um fato típico e ilícito, e os doutrinadores colocam a culpabilidade como elemento exterior ao conceito de delito, por ser mero juízo de reprovação. Por outro lado, Jesus, Dotti e a corrente majoritária das doutrinas, consideram crime como fato típico ilícito (antijurídico) e culpável, sendo a culpabilidade um componente estrutural do crime. (MARINHO, 2009, p. 11).

Assim, Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 72) sintetiza:

Definições materiais mostram o fato punível como lesão do bem jurídico protegido no tipo penal – por exemplo, o homicídio como destruição da vida humana.

Definição formal mostra o fato punível como violação da norma legal ameaçada com pena - por exemplo, o homicídio como violação da norma não deves matar.

Definições operacionais mostram o fato punível como conceito analítico estruturado pelos componentes do tipo de injusto e da culpabilidade – por exemplo, o homicídio como injusta produção da morte de alguém por um autor culpável.

Conforme o conceito analítico, portanto, o crime é um fato típico e ilícito. A propósito, tipicidade é o enquadramento da conduta do agente, com a descrição típica da norma. Nas palavras de Gonçalves (2012, p. 53), “para que haja crime é necessário que o sujeito realize, no caso concreto, todos os elementos componentes da descrição típica (definição legal do delito).”

1.1 Tipo penal

O tipo penal é o fato descrito na norma penal como sendo crime. É uma norma que descreve condutas criminosas em abstrato. A obviedade jurídica dos tipos penais diz respeito ao bem jurídico que a norma penal quer proteger, como, por exemplo, a vida, o patrimônio, os condutores, a saúde pública, a administração pública, entre outros.

Para Bittencourt (2003, p. 199):

Tipo é o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal. O tipo exerce uma função limitadora e individualizadora das condutas humanas penalmente relevantes. É uma construção que surge da imaginação do legislador, que descreve legalmente as ações que considera, em tese, delitivas. Tipo é um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido. Cada tipo apresenta características e elementos próprios que o distinguem dos outros, tornando todos especiais no sentido de serem inconfundíveis, inadmitindo-se a adequação de uma conduta que não lhe corresponda perfeitamente. Cada tipo desempenha uma função particular, e a ausência de um tipo não pode ser suprida por analogia ou interpretação extensiva.

Para que haja o tipo penal, a conduta há de se ajustar ao chamado fato típico previsto na norma, o que, aliás, segue o princípio da reserva legal. O fato típico é o comportamento humano (positivo ou negativo) que provoca um resultado e está previsto em lei penal como infração. É aquele que se enquadra nos elementos contidos no tipo penal.

Para que esse enquadramento (subsunção) seja possível, Capez (2012, p. 136) afirma que são necessários quatro elementos:

- conduta humana dolosa ou culposa;
- resultado (para os crimes materiais, ou seja, que deixem resultados);
- nexos de causalidade entre a conduta e o resultado;
- tipicidade (estar o ato previsto na norma penal).

O professor Edmundo José de Bastos Júnior (2002, p. 20) é elucidativo quanto a essa questão:

O princípio da reserva legal se reflete na tipicidade. Tipo é a descrição contida na lei. Diz-se típico o fato que coincide como tipo penal, ajustando-se à conduta nela descrita. Se não há essa coincidência, trata-se de fato atípico, a salvo de qualquer sanção penal a despeito de sua eventual imoralidade.

Verifique que o mesmo autor (op. cit.) nos apresenta alguns exemplos interessantes:

Inocência, no exercício da mais antiga profissão do mundo, realiza discretamente o seu *trottoir*, sem praticar ato ofensivo ao pudor (apesar da conduta ser “imoral”, penalmente ela é atípica, não constitui crime).

Um guarda de trânsito deixa de aplicar multa ao motorista infrator em razão de propina oferecida por este (ocorreu um fato típico – art. 317 CP, corrupção passiva).

A adequação típica é a adaptação do fato à norma penal. Isto pode ocorrer de duas maneiras: por subordinação imediata ou por subordinação mediata. Na **subordinação imediata**, o fato se enquadra na norma penal imediatamente, sem necessidade de outra disposição. Por exemplo: homicídio. Este crime está no Código Penal, com a autoria e a consumação.

Já na forma de **subordinação mediata** (ampliada ou por extensão), o fato não se enquadra imediatamente na norma penal incriminadora, necessitando, para isso, do concurso de outras disposições. Nos casos de tentativa (Art. 14, II, Código Penal - CP) e coautoria (Art. 29, CP), por exemplo, o fato não está expresso no tipo, e é necessário ir a outro artigo para enquadrá-lo.

Os elementos do tipo podem ser elementos objetivos, elementos normativos e elementos subjetivos. Os **elementos objetivos** referem-se à materialidade da infração penal, especialmente aos sujeitos do delito, à forma de execução, ao tempo, ao lugar e ao modo. Estes elementos são chamados descritivos, pois descrevem a conduta de alguém. Assim, o elemento objetivo central de um tipo

Repouso noturno

Durante o sono da vítima.

Lugar ermo

Em lugar deserto.

é o verbo (matar, subtrair, estuprar etc.). A este elemento central, acrescentam-se os elementos que especificam as circunstâncias. Por exemplo: “crime praticado durante o **repouso noturno**” (Art. 155, § 1º, CP); “abandono [...] em **lugar ermo**” (Art. 150, § 1º, CP).

Os **elementos normativos** são determinados comportamentos relativos a um juízo de valor de quem pratica a conduta que se situam no campo da tipicidade e “que podem ser determinados tão só mediante juízo de valor da situação de fato.” (DAMASIO, 2008, p. 273).

Segundo Bittencourt:

Elementos normativos são aqueles para cuja compreensão é insuficiente desenvolver uma atividade meramente cognitiva, devendo-se realizar uma atividade valorativa. São circunstâncias que não se limitam a descrever o natural, mas implicam um juízo de valor. São exemplos característicos de elementos normativos expressões tais como “indevidamente” (Art. 151, §1º, II; 162; 192, I; 316; 317; 319 etc.); “sem justa causa” (Art. 153; 154; 224; 246; 248) [...]. Esses tipos penais foram denominados por Asúa por **tipos anormais**. (BITENCOURT, 2012, p. 342, grifo nosso).

Os **elementos subjetivos** referem-se ao estado anímico do sujeito, ao fim especial da conduta ou ao estado de consciência do agente em relação a determinada circunstância. O tipo, neste caso, diz respeito aos “dados ou circunstâncias que pertencem ao campo psíquico espiritual e ao mundo de representação do autor.” (BITENCOURT, 2012, p. 342).

É através da busca da análise dos elementos subjetivos do tipo, ou seja, do que impeliu o agente a praticar determinada conduta considerada delitativa, que se poderá aplicar ao fato a norma penal cabível. Um exemplo é o disposto no Art. 130, § 1º, do CP: a “intenção do agente [de] transmitir a moléstia.” É por esta razão que:

As ações dos tipos de crime doloso não podem ser apreendidas suficientemente sem a tendência da vontade que as conduz e anima (Welzel). Nesses tipos, o aspecto subjetivo compõe-se necessariamente do dolo, de outros elementos subjetivos especiais da conduta, chamados elementos subjetivos do tipo (injusto). (FRAGOSO, 2006, p. 208-209).

A tipicidade visa, portanto, a apontar os caracteres legais expressivos da necessidade de intervenção estatal, criminalizando aquelas condutas consideradas pela sociedade e pelo Estado como sendo atentatórias à ordem pública e à promoção da paz social.

É interessante notar que:

No Direito Penal Moderno, não se pode dar um mero conteúdo formal à tipicidade. A tipicidade penal é às vezes bem mais que mera adequação ao tipo legal. Para que se caracterize a primeira, diz o penalista argentino Eugênio Raul Zaffaroni, é necessário que se verifique ter sido atingido o bem jurídico protegido (cf. Tratado III, título III, Ediar, 1981). Em outras palavras, a análise do tipo penal, segundo o renomado professor, não se esgota na verificação da adequação da conduta à individualização, predominantemente descritiva, feita no processo legal, isolado, sendo necessário indagar-se se a objetividade jurídica foi efetivamente atingida. A norma e o bem jurídico tutelado é que limitam o tipo penal. Não havendo demonstração de que o bem jurídico foi afetado, não há tipicidade penal, ainda que haja adequação formal ao tipo, ou seja, tipicidade legal. (AMARO apud TACRIM SP – 2007, p. 94, grifo nosso).

Kelseniana

Referente à doutrina de Hans Kelsen, que hierarquiza as normas penais.

A análise sobre o tipo penal tem também uma concepção **kelseniana**, no sentido de haver uma hierarquização de nossas leis penais, as quais se submetem ao texto constitucional e princípios que nos legou. Estes, apesar de remontarem aos ideários da revolução burguesa, foram consagrados no direito pátrio e têm sido reiteradamente

invocados pelos exegetas do direito no sentido de se ilidirem abusos e tornar real e dinâmico o previsto no Art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: “não há crime sem lei anterior que o defina, não há penas sem prévia cominação legal.”

Nosso Código Penal, que adotou um sentido de vinculação à norma constitucional, reproduziu, já em seu primeiro artigo, a mesma concepção garantista do direito de punir do Estado, consagrando os princípios da legalidade, da reserva legal e da anterioridade. No entanto, para a conduta ser considerada crime, não basta ser típica, mas tem também que ser ilícita ou antijurídica, e passível de culpabilidade.



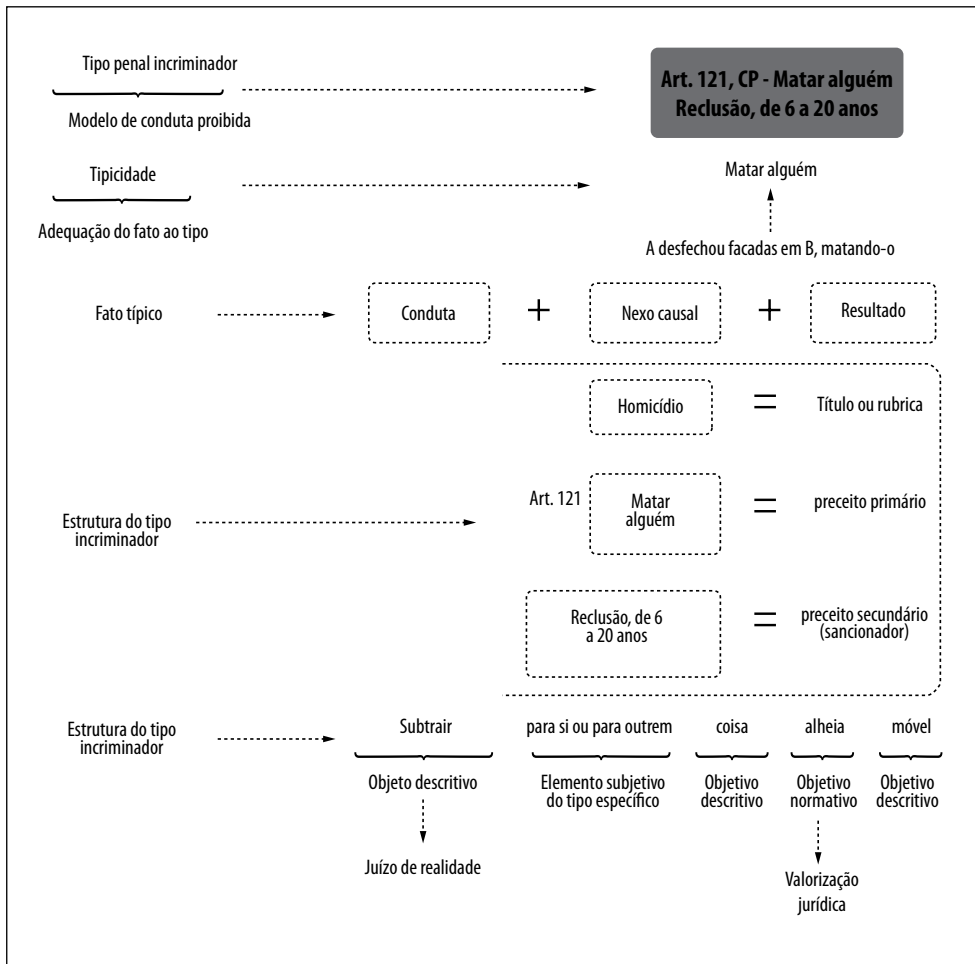
Antijuricidade é a relação de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico. A conduta descrita em norma penal incriminadora será ilícita ou antijurídica quando não for expressamente declarada lícita. Já a **culpabilidade** é a reprovação da ordem jurídica que vem recair sobre o agente: reprovabilidade pessoal da conduta típica e antijurídica.

Por fim, para encerrar esta explanação sobre a tipologia criminal, é necessário considerar, ainda, as noções de **capacidade penal, incapacidade penal e punibilidade**.

A capacidade penal é o conjunto de condições necessárias para que o sujeito seja titular de direitos e obrigações no campo penal. Em regra, é a pessoa humana. A incapacidade penal se dá quando não há qualidade de pessoa humana viva e quando a lei penal não se aplica a determinada classe de pessoas.

Já a punibilidade é a consequência jurídica do crime. Com a violação da norma penal, surge para o Estado o direito de punir o sujeito ativo da infração. (CARVALHO, 2013).

Esquema 3.1 – Tipologia criminal



Fonte: Nucci (2012, p. 92).

1.2 Teoria da ação

A estrutura e os requisitos do crime são definidos conforme a maneira como cada teoria concebe a conduta, o primeiro elemento do fato típico. Não há crime sem conduta.

Existem várias teorias a respeito da conduta. Dentre elas, destacam-se a teoria causal (clássica ou naturalista), a teoria finalista, a teoria social e a teoria constitucionalista.

1.2.1 A conduta na teoria causal (clássica ou naturalista)

O conceito causal de ação foi elaborado no final do século XIX, pelos fundadores do sistema clássico de fato punível, Franz von Liszt, Ernst von Beling e Gustav Radbruch, este último responsável por sua fundamentação.



Segundo tal conceito, a “ação é considerada uma modificação causal do mundo exterior, perceptível pelos sentidos, e produzida por uma manifestação de vontade, isto é, por uma ação ou omissão voluntária.” (BITENCOURT, 2012, p. 279).

Nas palavras de Von Liszt (apud BITENCOURT, 2012, p. 279), “a violação que caracteriza a manifestação de vontade e, por conseguinte, a ação, significa, simplesmente, no sentido desta concepção, o impulso da vontade. [...] pode-se concebê-la psicologicamente como aquele fenômeno da consciência pelo qual estabelecemos causas.”

A ação, portanto, é o movimento corpóreo capaz de produzir alguma alteração no mundo exterior, sendo desnecessário saber — para caracterizar o fato típico — se a conduta foi produzida por dolo, ou se por culpa. O que importa é estabelecer a causa e o efeito. A conduta é simples exteriorização de movimento desprovido de finalidade, e a análise do dolo e da culpa será feita posteriormente, na aferição da culpabilidade.

Assim, para a teoria clássica, o crime tem o **modelo tripartido**, segundo o qual um crime implica:

1. fato típico (conduta, resultado, nexos causal, tipicidade);
2. antijuridicidade (ilícito); e
3. culpabilidade (imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa, dolo e culpa).

Nas palavras de Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 76):

O modelo clássico de fato punível, conhecido como modelo de LISZT/BELING/RADBRUCH, originário da filosofia naturalista do séc. 19, parece claro e simples: a) a ação é um movimento corporal causador de um resultado no mundo exterior; b) a tipicidade é a descrição objetiva do acontecimento; c) a antijuridicidade é a valoração de um acontecimento contrário às proibições e permissões do ordenamento jurídico; d) a culpabilidade é um conceito psicológico, sob as formas de dolo e imprudência, que concentra todos os elementos subjetivos do punível.

O mesmo autor cita os juristas alemães Claus Roxin, Hans-Heinrich Jescheck, Günter Weigend, Edmund Mezger e Hans Frank quando expõe a evolução do sistema clássico do fato punível do modelo causal da ação para o sistema neoclássico de fato punível, resultado da reorganização teleológica do modelo causal, segundo fins e valores do Direito Penal.

Assim, o conceito da ação passa a ser não apenas naturalístico, mas também normativo, sendo redefinido como “comportamento humano voluntário”. A antijuridicidade deixa de ter uma natureza livre de valor e passa a incluir elementos normativos, como motivo torpe, por exemplo, e elementos subjetivos, como “intenções tendenciais especiais de ação e, até mesmo, o dolo na tentativa”. Já a culpabilidade é assumida como um conceito psicológico normativo, “com a reprovação do autor pela formação de vontade contrária ao dever.” (SANTOS, 2012, p. 83-84).

1.2.2 A conduta na teoria finalista

Opondo-se ao conceito causal de ação, Hans Welzel elabora o conceito finalista, pois acreditava ser insustentável a separação da vontade e seu conteúdo. (BITENCOURT, 2012, p. 280). Tal teoria começou ser elaborada no final da década de 1920 e início da de 1930.

Nas próprias palavras de Welzel (apud BITENCOURT, 2012, p. 281):

Ação humana é exercício de atividade final. Ação é, portanto, um acontecer “final” e não puramente “causal”. A “finalidade” ou o caráter final da ação baseia-se em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta. [...] A finalidade é, por isso – digo graficamente – “vidente”, e a causalidade é “cega”. [...] a vontade é a espinha dorsal de ação final, considerando que a finalidade baseia-se na capacidade de vontade de prever, dentro de certos limites, as consequências de sua intervenção no curso causal e de dirigi-lo, por conseguinte, conforme a um plano, à consecução de um fim.

Assim, a “ação é o comportamento humano voluntário conscientemente dirigido a um fim.” (BITENCOURT, 2012, p. 281). Nesta teoria entende-se que não se pode dissociar a ação da vontade, uma vez que a conduta é precedida de um raciocínio que a leva a realizar-se. Por isso, nessa perspectiva, a “conduta é o comportamento humano, voluntário e consciente (doloso ou culposo), dirigido a uma finalidade.” (GONÇALVES, 2012, p. 43).



Com o finalismo de Hans Welzel, descobriu-se que o dolo e a culpa integram o fato típico da conduta, e não a culpabilidade. Desta forma, quando o dolo e a culpa estão ausentes, o fato é atípico.

Nesta teoria, a culpabilidade deixa de abranger o dolo, isto é, de ser requisito do crime, e passa a ser pressuposto da aplicação da pena. (GONÇALVES, 2012, p. 43).

Para os defensores dessa teoria, o conceito de crime é **bipartido**, ou seja, um crime implica:

1. fato típico (conduta dolosa ou culposa, resultado, nexa causal, tipicidade); e
2. antijurídico (ilícito).

A culpabilidade não é requisito do crime; é pressuposto da aplicação da pena (imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência de ilicitude). A este respeito, Mirabete (2004, p. 104) assim apregoa:

A conduta é uma finalidade, a conduta é uma atividade final humana, e não um comportamento simplesmente casual. No crime doloso, a finalidade da conduta é a vontade de concretizar um fato ilícito. No crime culposos, o fim da conduta não está dirigido ao resultado lesivo, mas o agente é autor de fato típico por não ter empregado em seu comportamento os cuidados necessários para evitar o evento.

Ora, matar uma pessoa com tiros é um fato, contudo a intenção do agente (teoria finalista) é o que definirá o crime. (CARVALHO, 2013, p. 3). Por exemplo:

- matar uma pessoa por dinheiro é latrocínio;
- matar uma pessoa por vingança é homicídio;
- matar uma pessoa em acidente de carro por excesso de velocidade é homicídio culposos.

1.2.3 A conduta na teoria social e na teoria constitucionalista

A teoria social da ação (também conhecida por teoria normativa, teoria da adequação social ou teoria da ação socialmente adequada) é uma teoria pós-finalismo e incorpora conceitos da teoria clássica e da teoria finalista. Foi fundada por Eberhard Schmidt e desenvolvida por Hans-Heinrich Jescheck, Johannes Wessels.

Como observa Ebert (apud SANTOS, 2012, p. 90):

O modelo social da ação é uma moldura preenchível, às vezes, pelo conceito causal de ação, como causação de resultados socialmente relevantes e, às vezes, pelo conceito final de ação, como fator formador de sentido da realidade social, ambos incluídos no conceito social da ação.

Para esta teoria, a ação é uma conduta humana socialmente relevante, isto é, socialmente danosa, que atinge o meio em que vive dominada e dominável pela vontade. (GONÇALVES, 2012, p. 44).

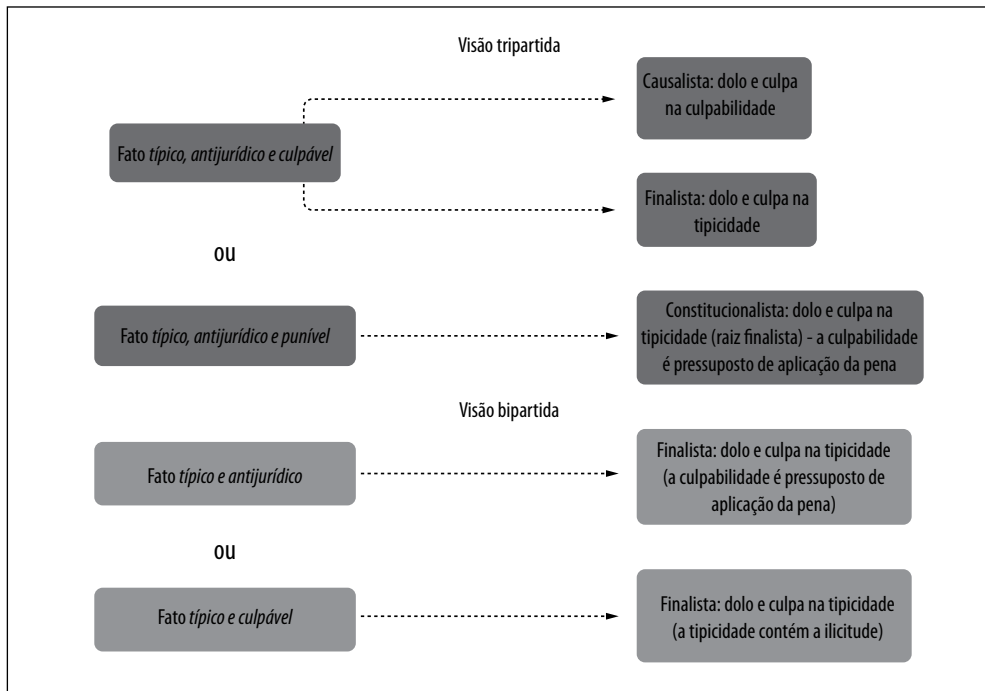
Nas palavras de Mirabete (2004, p. 104):

A teoria social surgiu para ser uma ponte entre as teorias causalista e finalista. Para esta teoria, a ação é conduta socialmente relevante, denominada ou denominável pela vontade humana. [...] As críticas a essa teoria residem na dificuldade de conceituar-se o que seja relevância social da conduta, pois tal exigiria um juízo de valor ético. Tratar-se-ia de um critério vago e impreciso que, inclusive, influiria nos limites da antijuridicidade, tornando também indeterminada a conduta atípica.

Luiz Flávio Gomes (2007, p. 191-194) traz ainda a **teoria constitucionalista**, para a qual a conduta é

[...] a realização voluntária de um fazer ou não fazer (ação ou omissão), dominado ou dominável pela vontade [...]. O dolo não é valorado no âmbito da conduta (como faz o finalismo), e sim, na última etapa (no momento subjetivo) do fato materialmente típico. Já a culpa é valorada no momento axiológico (segunda etapa) do fato materialmente típico.

Esquema 3.2 – Conceito analítico de crime



Fonte: Nucci (2012, p. 68).

No Brasil, até a década de setenta, predominou a teoria causalista do delito (Bento de Faria, Nélsion Hungria, Basileu Garcia, Magalhães Noronha, Aníbal Bruno, Frederico Marques etc.). Dessa época até hoje passou a preponderar a teoria finalista (Mestieri, Dotti, Toledo, Delmanto, Damásio, Mirabete, Tavares, Cirino dos Santos, Bitencourt, Silva Franco, Prado, Capez, Greco, Brandão etc.). O Código Penal adotou o princípio finalista da ação a partir da reforma de 1984, conforme prevê o seu Art. 18.

1.2.4 Formas de conduta: ação e omissão

Existem duas formas de conduta: a comissiva (que envolve ação) e a omissiva (que envolve omissão).

A **conduta comissiva** é praticada mediante uma ação, que consiste em movimento corpóreo tendente a uma finalidade (JESUS, 2008, p. 235), uma atuação positiva do agente, um fazer. “Em regra, os tipos penais são comissivos, isto é, descrevem uma conduta positiva, um fazer. Exemplos: homicídio (matar); lesão corporal (ofender), furto (subtrair) e outros.” (BARROS, 2008, p. 161).

Já as **condutas omissivas** são tipificadas quando o agente não faz o que deveria fazer, mediante inação, pois tem o dever jurídico de agir. A omissão consiste na omissão de uma ação que o sujeito tinha obrigação de realizar.

Existem duas teorias a respeito da natureza da omissão: a teoria naturalista e a teoria normativa.

Na teoria naturalística, “a omissão é uma forma de comportamento que pode ser apreciada pelos sentidos, sem que seja preciso evocar a norma penal. Esta só teria a função de atribuir a ela relevância em face do Direito.” (JESUS, 2008, p. 235-236).

Já, na teoria normativa, a omissão não se resume a um simples não fazer, mas sim a um não fazer alguma coisa. Seu fundamento é o não fazer algo esperado. “Assim, por si mesma, não tem relevância jurídica. [...] Ela surge para o Direito quando se constata que a conduta exigida pela norma não foi realizada pelo sujeito, que deixou de observar o dever jurídico de agir.” (JESUS, 2008, p. 236). A teoria normativa foi adotada pelo nosso Código Penal na reforma de 1984 (Art. §13, 2º).

Os crimes omissivos podem ser próprios ou impróprios. O **crime omissivo próprio** implica a simples abstenção da realização de um ato, independentemente de um resultado posterior. Nas palavras de Estefan (2012, p. 202), “basta que o sujeito se tenha omitido indevidamente, independente da ocorrência de qualquer modificação no mundo exterior.” Exemplo: omissão de socorro (Art. 135, 244 e 269 do CP).

O **crime omissivo impróprio** é aquele em que o sujeito, mediante uma omissão, permite a produção de um resultado posterior. Nos ensinamentos de Barros (2008, p. 163), “A tipicidade consiste na violação do dever jurídico de impedir o resultado.” Um exemplo é a mãe que deixa de amamentar o filho, para que o mesmo morra de inanição (homicídio por omissão). “Nota-se que o núcleo do tipo é o verbo ‘matar’, que envolve uma ação (*facere*). Todavia, o agente transgrediu norma que lhe impõe o dever jurídico de agir para evitar o resultado. O omitente responde por não ter evitado o resultado.” (*loc. cit.*).

São três as hipóteses de dever jurídico de agir: dever legal, dever do garantidor e ingerência dentro da norma.

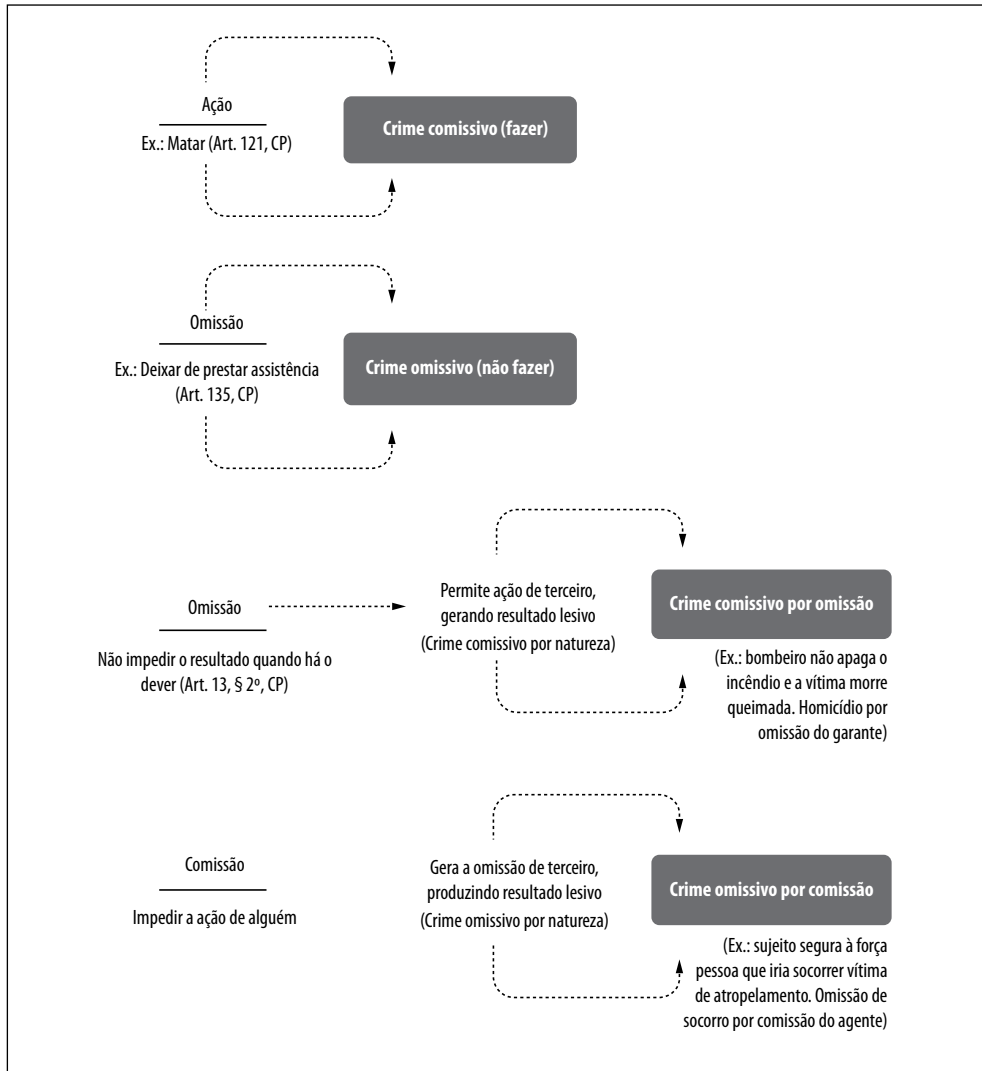
O **dever legal** ocorre quando o agente tiver por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância. Os pais, por exemplo, têm o dever legal de cuidar dos filhos.

O **dever do garantidor** é a hipótese do agente que, por lei, não tem nenhuma obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, no entanto assume essa obrigação por meio de um contrato (por exemplo, uma babá). O dever do garantidor também pode advir da liberalidade, ou seja, alguém que assume livremente a obrigação, independentemente de contrato.

A **ingerência dentro da norma** refere-se ao agente que, com seu comportamento anterior, criou o risco para a produção do resultado e, assim, contraiu o dever de agir para impedi-lo. Exemplos: o causador involuntário de um incêndio e o instrutor de natação que induz um aprendiz a atravessar um rio, e este começa a se afogar.

No Direito Penal brasileiro, quando estiver presente qualquer uma dessas hipóteses, o omitente responderá pelo resultado. Não havendo nenhuma dessas hipóteses, o agente responderá apenas pela omissão de socorro.

Esquema 3.3 – Crimes comissivos e omissivos



Fonte: Nucci (2012, p. 73).

1.3 Relação de causalidade

Assim estabelece o Art. 13 do Código Penal:

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

Superveniência de causa independente

§ 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

Relevância da omissão

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Disso decorre que o **nexo de causalidade** é a relação física de causa e efeito que liga a conduta ao resultado naturalístico, pelo qual se pode dizer que a conduta produziu o resultado. Por exemplo: se João põe a mão no fogo, ela vai queimar, logo, há nexos causal físico entre a conduta e o resultado. Para Luiz Flavio Gomes (2007, p. 262), o conceito de “nexo de causalidade é a relação de causa e efeito que existe entre a conduta e o resultado naturalístico.”

Da mesma forma, Nucci (2012, p. 111), a respeito do nexos causal, afirma: “é o liame estabelecido entre conduta e resultado, permitindo a formação do fato, que será subsumido ao tipo penal”, fazendo, assim, com que o fato constitua-se fato típico. É a relação física de causa e efeito, liga a conduta ao resultado naturalístico, pelo qual se pode dizer que a conduta produziu o resultado.

Também denominada teoria da *conditio sine qua non*, a **teoria da equivalência dos antecedentes causais ou das condições**, elaborada por Julius Glaser e Maximilian von Buri, foi adotada pelo nosso Código Penal em seu Art. 13. Esta teoria significa que a situação que antecede ao resultado é causa do crime, uma vez que, sem o mesmo, não teria ocorrido. Ela não faz distinção entre causa, condição, ocasião ou concausa (outra causa preexistente, concomitante ou superveniente): tudo é causa quando contribui para o resultado.

A doutrina retratada pela teoria *conditio sine qua non* é muito criticada por ser naturalística, demasiadamente ampla, permitindo o *regressus ad infinitum* (regresso ao infinito).



Exemplo extremo de *regressus ad infinitum*: se os pais não tivessem se encontrado naquela noite infeliz, não teria nascido o assassino que praticou aquele crime; logo, os pais são uma das causas do crime cometido pelo filho. Sem eles, o filho não existiria e, assim, não praticaria crime algum.

Nas palavras de Nucci (2012, p. 111):

Trata-se de uma teoria naturalística: os tiros dados na vítima constituem causa do homicídio, assim como a venda da arma para o agente. Afinal, sem a venda, não ocorreriam os tiros daquela arma de fogo. Ambas são antecedentes causais naturais do delito. Somente haverá responsabilidade penal, entretanto, se houver dolo ou culpa em cada uma delas. É a mais adequada teoria em nossa visão.

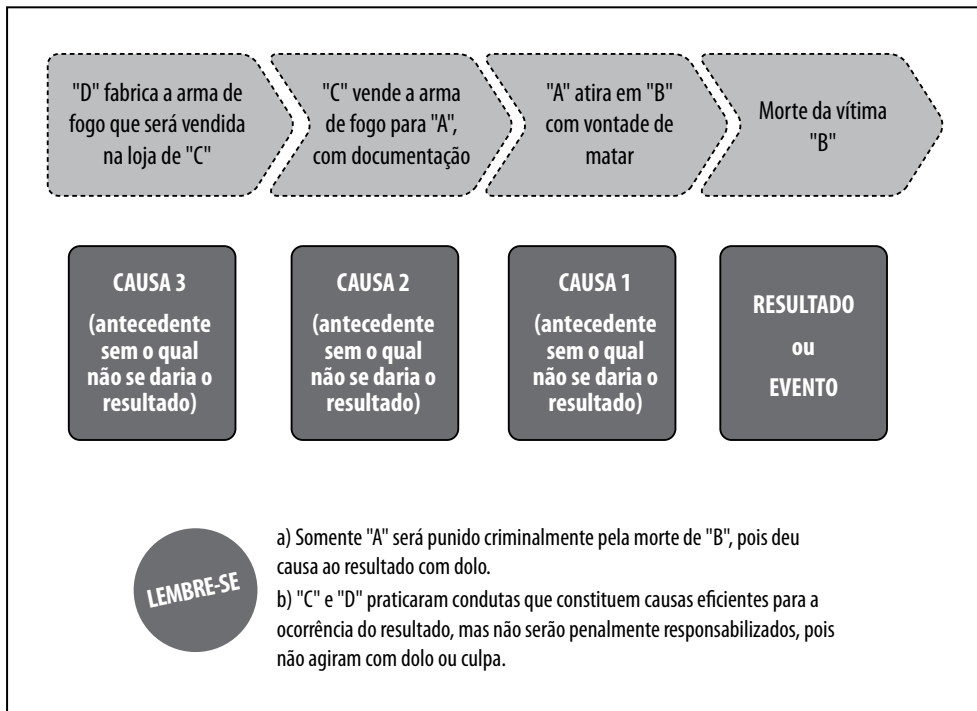
Tal regra é exageradamente elástica e, se aplicada sem critério, gera injustiça. Ora, se fosse aplicada ao pé da letra, permitiria que todos que tivessem contribuído causalmente para o delito seriam responsáveis por ele. Por exemplo: o comerciante que vendeu a arma, o fabricante que a produziu; e os pais, o bisavô e tataravô, estes pelo crime da descendência etc. Como coloca Carvalho (2013, p. 5), a função delimitadora do tipo penal perderia completamente seu sentido se esta teoria fosse acolhida sem reservas, sem limites.

O mesmo autor ensina que os limitadores para evitar o infinito da causa são dois: do lado da doutrina, o “procedimento hipotético de eliminação”, decorrente da teoria da equivalência dos antecedentes; e, do lado da legislação, a limitação legal prevista no § 1º do Art. 13 do Código Penal.

Além disso, Rogério Greco (2008, p. 244) menciona que há uma correção doutrinária destinada a evitar o regresso ao infinito. Segundo este autor, **a cadeia causal é interrompida no momento em que não houver dolo ou culpa** por parte daquelas pessoas que tiveram importância na produção do resultado.

Na prática, a teoria *conditio si ne qua non* não leva a nenhum absurdo punitivo. Estabelece-se um nexos físico, havendo uma relação de causalidade. É necessário, também, fixar o nexos normativo, ou seja, deve haver dolo ou culpa.

Esquema 3.4 – Teoria da equivalência das condições (ou dos antecedentes)



Fonte: Nucci (2012, p. 106).

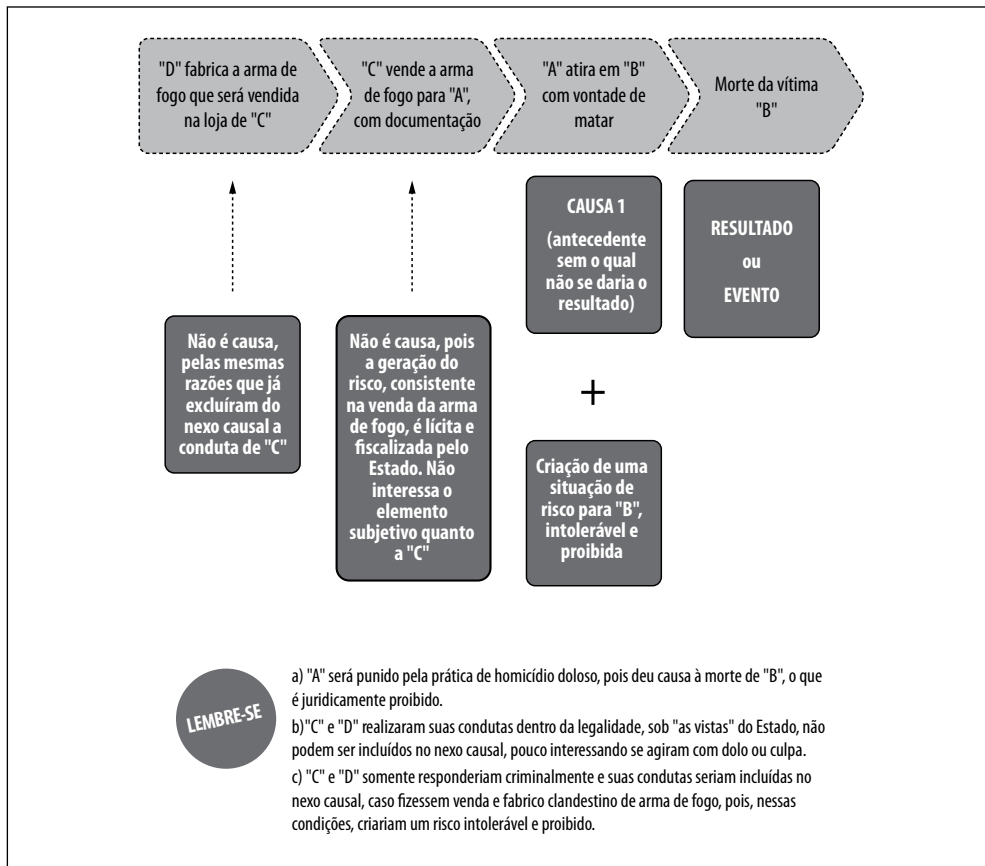
Alguns doutrinadores adotam, ainda, a **teoria da imputação objetiva**, cujos maiores expoentes são Claus Roxin e Guntter Jakobs. Sua preocupação é restringir o alcance da tradicional teoria da equivalência.

Segundo a teoria da imputação objetiva, não basta a relação causal para que se estabeleça o nexu causal; **deve haver um ingrediente normativo, ou seja, é preciso verificar se é justo considerar alguém o responsável pelo resultado**. Para a existência do nexu causal, é necessário que o agente crie uma condição de risco excepcional. Não basta a pessoa contribuir casualmente para o resultado, deverá haver um risco anormal.

Gonçalves (2012, p. 52) apresenta o seguinte exemplo para ilustrar tal teoria:

Alguém escava um buraco profundo em uma trilha de floresta, convida outra pessoa para uma caçada, fazendo-a passar por tal caminho, para que caia no buraco e morra com uma estaca atravessada no peito. O agente responderá pelo homicídio porque criou uma situação de risco proibido.

Esquema 3.5 – Teoria da imputação objetiva



Fonte: Nucci (2012, p. 108).

1.3.1 Superveniência causal

Prevista pelo § 1º do Art. 13 do Código Penal, a superveniência causal diz respeito à possibilidade de uma causa sobrevir a outra. As causas podem ser dependentes ou independentes. As causas dependentes são as que se encontram dentro da linha de desdobramento normal da conduta; não rompem o nexo causal. As causas independentes produzem o resultado por si sós; seu surgimento não é algo esperado, elas são naturais e dividem-se em: causas absolutamente independentes da conduta do agente e causas relativamente independentes da conduta do agente.

Causas absolutamente independentes da conduta do agente são aquelas cuja origem é totalmente diversa da conduta, isto é, o que gerou o resultado não foi a conduta do agente. “A causa não partiu da conduta, mas de fonte totalmente distinta.” (CAPEZ, 2010, p. 187). Estas podem ser preexistentes, concomitantes ou supervenientes.

- Causas preexistentes: já existem antes de a conduta ser praticada; é uma causa anterior à conduta do agente. Capez (2010, p. 188) apresenta o seguinte exemplo: “um genro atira em sua sogra, mas ela não morre em consequência do tiro, e sim de um envenenamento anterior provocado pela nora [...]. O envenenamento não possui relação com o disparo, sendo diverso da origem. Além disso, produziu por si só o resultado.”
- Causas concomitantes: não têm relação com a conduta, produzindo o resultado independente desta, mas atuam no instante em que a ação é realizada. Por exemplo: “Tício, querendo matar, desfere um golpe de faca em Mévio, no mesmo momento em que este vem a falecer exclusivamente por força de um infarto.” (MARINHO e FREITAS, 2009, p. 163).
- Causas supervenientes: atuam em instante posterior à realização da conduta. Por exemplo: Caio, com intenção de matar, disparou contra Ciro, causando-lhe leve ferimento no braço. Todavia, segundos depois, a vítima vem a sofrer traumatismo craniano decorrente de um terremoto que causou o desabamento do prédio.

Nestes casos, as consequências jurídicas do resultado fatal (a morte) não são imputadas aos agentes. Eles responderão pelos atos praticados antes de sua produção, isto é, homicídios tentados.

Causas relativamente independentes da conduta do agente são causas que, por si só, produzem o resultado. No entanto, por serem relativamente independentes, “encontram sua origem na própria conduta praticada pelo agente.” (CAPEZ, 2010, p. 189). Assim como as causas absolutamente independentes, as causas relativamente independentes podem ser preexistentes, concomitantes ou supervenientes.

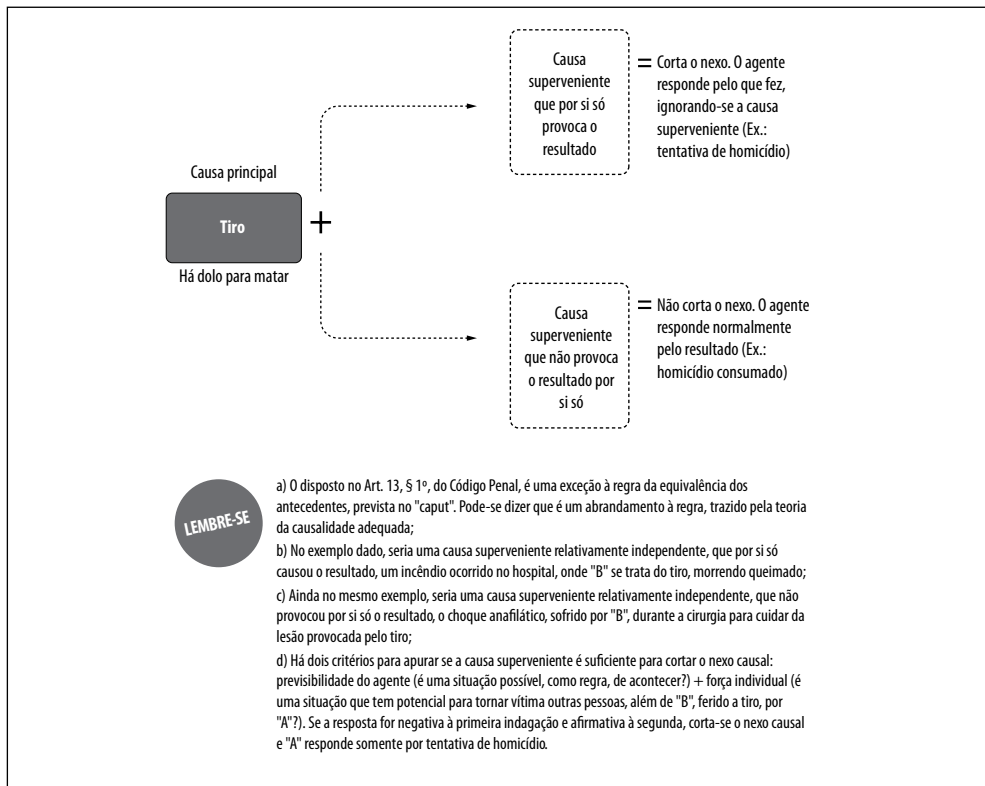
- Causas preexistentes: atuam antes da conduta. Por exemplo: “o sujeito S é hemofílico e recebe um ferimento por parte de A, que, sozinho, não produziria a morte, embora as duas condições conjugadas terminem por matá-lo. Conclusão, A é causa da morte de S.” (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2013, p. 220).
- Causas concomitantes: atuam durante a conduta. Por exemplo: “A atira na vítima, que, assustada, sofre um ataque cardíaco. O tiro provocou o susto e, indiretamente, a morte.” (CAPEZ, 2010, p. 189). Conclusão, A é causa da morte da vítima.
- Causas supervenientes: atuam após a conduta. Por exemplo: João, com intenção de matar, disparou contra José, causando-lhe leve ferimento no braço, todavia a vítima acabou morrendo em virtude

de traumatismo craniano provocado por acidente causado pelo motorista da ambulância que transportava ao hospital. Conclusão: nesse caso, o agente não responde pela morte, por força do Art. 13, § 1º, do CP: concausa superveniente que, por si só, causou o resultado, isenta o agente de responsabilidade. Ele só responde pelo que fez: tentativa de homicídio.

Em relação às causas supervenientes relativamente independentes da conduta do agente, Nucci (2012, p. 112) faz, porém, a seguinte advertência:

Se o desdobramento causal era previsível e não tinha força suficiente para, sozinho, provocar o resultado, não se corte o nexa. Ex: dado o tiro, o ofendido segue para o hospital, onde falece vitimado por infecção generalizada. Neste caso, é previsível que essa situação ocorra a quem segue para tratamento em qualquer hospital; além disso, a infecção somente acarretou a morte, pois foi associada à lesão causada pelo tiro. O agente deve responder por homicídio consumado.

Esquema 3.6 – Causa superveniente que corta o nexa causal (Art. 13, §1º, CP)



Fonte: Nucci (2012, p. 110).

1.3.2 Relevância da omissão (Art. 13, § 2º, CP)

A omissão é relevante nos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão, pois são praticados por certas pessoas, denominadas de “garantes”, que, por lei, têm o dever de impedir o resultado, visto estarem obrigadas a proteger e vigiar alguém.

Conforme o Art. 13, § 2º, alíneas a, b e c, são **garantes**:

- Aqueles que, por lei, têm obrigação de cuidado, proteção e vigilância, como parentes próximos entre si. Exemplo: o encarregado de uma cadeia pública deixa de fornecer medicamento disponível, prescrito por médico, a um detento gravemente enfermo. Alertado sobre as possíveis consequências de sua atitude, responde que a morte do preso (que acaba sobrevivendo) não lhe importaria, pois cadeia não é hospital de vagabundo. O encarregado da cadeia é o legalmente responsável pela incolumidade física do preso. Responde por homicídio doloso (dolo eventual).
- Quem, de alguma forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado, como o guia de alpinistas ao dirigir um grupo. Exemplo: um guarda-vidas, a serviço em uma praia, percebe pedido de socorro de alguém que se debate nas ondas. Pelo binóculo, vê que o banhista em grave risco da vida era um seu inimigo e, desejando-lhe a morte, nada faz, deixando perecer, resultado que tinha condições de evitar.
- Aquele que, por comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado, como aquele que convida um nadador inexperiente a atravessar o rio e o deixa afogar-se sem fazer nada para impedir a sua morte.

Seção 2

Classificação doutrinária dos crimes

Além das classificações legais, a doutrina apresenta outras classificações, e estas são retiradas da sintetização científica da teoria do crime. De acordo com as palavras de José Frederico Marques, “Existem, por isso, vários nomes de delitos indicando categorias dogmático-jurídicas onde distinções se estabelecem em razão dos múltiplos elementos essenciais da norma penal e da infração, de estrutura desta e de seu conteúdo.” (MARQUES apud JESUS, 2008, p. 185).

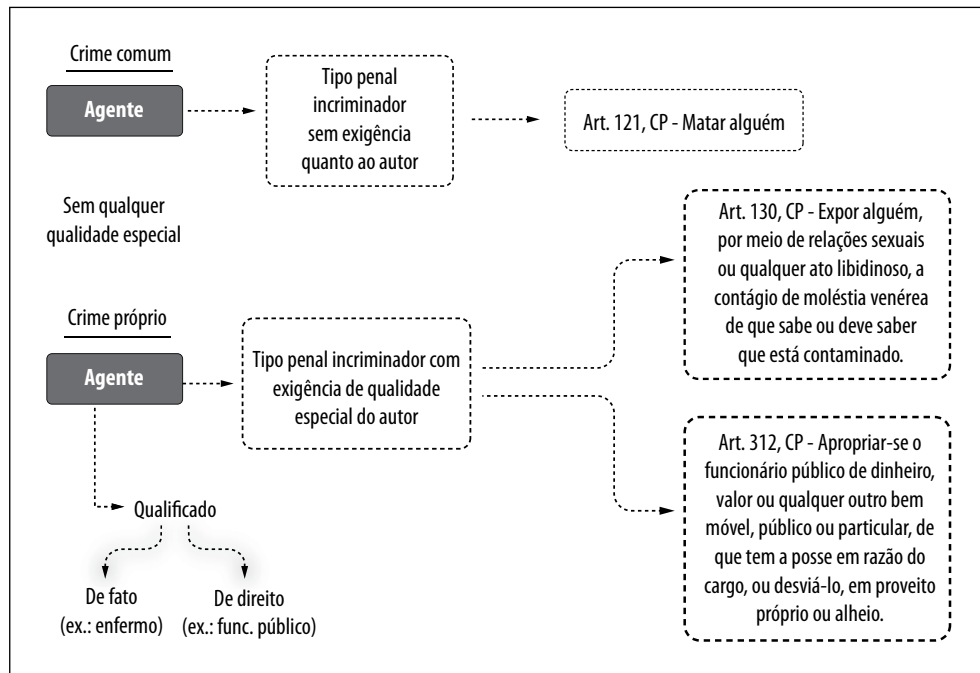
Nesta seção, vamos analisar os seguintes delitos assim classificados pela doutrina:

- crimes comuns e especiais;
- crimes comuns e próprios;
- crimes de dano e de perigo;
- crimes materiais, formais e de mera conduta;
- crimes comissivos e omissivos;
- crimes instantâneos, permanentes e instantâneos de efeitos permanentes;
- crime continuado;
- crime habitual;
- crimes principais e crimes acessórios;
- crimes simples e complexos;
- crimes progressivos;
- delito putativo;
- crime de flagrantes esperado;
- crimes comuns e crimes políticos;
- crime impossível;
- crime profissional;
- crimes de ação única e ação múltipla;
- crime simples, privilegiado e qualificado;
- crimes de tipo fechado e tipo aberto;
- crimes hediondos;
- crimes militares;
- crimes vagos.

A doutrina trata por **crimes comuns** (Art. 120, CP) os crimes descritos no Direito Penal comum, enquanto que **crimes especiais** (leis e legislação especial) são aqueles definidos no Direito Penal especial.

Há, ainda, uma distinção entre **crimes comuns e crimes próprios**. Comum é o crime que pode ser praticado por qualquer pessoa, como furto ou homicídio, por exemplo. Crime próprio “é o que só pode ser cometido por uma determinada categoria de pessoas, pois pressupõe no agente uma particular condição ou qualidade pessoal.” (JESUS, 2008, p. 186). São exemplos de crimes próprios o infanticídio (somente a mãe pode cometê-lo) e o peculato (somente funcionário público).

Esquema 3.7 – Crimes comum, próprio e de mão própria

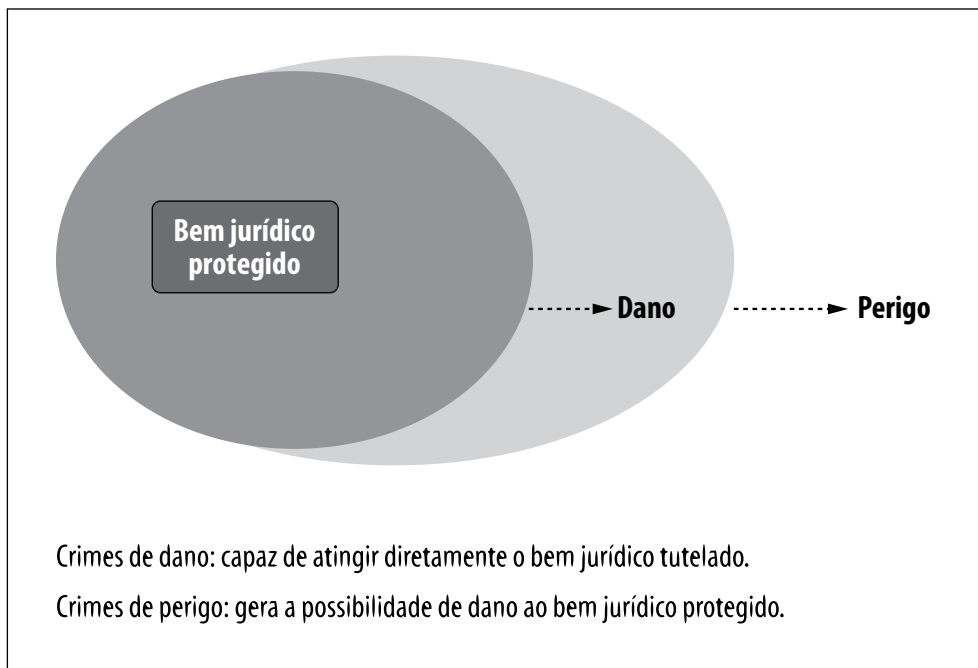


Fonte: Nucci (2012, p. 71).

Os **crimes de dano** são os que só se consumam com a efetiva lesão do bem jurídico (homicídio, lesão corporal etc.). Os **crimes de perigo** são os que se consumam somente com a possibilidade do dano (contágio venéreo, rixa, incêndio etc.).

O perigo pode ser presumido ou concreto, e individual ou comum. Será presumido quando for considerado pela lei em face de determinado comportamento positivo ou negativo; é a lei que o presume. Será concreto quando precisar ser provado, quando precisar ser investigado e comprovado. Além disso, será individual quando expuser ao risco de dano o interesse de uma só pessoa ou de um limitado número de pessoas. E será comum quando envolver um número indeterminado de pessoas. (JESUS, 2008, p. 187).

Esquema 3.8 – Bem jurídico, dano e perigo

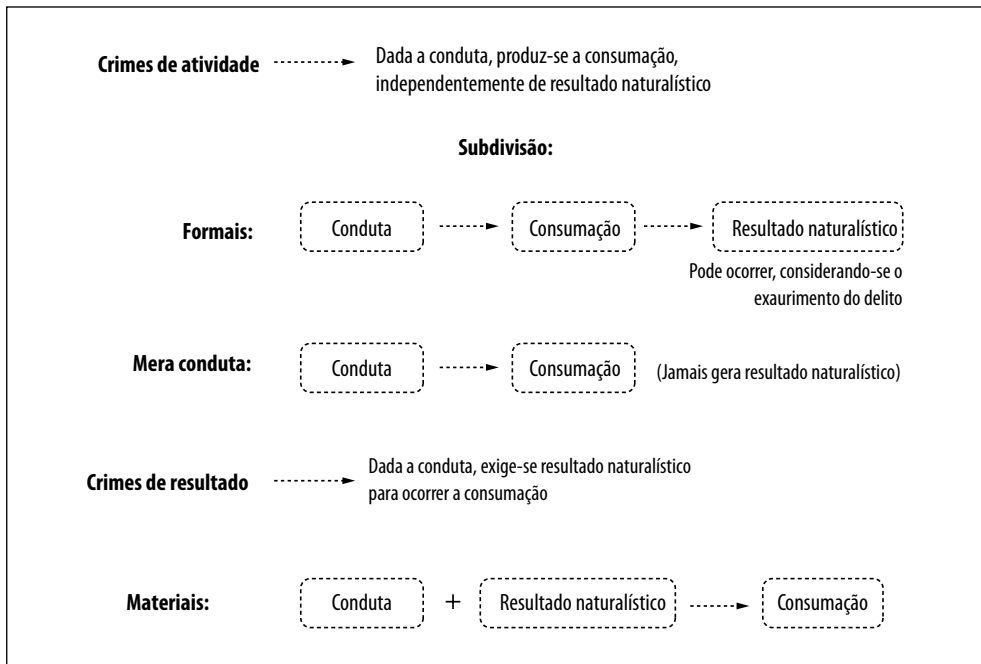


Fonte: Nucci (2012, p. 75).

No **crime material**, o tipo menciona a conduta e o evento, exigindo a sua produção para a consumação. O crime somente será consumado com a produção do resultado naturalístico (morte no homicídio, subtração no furto etc.). No **crime formal**, o tipo menciona o comportamento e o resultado, mas não se exige a sua produção para a consumação. A consumação ocorre com a realização da ação, não importando o resultado, que constitui o mero exaurimento de um crime já consumado. Exemplos: extorsão mediante sequestro (Art. 159) e concussão (Art. 316).

No **crime de mera conduta**, o legislador só descreve o comportamento do agente, mas não alude a qualquer resultado, e, assim, a consumação se dá com a ação. Exemplos: violação de domicílio (Art. 150) e devassa de correspondência alheia (Art. 151).

Esquema 3.9 – Subdivisão dos crimes de atividade



Fonte: Nucci (2012, p. 74).

Conforme você já viu, os **crimes comissivos** são aqueles praticados mediante ação, enquanto que os **omissivos** são praticados mediante inação. Estes podem ser:

- a. omissivos próprios: simples abstenção da realização de um ato, independentemente de um resultado posterior;
- b. omissivos impróprios: são aqueles em que o sujeito, mediante uma omissão, permite a produção de um resultado posterior;
- c. de conduta mista: há uma ação inicial e uma omissão final.

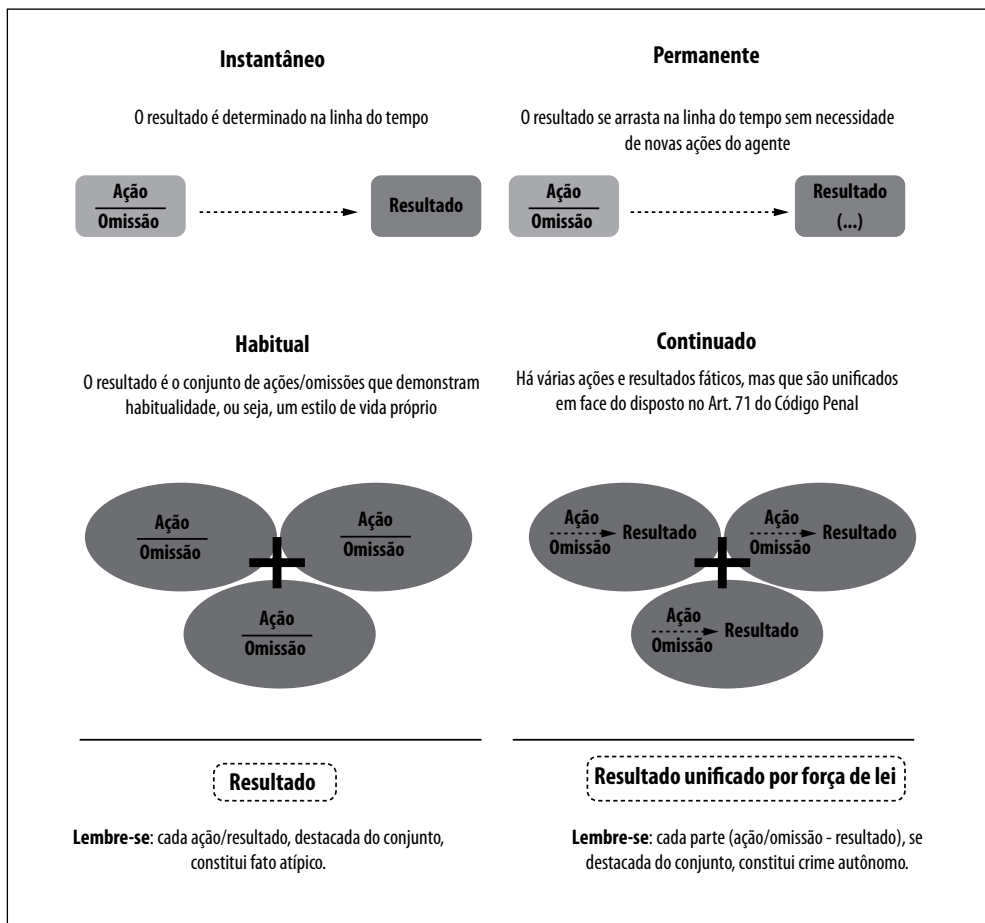
Crimes instantâneos são os que se completam num só momento, em instante determinado na linha do tempo. Por exemplo: o furto (Art. 155). **Crimes permanentes** são os que causam uma situação danosa ou perigosa que se prolonga no tempo, embora seja única. Desta forma, praticada a ação, segue-se o resultado estendido até quando queira o agente. Por exemplo: o sequestro (Art. 148).

Alguns doutrinadores referem-se, ainda, a **crimes instantâneos de efeitos permanentes**, que seriam aqueles em que a permanência dos efeitos não depende do agente. No entanto, para Nucci (2012, p. 84), não existe esta terceira categoria, pois diz respeito a delitos que “são crimes instantâneos, mas, pelo modo de se concretizar, aparentam ser permanentes.” Por exemplo: a bigamia (Art. 235).

No **crime continuado**, o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução, os subsequentes devem ser considerados como continuação do primeiro (Art. 71, caput, CP). A pena será de apenas um crime, com o aumento de um sexto a dois terços.

O **crime habitual** tem um modo particular de realização: são comportamentos reiterados do agente que constituem um todo, um delito apenas, traduzindo geralmente um modo ou estilo de vida. Nestes casos, a prática de um ato apenas não seria típica: o conjunto de vários atos, praticados com habitualidade, é que configura o crime. Exemplo: curandeirismo (Art. 284).

Esquema 3.10 – Diferenças entre os crimes instantâneos, permanentes, habituais e continuados



Fonte: Adaptado Nucci (2012, p. 72)

Os **crimes principais** independem da prática do delito anterior. Os **crimes acessórios** sempre pressupõem a existência de uma infração penal anterior, a ela ligada pelo dispositivo penal que, no tipo, lhe faz referência. Exemplo: receptação (Art. 180).

Os **crimes simples** apresentam um tipo único, por exemplo, o homicídio (Art. 121). Já os **crimes complexos** são aqueles que encerram dois ou mais tipos em uma única descrição legal e contêm uma continência explícita. O roubo (Art. 157), por exemplo, envolve furto e ameaça; a extorsão mediante sequestro (Art. 148) envolve extorsão e sequestro.

Os **crimes progressivos** ocorrem quando o sujeito, com o intuito de alcançar a produção de um resultado mais grave, passa por outro menos grave; o evento menos grave é absorvido pelo de maior gravidade.

O chamado **delito putativo** ocorre quando o agente considera erroneamente que a conduta realizada por ele constitui um crime. É um fato atípico; só existe na imaginação do sujeito.

No **crime de flagrante esperado**, policiais põem-se em sentinela e apanham o autor no momento da prática ilícita. Não se trata de crime putativo, pois não há provocação. (JESUS, 2008, p. 201).

Ao distinguir crimes comuns e crimes políticos, a doutrina considera que os **crimes comuns** atacam os bens ou interesses jurídicos do indivíduo, da família e da sociedade, penalmente protegidos pelo Estado. Já **crimes políticos** agredem a própria segurança interna ou externa do Estado, ou são dirigidos contra a própria personalidade deste. (CARVALHO, 2013, p. 23).

O **crime impossível**, descrito pelo Art. 17 do CP, pode ocorrer:

- a. por ineficácia absoluta do meio; ou
- b. por impropriedade absoluta do objeto; a natureza é absolutamente incapaz de produzir o evento.

O **crime profissional** refere-se a qualquer delito praticado por aquele que exerce uma profissão e utiliza-a para atividade ilícita. Por exemplo: aborto praticado por médicos (Art. 125, 126, CP).

O **crime de ação única** é aquele cujo tipo penal contém apenas uma modalidade de conduta, a qual está expressa no verbo que constitui o núcleo da figura típica. Exemplo: homicídio com a conduta de matar. Por outro lado, o **crime de ação múltipla** é aquele cujo tipo contém várias modalidades de conduta, em vários

verbos, qualquer deles caracterizando a prática de crime. Exemplo: pode-se praticar o crime definido no Art. 122 induzindo, instigando ou prestando auxílio ao suicida. (CARVALHO, 2013, p. 21).

Há também na doutrina uma distinção entre crime simples, crime privilegiado e crime qualificado. O **crime simples** é a figura típica simples, descrita na forma fundamental. Por exemplo: homicídio simples (Art. 121). No **crime privilegiado**, o legislador acaba por acrescentar circunstâncias de natureza objetiva e subjetiva com a função de diminuir a pena. Por exemplo: homicídio privilegiado (Art. 121, §1º). No **crime qualificado**, as qualificadoras são circunstâncias que aumentam a pena, o que está previsto após a descrição da figura típica. Por exemplo: homicídio qualificado (Art. 121, §2º).

Um **crime de tipo fechado** é o que apresenta uma descrição típica completa. Por exemplo: a lesão corporal, prevista no Art. 129 do Código Penal. Um **crime de tipo aberto** é o que apresenta uma descrição típica incompleta; necessita de outra lei para ser complementado. Em síntese, são as normas penais em branco. (CARVALHO, 2013, p. 21).

Os **crimes hediondos** são delitos repugnantes, sórdidos, decorrentes de condutas que causam intensa repulsa (Lei 8072/90).

Os **crimes militares** são divididos em crimes militares em tempo de paz e crimes militares em tempo de guerra. Estão contidos no Código Penal Militar.

Por fim, os **crimes vagos** são aqueles em que o sujeito passivo é uma coletividade sem personalidade jurídica. Por exemplo: um crime contra a família.

Assim, com a presente síntese da classificação doutrinária dos crimes, encerramos esta apresentação introdutória à teoria geral do crime.

Capítulo 4

Do crime

Habilidades

Com o estudo deste capítulo, você terá condições de entender quando um crime é consumado e quando este é tentado. Também estará apto/a a compreender o dolo e a culpa, bem como aplicar as excludentes de ilicitude.

Seções de estudo

Seção 1: Consumação e tentativa, desistência voluntária, arrependimento eficaz, arrependimento posterior e crime impossível

Seção 2: Crime doloso, crime culposo e crime preterdoloso

Seção 3: Erro de tipo

Seção 4: Illicitude ou antijuridicidade

Seção 1

Consumação e tentativa, desistência voluntária, arrependimento eficaz, arrependimento posterior e crime impossível

1.1 Consumação

Determinar o momento consumativo do crime é importante, uma vez que isto reflete no termo inicial da prescrição e na competência territorial. (BITENCOURT, 2012, p. 520). Assim, a **consumação** do delito ocorre quando existe a realização integral do tipo. É aquele momento em que foram realizados todos os elementos constantes da definição legal, conforme está previsto no Art. 14, I, do Código Penal - CP:

Art. 14 - Diz-se o crime:

Crime consumado

I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

[...]

Segundo Aníbal Bruno (1967, p. 254),

A consumação é a fase última do atuar criminoso. É o momento em que o agente realiza em todos os seus termos o tipo legal da figura delituosa, e em que o bem jurídico penalmente protegido sofre a lesão efetiva ou ameaça que se exprime no núcleo do tipo.

Nos **crimes materiais**, o momento consumativo ocorre com a produção do resultado. Assim, consuma-se o homicídio com a morte da vítima.

Nos **crimes de mera conduta** (para aqueles que admitem esta classificação), a consumação se dá com a simples ação. Exemplos: desobediência (Art. 330, CP) e violação de domicílio (Art. 150, CP).

Já, nos **crimes formais**, a consumação ocorre com a conduta típica, independentemente da produção do resultado descrito no tipo. Exemplo: ameaça (Art. 147, CP).

Nos **crimes permanentes**, a consumação se protraí (avança) no tempo, desde o instante em que se reúnem os seus elementos até que cesse o comportamento do agente (Art. 148, CP).

Nos **crimes habituais**, a consumação acontece quando houver a reiteração do ato, o que gera a habitualidade.

Os **crimes omissivos próprios** consumam-se com o comportamento negativo do agente, não se condicionando à produção de um resultado ulterior (Art. 135, CP).

Nos **crimes omissivos impróprios**, em que a omissão é o meio utilizado para chegar ao resultado, a consumação se verifica com a produção deste resultado; a simples conduta negativa não o perfaz. Exemplo: mãe que deixa de alimentar filho com a finalidade de matá-lo (Art. 121, CP).

A **cogitação** para a prática do crime não é punida, pois o que se passa no foro íntimo da pessoa não tem relevância criminal. No entanto, há o entendimento doutrinário de que o crime de bando e quadrilha (Art. 288, CP) é uma exceção a esta regra, pois a sua consumação ocorre com a mera cogitação.

Os **atos preparatórios**, aqueles que se situam fora da esfera de cogitação do agente (por exemplo, comprar a arma para o homicídio, o pé de cabra para o furto etc.), não se traduzem em início da execução do crime e, em regra, não são puníveis, salvo se, por si sós, configurem **atos de execução de infrações penais autônomas**. Um exemplo deste tipo de ato é mencionado pelo Art. 25 do Decreto-Lei 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais):

Art. 25 - Ter [...] em seu poder [...] instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima:

Pena - prisão simples, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, e multa.

Já os **atos de execução** propriamente são aqueles atos voltados à prática do crime, que iniciam a reunião dos elementos integrantes da definição legal do crime. O bem jurídico começa a ser atacado. Nessa fase, o agente inicia a realização do núcleo do tipo, e o crime já se torna punível. Exemplo: quebra-se o vidro para furtar o carro, e o alarme dispara.

1.2 Tentativa

O crime tentado é aquele em que se dá início à execução da conduta criminosa, mas não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.



Wessels (apud CAPEZ, 2010, p. 266) define a tentativa como “manifestação da resolução para o cometimento de um fato punível através de ação que se põe em relação direta com a realização do tipo penal, mas que não tenha conduzido à sua consumação.” Nucci (2012, p. 123) complementa: “Diz-se tentado o crime, quando o bem jurídico tutelado não se perdeu por completo; para tanto, deve o agente iniciar a execução e não atingir o resultado por circunstâncias alheias à sua vontade.”

Existem duas teorias a respeito da tentativa: a **teoria objetiva** (ou critério lógico-formal), segundo a qual existe tentativa com o início dos atos de execução; e a **teoria subjetiva**, segundo a qual a configuração da tentativa está na revelação da intenção delituosa, ainda que em atos preparatórios. Seu enfoque não é a descrição da conduta típica, mas o momento interno do autor.

A teoria subjetiva é criticada, pois o agente é apontado delinquente cedo demais, havendo possibilidade de incriminar o indivíduo, inclusive na fase da cogitação. (CARVALHO, 2013, p. 16).

O nosso Código Penal adota a teoria objetiva, exigindo, para a ocorrência da tentativa, o início dos atos de execução:

Art. 14 - Diz-se o crime:

[...]

Tentativa

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Pena de tentativa

Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

A tentativa se apresenta de duas formas: a perfeita e a imperfeita. A **tentativa perfeita** se dá quando a fase de execução é integralmente realizada pelo agente, mas o resultado não se verifica por circunstâncias alheias à sua vontade. Conforme esclarece Damásio de Jesus (2008, p. 335),

A circunstância impeditiva da produção do resultado é eventual no que se refere ao agente, ou, como dizia Asúa, o resultado não se verifica por mero acidente. Assim, na tentativa perfeita, o agente realiza tudo o que acha necessário para produzir o resultado, mas este não ocorre.

Por exemplo, Zenóbio desfere tiros no peito da vítima, que é levada ao hospital e acaba por sobreviver.

A **tentativa imperfeita** acontece quando o processo executório é interrompido por circunstâncias alheias à vontade do agente. Diferentemente da perfeita, o executor não exaure toda sua potencialidade lesiva; os atos executórios para assegurar a consumação não são todos praticados por circunstâncias alheias à

vontade do agente. (JESUS, 2008, p. 335). Por exemplo: Zenóbio desfere um tiro no braço da vítima e, quando se prepara para efetuar mais disparos, é desarmado por terceiro.

Ainda encontramos a **tentativa branca**, em que a vítima não é atingida nem vem a sofrer ferimentos. É importante saber que a tentativa branca pode ser tanto perfeita como imperfeita. No primeiro caso, o agente realiza a conduta integralmente, sem, contudo, conseguir ferir a vítima (erra todos os tiros). No segundo, a execução é interrompida sem que a vítima seja atingida (após o primeiro disparo errado, o agente é desarmado).

Na **tentativa cruenta**, a vítima é atingida, vindo a lesionar-se. Do mesmo modo, podem ocorrer tanto a tentativa cruenta perfeita quanto a tentativa cruenta imperfeita. Na imperfeita, a vítima é ferida, e, logo em seguida, o agente vem a ser desarmado. Na perfeita, o autor descarrega a arma na vítima, lesionando-a. (CARVALHO, 2013, p. 16).



Existem algumas infrações que não admitem a tentativa, como os crimes preterdolosos, as contravenções, os omissivos próprios e os crimes de atentado.

A pena para os crimes tentados está prevista no parágrafo único do Art. 14 do CP: pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços; quanto mais o sujeito se aproxima da consumação, menor deve ser a diminuição da pena (1/3); quanto menos ele se aproxima da consumação, maior deve ser a atenuação (2/3).

1.3 Desistência voluntária

A desistência voluntária dá-se, em tese, na tentativa imperfeita e acontece quando o sujeito cessa o seu comportamento delituoso; assim, só ocorre antes de o agente esgotar o processo executivo. Nas palavras de Capez (2010, p. 271):

O agente pretendia produzir o resultado consumativo, mas acabou por mudar de ideia, vindo a impedi-lo por sua própria vontade. Deste modo, o resultado não se produz por força da vontade do agente, ao contrário da tentativa, na qual atuam circunstâncias alheias a essa vontade.

Assim, embora o autor da conduta pudesse continuar a realizá-la, este se abstém de prosseguir com os atos executórios. Exemplo: já dentro da residência, o ladrão desiste do furto e sai do local. (BARROS, 2008, p. 283).

Este tipo de conduta está previsto pelo Código Penal em seu Art. 15: “O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.”

Portanto, o autor que, por vontade própria, abstém-se da conduta delitiva, só irá responder pelos atos que já tinha praticado, e não pelos que intencionava praticar. Um exemplo interessante é trazido por Nucci (2012, p. 125):

Se o agente dispara sua arma para matar a vítima, não acertando, está perfeita a tentativa de homicídio. A partir daí, caso desista, pode-se premiar essa atitude, deixando de puni-lo pelo mais (tentativa de homicídio), fazendo-o apenas pelo menos (lesão, disparo de arma de fogo ou outra conduta típica qualquer).

1.4 Arrependimento eficaz

O arrependimento eficaz é um ponto de correlação com a desistência voluntária, porém se trata de uma desistência logo após o término do ato executório e antes da consumação, sendo equiparado à tentativa perfeita: o agente esgota todos os meios ao seu alcance para a prática do crime. Assim, tendo já ultimado o processo de execução do crime, o agente desenvolve uma nova atividade, impedindo a produção do resultado.

Perceba que, para que o arrependimento eficaz se configure, é indispensável que a atividade impeditiva do resultado tenha êxito, isto é, que seja de fato eficaz.



Por exemplo, o agente ministra veneno à bebida da vítima e a induz a ingeri-la. Após a ingestão da bebida envenenada pela vítima, arrepende-se e lhe dá o antídoto, neutralizando o veneno ora ministrado. No entanto, se este não for eficaz, e a vítima vier a morrer, o agente responderá pelo crime de homicídio.

Bittencourt (2012, p. 532) complementa:

Tanto na desistência voluntária como no arrependimento eficaz, o agente responderá pelos atos já praticados que, de per si, constituem crime. Isso em doutrina chama-se “tentativa qualificada”. Em outros termos, ambos os institutos excluem somente aquele crime mais grave que, inicialmente, motivara a ação do agente.

1.5 Arrependimento posterior

O arrependimento posterior é uma causa de diminuição de pena que focaliza o arrependimento do agente, após a consumação do delito. Este benefício, previsto pelo Código Penal em seu Art. 16, é inspirado na política criminal, pois há um interesse de ressarcir a vítima dos danos causados pelo crime. (BARROS, 2008, p. 289). Segundo tal artigo, “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.”

Assim, quando não há violência ou grave ameaça à pessoa, e o dano é reparado voluntariamente, livre de qualquer coação, antes do recebimento da denúncia ou da queixa, a pena será reduzida de um a dois terços. “A redução da pena [...] deve obedecer ao grau de espontaneidade (sinceridade) do agente e a rapidez com que se arrependa.” (NUCCI, 2012, p. 126).



A incidência máxima do arrependimento posterior é o recebimento da denúncia ou queixa, e não o seu oferecimento. O oferecimento se dá quando a vítima ou o Ministério Público protocola a denúncia no juizado criminal, mas o recebimento só ocorre quando o juiz aceita a proposta de processar judicialmente o acusado.

Barros (BARROS, 2008, p. 292) defende que, se o intuito da política criminal é o ressarcimento da vítima, este prazo deveria ser prorrogado pelo legislador até a sentença ou até a defesa prévia, no entanto o ressarcimento após o recebimento da denúncia ou queixa não se enquadra no Art. 16 do CP, dando ensejo à atenuante genérica do Art. 65, inciso III, alínea b, do mesmo Código.

Se o prazo fosse maior, o agente teria mais tempo para se arrepender e ressarcir a vítima. Porém, uma vez recebida a denúncia, ele pode não se sentir motivado para tanto, pois conseguirá apenas a atenuante genérica no estabelecimento da sua pena, e não a redução de um a dois terços, prevista para o arrependimento posterior.

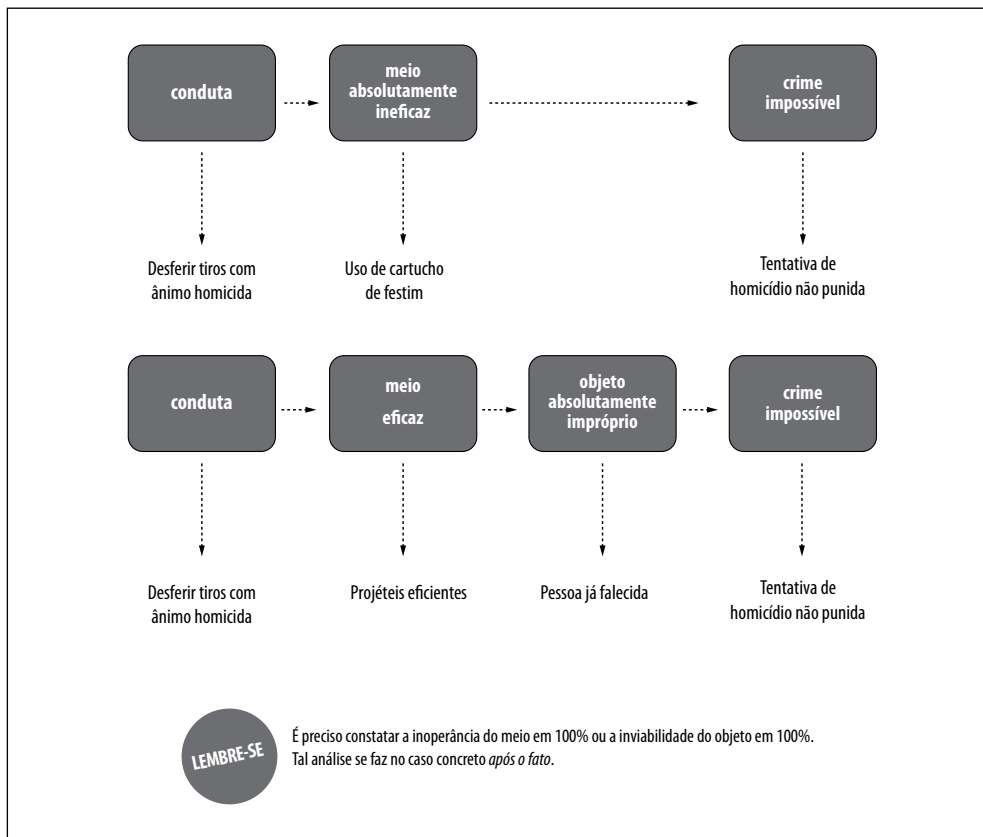
1.6 Crime impossível

Conforme o Art. 17 do CP, “Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.” Por isso, este tipo de conduta também é chamado de tentativa inidônea, tentativa inadequada ou quase crime.

Nas palavras de Nucci (2012, p. 126), “em determinados casos, após a prática do fato, verifica-se que o agente nunca poderia consumir o crime.” Damásio de Jesus (2008, p. 349) traz um exemplo que ilustra o caso em que o meio empregado é ineficaz: “o agente, pretendendo matar a vítima mediante propinação de veneno, ministra açúcar em sua alimentação, supondo-o ser arsênico; [...] com o mesmo intuito, aciona o gatilho do revólver, mas está descarregado.” Eis um crime impossível por ineficácia absoluta do objeto. Outros exemplos seriam os seguintes: “A, pensando que seu desafeto está a dormir, desfere punhaladas, vindo a provar-se que já estava morto [...]; a mulher, supondo-se em estado de gravidez, pratica manobras abortivas”, mas não estava grávida. (JESUS, 2008, p. 349).

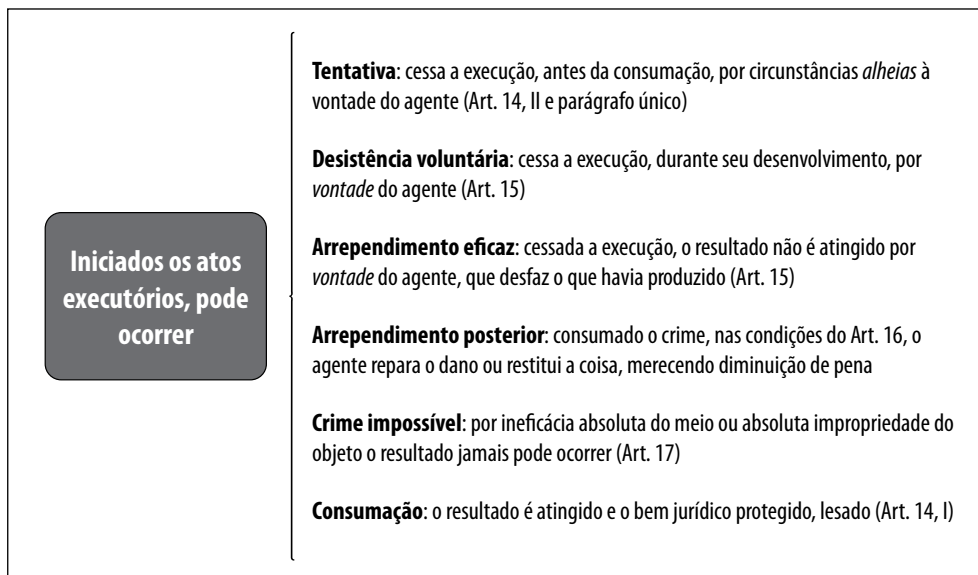
No crime impossível existe a exclusão da própria tipicidade, e não a causa de isenção de pena. O nosso Código adotou a teoria que não se pune a tentativa. O reconhecimento do crime impossível equivale a admitir que o fato não constitui crime algum, portanto deverá a sentença absolutória fundar-se no Art. 386, inciso III, do CPP (não constitui o fato infração penal).

Esquema 4.1 – Crime impossível (Art. 17, CP)



Fonte: Nucci (2012, p. 122).

Esquema 4.2 – Possibilidades após o início dos atos executórios



Fonte: Nucci (2012, p. 121).

Seção 2

Crime doloso, crime culposo e crime preterdoloso

2.1 Crime doloso

De acordo com a teoria finalista da ação adotado em nosso ordenamento jurídico, o dolo é elemento subjetivo do tipo penal. Este integra a conduta uma vez que a ação e a omissão não constituem simples formas naturalísticas de comportamento. (JESUS, 2008, p. 285).



Dolo é a vontade consciente de realizar uma conduta tipificada como crime. Nas palavras de Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 126), dolo é “a vontade consciente de realizar o tipo objetivo de um crime, também definível como **saber querer** em relação às circunstâncias de fato do tipo legal.”

Vanzolini (2013, p. 261) ainda complementa: “É a categoria dogmática referente à consciência e vontade de realizar os elementos descritos no tipo objetivo e que devem estar presentes para que o tipo subjetivo se considere satisfeito.”

Existem três teorias acerca do dolo: teoria da vontade, teoria da representação e teoria do assentimento.

Segundo a **teoria da vontade**, dolo é a vontade dirigida ao resultado. Conforme Carrara (apud BITTENCOURT, 2012, p. 349), “dolo é a intenção mais ou menos perfeita de praticar um ato que se conhece contraditório à lei”. Assim, o dolo exige representação e vontade, sendo que uma pressupõe a outra, “pois o querer não se movimenta sem representação do que se deseja.” (JESUS, 2008, p. 286). Para que haja o dolo, é necessário que o agente tenha consciência do fato e a vontade de causar o resultado.

Segundo a **teoria da representação**, dolo é a simples previsão do resultado; basta ser previsto pelo sujeito. Para que haja dolo, é suficiente a representação subjetiva. (BITTENCOURT, 2012, p. 348).

A **teoria do assentimento** coloca-se em uma posição intermediária: o dolo requer a representação ou previsão do resultado como certo, provável ou até mesmo possível, “não exigindo que o sujeito queira produzi-lo”, sendo suficiente o seu assentimento. (JESUS, 2008, p. 286).

O nosso Código Penal aderiu à teoria da vontade, uma vez que seu Art. 18, inciso I, determina:

Art. 18 - Diz-se o crime:

Crime doloso

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

[...]

Percebe-se, então, que não basta a representação do resultado, é preciso vontade de realizar a conduta e produzir o resultado ou, então, assumir o risco deste.

O dolo tem como **elementos**:

- a consciência da conduta e do resultado;
- a consciência da relação causal objetiva entre a conduta e o resultado (momento intelectual); e
- a vontade de realizar a conduta e produzir o resultado (momento volitivo).

Muito embora o dolo seja conceitualmente o mesmo em todas as condutas criminosas, sua forma de expressão varia de acordo com os elementos da figura típica. (JESUS, 2008, p. 288). Por isso, as **espécies de dolo** são classificadas em: dolo direto, dolo indireto (que se divide em dolo alternativo e dolo eventual), dolo de dano, dolo de perigo, dolo genérico, dolo específico e dolo geral.

No **dolo direto**, o agente tem a intenção de provocar um resultado certo, desejando que o mesmo ocorra. O sujeito visa a certo e determinado resultado. Exemplificando: um sujeito, com o intuito de matar, desfere golpes de faca na vítima.

No **dolo indireto**, a vontade do agente não está exatamente definida, ou este não visa a um resultado preciso e determinado. Ocorre quando a vontade do sujeito não se dirige a certo e determinado resultado, e apresenta duas formas: o dolo alternativo e o dolo eventual.

O **dolo alternativo** ocorre quando a vontade do sujeito se dirige a outro resultado ou pessoa. A vontade do agente opta entre dois ou mais resultados distintos (como, por exemplo, matar ou ferir), ou a uma ou outra pessoa.

O **dolo eventual** ocorre quando o agente não deseja o resultado, mas, conscientemente, aceita o risco de produzi-lo. Segundo Maximilianus Fuhrer (2000, p. 33), “No dolo eventual o agente prevê o resultado de sua conduta e não deseja diretamente esse resultado. Mas diz para si mesmo: ‘seja como for, dê no que der, eu não deixo de agir’.” O resultado para ele é indiferente, mas não o afasta da conduta. Se ocorrer o dano, diria ele, “tanto pior para a vítima”.

Para melhor compreendermos o dolo eventual, vale considerar um exemplo trazido por Jesus (2008, p. 289):

O agente pretendia atirar na vítima, que se encontrava conversando com outra pessoa. Percebe que, atirando na vítima, pode também atingir a outra pessoa [...]. Prevendo que pode matar o terceiro, é-lhe indiferente que este último resultado seja produzido. Ele tolera a morte do terceiro.

Assim, se o agente do exemplo atingir as duas pessoas, teremos um dolo direto (a vítima que pretendia) e um dolo eventual (o terceiro que o agente assumiu o risco de atingir).

Ainda podemos encontrar o dolo de dano e o dolo de perigo. No **dolo de dano**, o sujeito quer o dano ou assume o risco de produzi-lo. É a vontade de produzir uma lesão a um bem jurídico. No **dolo de perigo**, o agente não quer o dano nem assume o risco de produzi-lo; é a vontade de expor um bem jurídico a perigo de lesão.

O **dolo genérico** é a vontade de praticar a conduta sem uma finalidade específica, enquanto que o **dolo específico** é a vontade de praticar a conduta visando a uma finalidade específica.

Por fim, ainda temos o **dolo geral** (também chamado de erro sucessivo ou *aberratio causae*). Este ocorre quando o agente, tendo realizado a conduta e supondo ter conseguido o resultado pretendido, pratica uma nova ação, por meio

da qual, aí sim, alcança a consumação do crime. Exemplo: o agente esfaqueia seu desafeto e, supondo-o morto, joga-o no rio; ele, no entanto, vem a falecer por afogamento. (CARVALHO, 2013, p. 9).

2.2 Crime culposo

Na teoria finalista da ação, a culpa também constitui elemento do tipo, assim como o dolo. A culpa é elemento subjetivo do tipo penal, pois resulta da inobservância do dever de diligência (cuidado objetivo e previsibilidade objetiva).

O **cuidado objetivo** é uma obrigação determinada a todos, na comunidade social, de realizar condutas de forma a não produzir danos a terceiros. Assim, a conduta culposa torna-se típica a partir do momento em que não tenha o agente observado o cuidado necessário nas relações com outrem.

Surge, então, a **previsibilidade objetiva**, que é a possibilidade de antever o resultado produzido, previsível ao homem comum, nas circunstâncias em que o sujeito realizou a conduta. Contudo, questiona-se a possibilidade de o sujeito, segundo suas aptidões pessoais e na medida de seu poder individual, prever o resultado. Assim, quando o resultado é previsível para o sujeito, e este não prevê, temos a reprovabilidade da conduta e a conseqüente culpabilidade. (CARVALHO, 2013, p. 9).



Segundo Nucci (2012, p. 134), culpa “é o comportamento voluntário e desatencioso, voltado à realização de determinado resultado, que termina produzindo algo ilícito, não desejado, mas previsível, que podia ter sido evitado.” O mesmo autor ainda continua: “A culpa é crime de azar, pois causa resultados danosos não queridos pelo agente, que somente foi atingido em face de sua manifesta imprudência, negligência ou imperícia.”

A **imprudência** é a prática de um fato perigoso; uma conduta positiva precipitada ou afoita, a criação desnecessária de um perigo, como dirigir um carro com excesso de velocidade.

A **negligência** é a ausência de precaução ou indiferença em relação ao ato realizado; uma conduta negativa como a displicência, o relaxamento, a falta de atenção devida, como não revisão dos freios do carro.

A **imperícia** é a falta de aptidão para o exercício de arte ou profissão, é a falta de habilitação técnica para certas atividades, como não saber dirigir direito um carro.

Os crimes culposos estão previstos em nosso ordenamento jurídico no Art. 18, II.

Art. 18 - Diz-se o crime:

[...]

Crime culposo

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

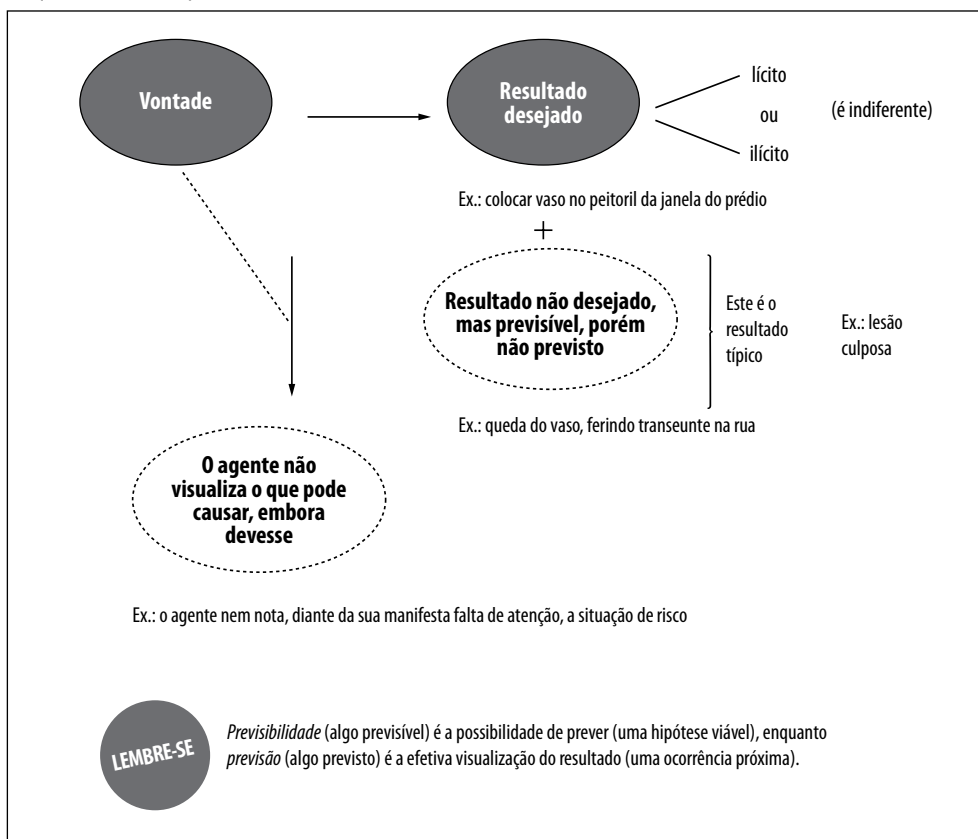
Jesus (2008, p. 289) apresenta os elementos do fato típico culposo:

1. conduta humana voluntária, de fazer ou não fazer;
2. inobservância do cuidado objetivo (imputação objetiva) manifestada na imprudência, negligência ou imperícia;
3. previsibilidade objetiva;
4. ausência de previsão;
5. resultado involuntário;
- 6.nexo de causalidade;
7. imputação objetiva; e
8. tipicidade.

As espécies de culpa são divididas em culpa consciente e inconsciente, culpa própria e imprópria, e dolo eventual.

A **culpa inconsciente** é a culpa comum: o resultado não foi previsto pelo agente, embora fosse previsível. A **culpa consciente** é a culpa com previsão: o resultado é previsto pelo sujeito, que espera levemente que não ocorra ou que possa evitá-lo em razão de sua habilidade.

Esquema 4.3 – Culpa inconsciente



Fonte: Nucci (2012, p. 132).

A **culpa própria** é a culpa com imprevisão: o sujeito não quer a produção do resultado. Já a culpa imprópria é a culpa com previsão: o sujeito quer a produção do resultado, porém pratica o fato por erro de tipo inescusável, que exclui o dolo, mas mantém a culpa.



“A”, por exemplo, está assistindo a um programa de televisão, quando sua sogra entra na casa pela porta dos fundos. Pensando tratar-se de um assalto, “A” efetua disparos de arma de fogo contra a infelizmente parente, certo de que está praticando uma ação perfeitamente legítima, amparada pela legítima defesa. Conforme Carvalho (2013, p. 9), a ação, em si, é dolosa, mas o agente incorre em erro essencial, o que exclui o dolo de sua conduta, subsistindo a culpa, em face da inevitabilidade do erro.

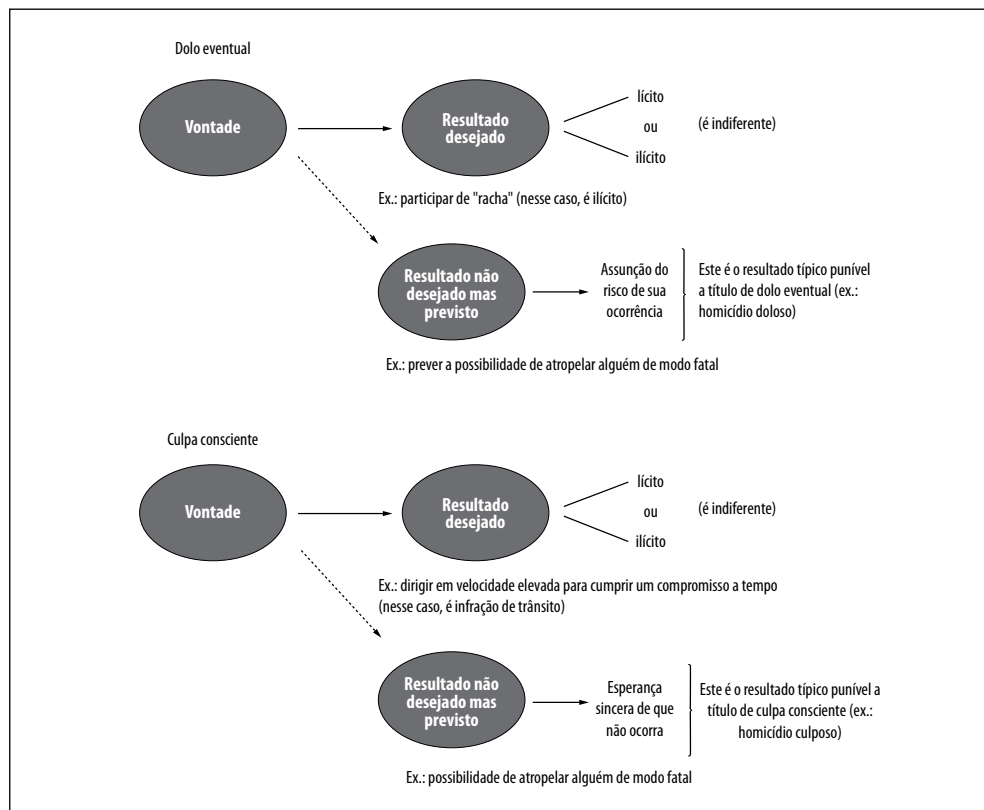
Há, ainda, o dolo eventual, que se assemelha à culpa consciente. A diferença entre um e outro é que, no dolo eventual, o agente aceita a produção do resultado; este é indiferente para o autor. No dolo eventual, o resultado é **provável**.

Na culpa consciente, o agente não quer o resultado, nem assume o risco de produzir; este não lhe é tolerável ou indiferente. Nesta espécie de culpa, o agente acredita que o resultado não irá acontecer, embora seja **possível**.

O parágrafo único do Art. 18 do CP prevê a possibilidade de admissão da modalidade culposa. Quando o CP admite-a, faz referência expressa à culpa, como no exemplo do Art. 121, § 1º do CP (homicídio culposo). Quando o Código não admite a culpa, então não se manifesta em relação à culpa. Um exemplo está no Art. 163 do CP (crime de dano).

Vale lembrar que, diferentemente do Direito Civil, **o Direito Penal não admite a compensação da culpa**. “Só não responde o sujeito pelo resultado se a culpa é exclusiva da vítima.” (JESUS, 2008, p. 303). Exemplificando, se dois condutores de veículo colidem, e é provado que ambos agiram culposamente, dando causa a um resultado culposo, do qual ambos são vítimas, aplica-se, a cada um, o correspondente ao delito praticado.

Esquema 4.4 – Dolo eventual e culpa consciente



Fonte: Nucci (2012, p. 131).

2.3 Crime qualificado e crime preterdoloso

De acordo com o Art. 19 do Código Penal, “Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente.” Este artigo pode ser dividido em duas partes:

- uma delas, aquela que se refere ao agravamento da pena conforme o resultado, trata de um **gênero** de crime, isto é, o gênero dos crimes agravados pelo resultado;
- a outra parte, aquela que se refere a crimes causados ao menos culposamente, trata de uma **espécie** de crime, isto é, a espécie dos crimes preterdolosos ou preterintencionais.

Os **crimes qualificados pelo resultado** são ligados ao delito-base pelo nexo causal objetivo. O legislador, após descrever a conduta criminosa em sua forma fundamental, acrescenta-lhe um resultado cuja ocorrência acarreta um agravamento da sanção penal. Trata-se de um crime complexo, pois há um único delito, que resulta da fusão de duas ou mais infrações autônomas.

Jesus (2008) complementa, afirmando que o resultado qualificado está ligado ao delito-base pelo nexo causal objetivo, e não pela relação normativa. “Desta forma, se o resultado decorrer de caso fortuito ou força maior, haverá solução de continuidade na *imputatio facti*, pelo que o agente só responderá pelo primeiro crime (*primum delictum*).” (ibid., p. 305).

As espécies de crime qualificado pelo resultado elencadas por Capez (2010, p. 240) são:

- conduta dolosa com resultado agravador doloso;
- conduta culposa com resultado agravador culposos;
- conduta culposa com resultado agravador doloso; e
- conduta dolosa com resultado agravador culposos.

Na **conduta dolosa com resultado agravador doloso**, o agente quer produzir tanto a conduta quanto o resultado. Por exemplo, um marido espanca a sua mulher até atingir o seu intento: provocar-lhe uma deformidade permanente (CP, Art. 129, § 2º, IV). O autor das agressões não quis apenas causar lesão corporal, mas pretendeu também a deformidade permanente.

Na **conduta culposa com resultado agravador culposos**, o agente pratica uma conduta culposa e acaba por produzir um resultado também culposos. A hipótese trazida pelo Art. 258, parte final do CP, é um exemplo: incêndio culposos onde, em razão deste, ocorra uma morte também culposos.

Na **conduta culposa com resultado agravador doloso**, o agente, após produzir um resultado por imprudência, negligência ou imperícia, realiza uma conduta dolosa agravadora da conduta culposa. Exemplificando: um motorista que, após atropelar culposamente uma pessoa, não lhe presta socorro e, por isso, agrava a situação da vítima (Código Nacional de Trânsito, Art. 303, parágrafo único).

Na **conduta dolosa com resultado agravador culposo**, o agente quer praticar uma conduta, mas acaba se excedendo e produz um resultado mais grave do que o desejado, ou seja, apenas culposamente. Um exemplo é o aborto praticado sem o consentimento da gestante, que resulta na morte desta. O aborto é querido pelo agente, mas a morte da gestante é um resultado culposo, pois o agente não o queria, embora tal resultado fosse previsível.

Preterdoloso

O nome deriva de praeter *dolum*, que significa “além do dolo”, isto é, seu resultado vai além da intenção pretendida.

O **crime preterdoloso** é uma espécie ou modalidade de crime qualificado pelo resultado, na qual coexistem os dois elementos subjetivos: o dolo na conduta antecedente e a culpa no resultado. Neste crime, o agente não quer o resultado mais grave e nem assume o risco de produzi-lo.

Para Damásio de Jesus (2008, p. 306), “No crime preterdoloso não é suficiente a existência de um nexo de causalidade objetiva entre a conduta antecedente (que constitui o *primum delictum*) e o resultado agravador.” Assim, não basta haver uma relação entre a conduta e o resultado; tem de haver, também, um liame normativo entre o sujeito que praticou o primeiro delito e o resultado que o qualifica, sendo que tal resultado só pode ser imputado ao agente quando tiver sido previsível (culpa).

Um exemplo de crime preterdoloso é a “a lesão corporal seguida de morte: quanto à lesão, há dolo; quanto à morte do agente, somente culpa.” (NUCCI, 2012, p. 140).



O crime preterdoloso se diferencia do crime qualificado pelo resultado, porque, como foi dito no início deste tópico, o segundo é um gênero, enquanto que o crime preterdoloso é apenas uma espécie.

Quanto ao latrocínio, Capez (2010, p. 241) faz a seguinte observação:

[...] não é necessariamente um crime preterdoloso, já que a morte pode resultar de dolo (ladrão, depois de roubar, atira para matar), havendo dolo tanto no antecedente como no consequente. Quando a morte for acidental (culposa), porém, o latrocínio será preterdoloso, caso em que a tentativa não será possível.

Lesões corporais de natureza grave ou gravíssima seguem as mesmas considerações do latrocínio.

Cabe considerar, ainda, que a tentativa no crime preterdoloso (dolo + culpa) não se admite, pois o agente não quer o resultado agravador, e não se pode tentar produzir um evento que não era querido.

Seção 3

Erro de tipo

No erro de tipo, há uma interpretação errônea dos elementos da figura típica. Nas palavras de Estefan (2012, p. 239), “corresponde a uma falsa percepção da realidade.”

O erro de tipo faz o sujeito supor a ausência de elemento ou circunstância do crime ou a presença de requisitos da norma permissiva. (JESUS, 2008, p. 307). Para o Direito Penal, o erro é uma falsa compreensão dos aspectos do mundo real dos acontecimentos ou aspectos normativos. Assim, inclui-se não só a falsa compreensão da dinâmica dos fatos mas também a falsa compreensão sobre as normas de convivência social estabelecidas em lei. (MARINHO; FREITAS, 2007, p. 265).

Um exemplo de erro de tipo se dá quando um sujeito efetua disparos em algo que supõe ser um animal bravo, no entanto era um homem. A percepção falsa da realidade incide sobre o elemento do tipo, o dolo. (JESUS, 2008, p. 307).

O erro de tipo pode ser essencial ou acidental. O erro de tipo essencial apresenta-se nas espécies invencível e vencível. O erro essencial invencível, também chamado de escusável, é aquele que não emana da culpa, isto é, ainda que o agente tivesse empregado a atenção necessária, o erro aconteceria. Esta espécie exclui o dolo e a culpa. O erro essencial vencível, também conhecido como inescusável, emana da culpa do agente. Este erro seria evitado se o agente empregasse maior atenção. (BARROS, 2008, p. 353).

Como o erro de tipo consiste na ignorância, na falsa impressão que recai sobre a figura típica, o agente realiza uma conduta sem consciência da realidade, e a consciência é elemento do dolo.



Desta forma, pode-se afirmar que o erro de tipo exclui o dolo, seja este erro vencível ou invencível. O sujeito pode apenas responder por culpa, se previsto em lei.

O art. 20 do Código Penal assim trata do erro de tipo: “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.”

A respeito da culpa, Barros (2008, p. 353) afirma: “o erro escusável exclui o dolo e a culpa, permanecendo o agente impune, ao passo que o erro inescusável elimina apenas o dolo, subsistindo a culpa, mas a punição por crime culposo só ocorre se o fato, na modalidade culposa, estiver previsto em lei.”

No exemplo do agente que atira em um vulto supondo ser um animal bravo, se o erro for escusável, nenhum crime lhe é imputado; mas, se inescusável, responderá por homicídio culposo.

No entanto, caso o agente, por engano, subtraia um bem de terceiro que supunha ser seu, não responderá por nada, seja erro escusável ou inescusável, pois, no crime de furto, não é punida a forma culposa.

Antes da reforma da parte geral do Código Penal, em 1984, usava-se a expressão erro de fato, e este recaía apenas nos elementos factuais de tipo. Após a reforma, passou a ser adotada a expressão “erro sobre elementos do tipo”.

O erro de tipo se distingue do erro de proibição, conforme expõe Maurach (apud JESUS, 2008, p. 309):

Erro de tipo é o desconhecimento de circunstâncias do fato pertencentes ao tipo legal, com independência de que os elementos sejam descritivos ou normativos, jurídicos ou fáticos. Erro de proibição é todo erro sobre a antijuridicidade de uma ação conhecida como típica pelo autor.

Discriminantes

Não confunda discriminante com discriminante. Discriminante é uma espécie de erro que discrimina a conduta, isto é, exclui o caráter de crime.

As **discriminantes putativas** são espécies de erro que recaem em causas de justificação. São aquelas situações em que o sujeito supõe agir em face de excludentes de ilicitude. Dispostas no § 1º do Art. 20 do CP, as discriminantes eximem a pena do agente que, por erro, acredita estar em situação lícita.

Art. 20 – [...]

Discriminantes putativas

§ 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.

As discriminantes putativas podem alcançar todas as excludentes de ilicitude previstas no Art. 23 do CP, quais sejam:

- legítima defesa;
- estado de necessidade;
- exercício regular do direito; e
- estrito cumprimento do dever legal.

Nesta hipótese, o agente supõe uma situação irreal e, com base nesta compreensão falsa, pratica uma conduta que acredita ser lícita, isto é, acredita estar amparado nas causas de justificação. (MARINHO; FREITAS, 2007, p. 290).



Temos um exemplo de discriminante putativa quando, durante sessão de cinema, alguém grita “fogo”, dando a entender que o prédio se encontra em chamas, o que não é real. No entanto, A, supondo estar em estado de necessidade, vem a ferir B, a fim de salvar-se. Neste caso, A não responderá por lesão corporal, uma vez que agiu em estado de necessidade putativa, o que exclui a tipicidade a título de dolo e culpa. (JESUS, 2008, p. 313).

Caso o erro seja escusável, exclui-se a culpabilidade, mas, se inescusável, responderá a título de culpa, a menos que este fato não seja previsto na modalidade culposa. (BARROS, 2008, p. 353). O legislador estabelece hipóteses em que falta atenção necessária do agente, o que motiva uma conduta maculada pelo erro precedente. Aqui temos um **erro derivado de culpa**, o “erro culposo”, uma vez que a culpa se dá na avaliação da situação de um fato antecedente. (MARINHO; FREITAS, 2007, p. 265).

Marinho e Freitas (2007, p. 291) exemplificam o erro derivado de culpa da seguinte maneira: o agente, morador de um local ermo, tem inimizadas e, tarde da noite, percebe uma pessoa transitando em seu terreno, vindo a matá-la. No entanto, a vítima não era um inimigo, e sim um parente distante que viera visitá-lo. Considera-se que o agente poderia ter avaliado melhor a situação, mas, embora tenha atirado dolosamente, a situação está calcada no erro culposo e, assim, poderá ser penalizado a título de culpa.

Figura 4.1 – Erro de tipo 1



Fonte: Capez (2012, p. 252).

Figura 4.2 – Erro de tipo 2



Fonte: Capez (2012, p. 252).

Figura 4.3 – Erro de tipo 3



Fonte: Capez (2012, p. 252).

Também pode ocorrer o **erro provocado por terceiro**, o qual está disposto no § 2º do Art. 20 do CP. Quem quer que tenha praticado a ação, o responsável será o terceiro que provocou o erro.

Art. 20 – [...]

Erro determinado por terceiro

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

Este erro pode ser:

- espontâneo, quando acontece sem participação produzida por terceiro; ou
- provocado, quando o sujeito é induzido por conduta de terceiro, e esta conduta pode ser dolosa ou culposa.

O erro provocado dolosamente é preordenado pelo terceiro que, conscientemente, induz o sujeito a incidir em erro. O terceiro responderá pela conduta a título de dolo. Exemplo: desejando matar C, A entrega uma arma com

munição a B, faz este acreditar estar descarregada e o induz a acionar o gatilho, atingindo C mortalmente. A responderá por homicídio doloso, e B, por homicídio culposo, em face do erro. (JESUS, 2008, p. 317).

No erro provocado culposamente, o terceiro age com imprudência, negligência ou imperícia, e respondem por crime culposo tanto o agente provocado quanto o terceiro provocador. Por exemplo, sem verificar se a arma estava descarregada ou não, A entrega-a a B, afirma que ela não tem munição, indu-lo a apertar o gatilho, e B atinge C mortalmente. A e B responderão por homicídio culposo. (JESUS, 2008, p. 317).

Como você viu, o erro de tipo pode ser essencial ou acidental. O **erro de tipo acidental** acaba por incidir sobre dados irrelevantes da figura típica. Nas palavras de Luiz Flavio Gomes (2002, p. 99):

Diz-se acidental o erro do agente que recai sobre o objeto material da infração (*error in persona* e *error in objecto*), ou sobre o seu modo de execução (*aberratio ictus* e *aberratio criminis*), ou sobre o nexa causal (*aberratio causae* ou dolo geral).

Os erros de tipo acidentais encontram-se previstos no Art. 20, § 3º, no Art. 73 e no Art. 74 do CP, e podem ser subdivididos em:

- erro sobre objeto (*error in objecto*);
- erro sobre a pessoa (*error in persona*); e
- erro na execução do crime (*aberratio ictus*).

O **erro sobre objeto** (*error in objecto*), como o nome sugere, incide na coisa, o objeto material do delito. Este é irrelevante, pois não traz qualquer consequência jurídica. Por exemplo, em vez de furtar café, o agente subtrai feijão. Ele responde pelo mesmo crime, pois seu erro não o impediu de saber que cometia um ilícito contra o patrimônio. Entretanto, é preciso verificar se a coisa é uma parte elementar da descrição do tipo. Se sim, então o erro será essencial, e não acidental.

No exemplo dado, tanto café quanto feijão constituem elementares do crime de furto [...], não tendo importância na distinção. [...] Se o agente, porém, confunde cocaína com talco, tal erro é essencial, pois, enquanto aquele é elementar do crime de tráfico, este não é. Obs.: se no furto houver uma grande diferença de valor dos produtos, passa a ser erro elementar, uma vez que o pequeno valor é considerado circunstância privilegiadora do crime. (CAPEZ, 2010, p. 255).

O **erro sobre a pessoa** (*error in persona*) incide sobre o objeto material e se dá quando o agente atinge uma pessoa diferente da pretendida, por confundi-la com outra. O agente erra de pessoa e acaba por atingir a pessoa errada, acreditando ser aquela que visava a atingir.

Por exemplo, um pai ingressa em sua residência e vê sua filha pequena em prantos, quando fica sabendo que ela teria sido violentada por um vizinho chamado “João”; o genitor toma uma arma e vai à procura do algoz de sua filha e, minutos após, encontra-se com um sócio do criminoso, atirando para matar. (ESTEFAN, 2012, p. 250).

O erro é irrelevante, pois, apesar do erro, este não o impede de perceber o essencial — isto é, que ele matara um homem — e, assim, o autor dos disparos responderá como se tivesse atingido a pessoa pretendida (vítima virtual). É o que se pode depreender do conteúdo do Art. 20, § 3º:

Art. 20 – [...]

Erro sobre a pessoa

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

No exemplo apresentado, o genitor responderá por homicídio doloso, praticado por motivo de relevante valor moral (vingar-se do estuprador da filha). (ESTEFAN, 2012, p. 250).

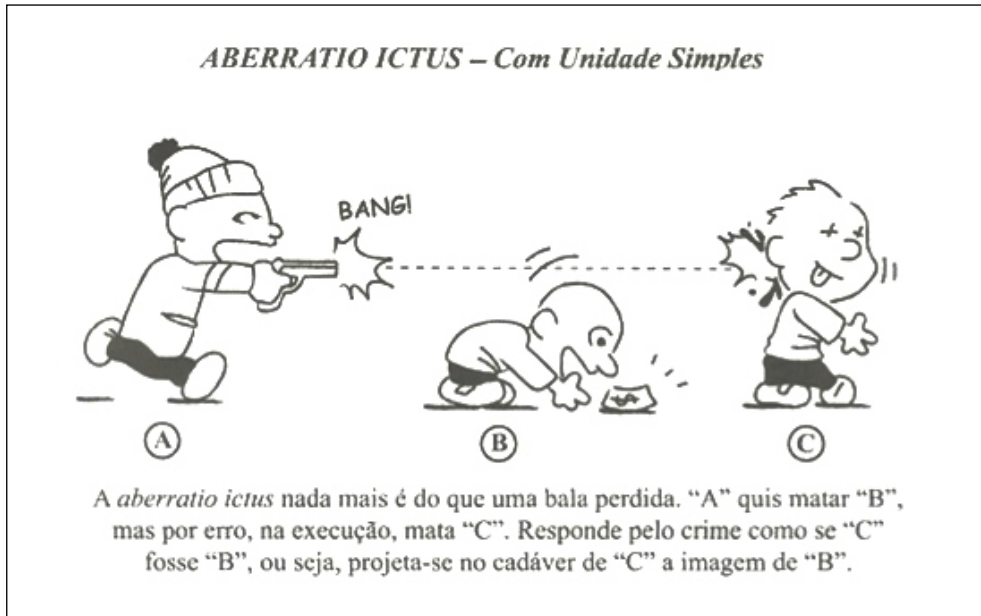
O **erro na execução do crime** também é conhecido como “desvio no golpe” (tradução da expressão latina *aberratio ictus*), pois a execução da conduta criminosa sai errada. Não há confusão quanto à pessoa pretendida, mas o agente erra o alvo e atinge outra. (CAPEZ, 2010, p. 256).

O CP trata do erro na execução em seu Art. 73, e há duas formas de erro: com unidade simples (ou resultado único) e com unidade complexa (ou resultado duplo).

Quando há erro na execução com unidade simples (ou resultado único), o agente, em face do erro na execução, atinge um terceiro inocente (vítima efetiva), ao invés da vítima pretendida (virtual). A consequência jurídica é que o agente responderá pelo crime cometido contra o terceiro, como se fosse a vítima pretendida — tal como no erro sobre a pessoa.

Quando há erro na execução com unidade complexa (ou resultado duplo), o agente, em face do erro na execução, atinge não só a vítima visada, mas também uma terceira pessoa, advindo um resultado duplo, que inclui o desejado e outro não querido. A consequência jurídica implica a regra do concurso formal: aplica-se a pena do crime mais grave, aumentando-a de 1/6 até a metade, dependendo do número de vítimas atingidas pelo erro. (CAPEZ, 2010, p. 257).

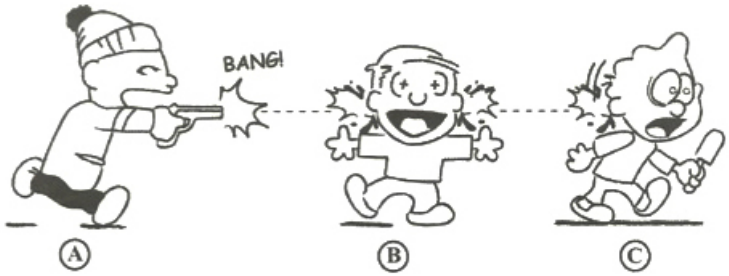
Figura 4.4 – *Aberratio ictus* com unidade simples



Fonte: Capez (2012, p. 258).

Figura 4.5 – *Aberratio ictus* com unidade complexa

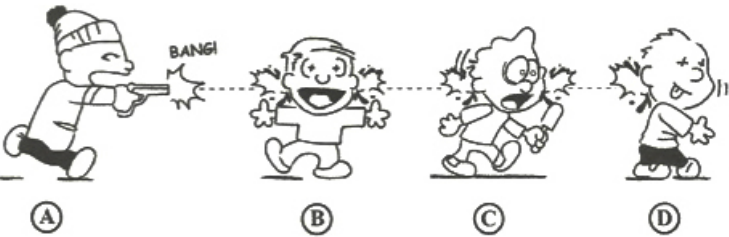
ABERRATIO ICTUS – Com Unidade Complexa - 1



“A” mata “B”, exatamente como desejou, mas, por erro na execução, também mata “C”. Responde pelo homicídio doloso contra “B” em concurso formal com o homicídio culposo cometido contra “C”.

ABERRATIO ICTUS – Com Unidade Complexa - 2

E se, por engano, “A” mata “C” e “D” além de “B”, única vítima que pretendia atingir?



Resposta: quanto maior o número de terceiros inocentes atingidos por culpa, maior será o aumento decorrente do concurso formal.

Se “A” acerta “B” dolosamente e “C” culposamente, aplica-se a pena de homicídio doloso aumentado de 1/6 (um resultado culposo); se acerta “C” e “D”, aumenta-se 1/5; se acerta “C”, “D” e “E”, aumenta-se 1/4, e assim por diante.

Fonte: Capez (2012, p. 259).

Seção 4

Ilícitude ou antijuridicidade

Os termos ilícitude e antijuridicidade são sinônimos na doutrina pátria. No entanto, na doutrina estrangeira, a ilícitude indica o fato típico e antijurídico. (ESTEFAN, 2012, p. 267).

A ilícitude ou antijuridicidade funda-se na contrariedade objetiva do fato à ordem jurídica, entendida como o Direito positivo em seu conjunto. (PRADO, 2008, p. 341).

Para Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 213), “Em Direito Penal, a antijuridicidade é uma contradição entre a ação humana (realizada ou omitida) e o ordenamento jurídico no conjunto de suas proibições e permissões.”

No conceito de Luiz Flávio Gomes (2007, p. 437), “Antijuridicidade penal é a relação de contrariedade (que ocorre) entre o fato formal e materialmente típico e o Direito, ou seja, é a contrariedade desse fato com todas as normas do ordenamento jurídico.”

É importante lembrar que todo fato típico, em princípio, também é ilícito, por contrariar o ordenamento. O fato típico cria uma presunção de ilícitude, nominada de caráter indiciário da ilícitude. Se não estiver presente nenhuma causa de exclusão da ilícitude dentre as expressas em lei, o fato também será ilícito, confirmando-se a presunção da ilícitude.

Nas palavras de Capez (2010, p. 293):

Dessa forma, sempre que se verificar a prática de um fato típico, surge uma primeira e inafastável impressão de que ocorreu algo extremamente danoso ao meio social, já que a conduta definida em lei como nociva foi realizada. [...] Isso significa que, constatada a tipicidade de uma conduta, passa a incidir sobre ela uma presunção de que seja ilícita, afinal de contas, no tipo penal somente estão descritas condutas indesejáveis.

Para você compreender melhor, imagine que houve um homicídio. A primeira impressão é que algo contraria a lei, pois um fato típico foi realizado. No entanto, é preciso ter certeza de que também foi antijurídico, pois, se a ação foi praticada em legítima defesa, estado de necessidade etc., este apresenta exclusão da ilícitude.



Por esta razão, pode-se afirmar que, em regra, o fato típico será ilícito, a não ser que presente alguma excludente. (CAPEZ, 2010, p. 294).

A ilicitude pode ser de duas espécies: formal e material. A **ilicitude formal** denota uma contradição do fato com a norma. É o fato típico não acobertado pelas causas de exclusão da ilicitude.

Na **ilicitude material**, a antijuridicidade ocorre quando o fato contraria a norma e causa uma lesão ou um perigo concreto de lesão ao bem jurídico. É uma conduta que não somente está contrária à lei, mas também é injusta, contrariando o sentimento de justiça da sociedade. Para o Direito Penal, a antijuridicidade é material, pois constitui a “lesão de um interesse penalmente protegido.” (JESUS, 2008, p. 356).

A antijuridicidade pode ser, ainda, genérica ou específica. A **antijuridicidade genérica** é a que está fora do tipo legal incriminador; o dolo é natural e, para caracterizá-lo, não é necessário estender-se à ilicitude do fato. (BARROS, 2008, p. 308). O dolo abrange apenas a contrariedade existente entre o fato e o ordenamento.

Já, na **antijuridicidade específica**, estende-se à ilicitude do tipo. Barros (2008, p. 308) assim apregoa: “o tipo penal contém elementos referentes à ilicitude da conduta”. O Art. 151 do CP, por exemplo, fala em apossar-se “indevidamente” de correspondência alheia, e o Art. 154, em revelar segredo “sem justa causa”. Em ambos os casos há uma especificação do caráter ilícito.

4.1 Causas legais de exclusão da antijuridicidade

A antijuridicidade pode ser afastada por causas denominadas causas justificantes ou excludentes de antijuridicidade. Na ocorrência destas causas, o fato permanece típico, mas não haverá crime: o agente deve ser absolvido. (JESUS, 2008, p. 358).

São duas as classificações das causas de exclusão da ilicitude ou antijuridicidade (também chamadas causas justificantes ou discriminantes): causas supralerais e causas legais.

As **causas supralerais** são aquelas que não estão previstas em lei, mas excluem a ilicitude. A tipicidade é material, e a ilicitude é meramente formal, de modo que são excludentes de tipicidade. Um exemplo é furar a orelha: esta configura fato atípico, porém lícito. (CAPEZ, 2010, p. 297).

As **causas legais** são aquelas quatro previstas em lei: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito, previstas no Art. 23 do CP.

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

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

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

Excesso punível

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

Poderá haver **excesso nas justificativas**, e esta se dá quando uma pessoa, inicialmente em situação de legítima defesa, por exemplo, ultrapassa os limites da justificativa, exagera.

Este pode ser um **excesso doloso ou consciente**, quando, após ter agido licitamente, o agente tem consciência da desnecessidade da conduta. Tendo agido corretamente, num primeiro momento, por meio de uma discriminante que cessou uma agressão injusta, o agente, porém, continua agindo, e, agora, ilicitamente. (JESUS, 2008).

Conforme explica Estefan (2012, p. 269):

O agente tem plena consciência de que intensifica desnecessariamente sua conduta de início legítima. Exemplo: depois de ter dominado o ladrão, a vítima efetua disparos de arma de fogo contra ele, por raiva, matando-o. Consciente da desnecessidade de seu comportamento, a vítima do roubo, que agia em legítima defesa, após ter dominado o ladrão e ter conscientemente efetuado disparos, torna-se autora de um homicídio doloso.

Este tipo de excesso, o intencional (doloso ou consciente), leva o agente a responder pelo fato praticado a título de dolo.

O **excesso involuntário, inconsciente ou não intencional** deriva do erro, uma vez que o agente, em face da falsa percepção motivada pelas circunstâncias e requisitos normativos de justificação, não tem consciência da desnecessidade da continuidade da conduta. (JESUS, 2008, p. 364). O agente ultrapassa os limites do excludente, mas não se dá conta do exagero. Para avaliar a sua responsabilidade, é preciso analisar se o erro de tipo foi evitável ou inevitável.

Estefan (2012, p. 269), em sua doutrina, exemplifica o **tipo evitável**:

[...] durante roubo, o ofendido reage à abordagem do agente e, mesmo após desarmá-lo e dominá-lo por completo, mas sem notar essas circunstâncias, o agride fisicamente, supondo por equívoco que o ladrão ainda não havia sido completamente subjugado. Nesse caso, ele responderá pelo resultado produzido excessivamente a título de culpa.

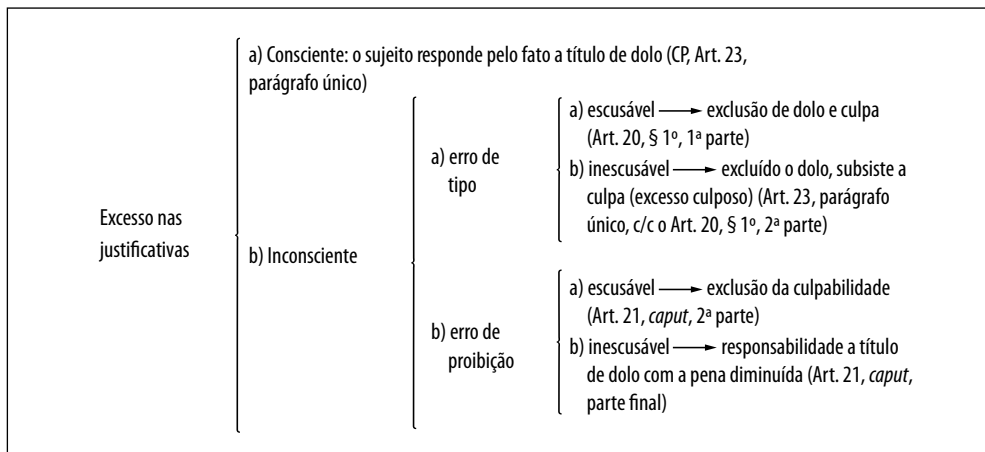
Assim, responderá o agente por delito culposo conforme o Art. 23, parágrafo único, parte final, concomitante com o Art. 20, § 1º, segunda parte. O mesmo autor ainda continua, exemplificando o **tipo inevitável**:

[...] durante um roubo, a vítima, sem se dar conta de que o ladrão portava uma arma de brinquedo, reage à investida efetuando disparos de arma de fogo, matando-o. Se assim for, ficam afastados o dolo e a culpa, surgindo o chamado excesso exculpante, isto é, o sujeito não cometerá crime algum, apesar do excesso. (op. cit.).

Neste caso, afasta-se o dolo e culpa, aplicando o Art. 20, § 1º, primeira parte.

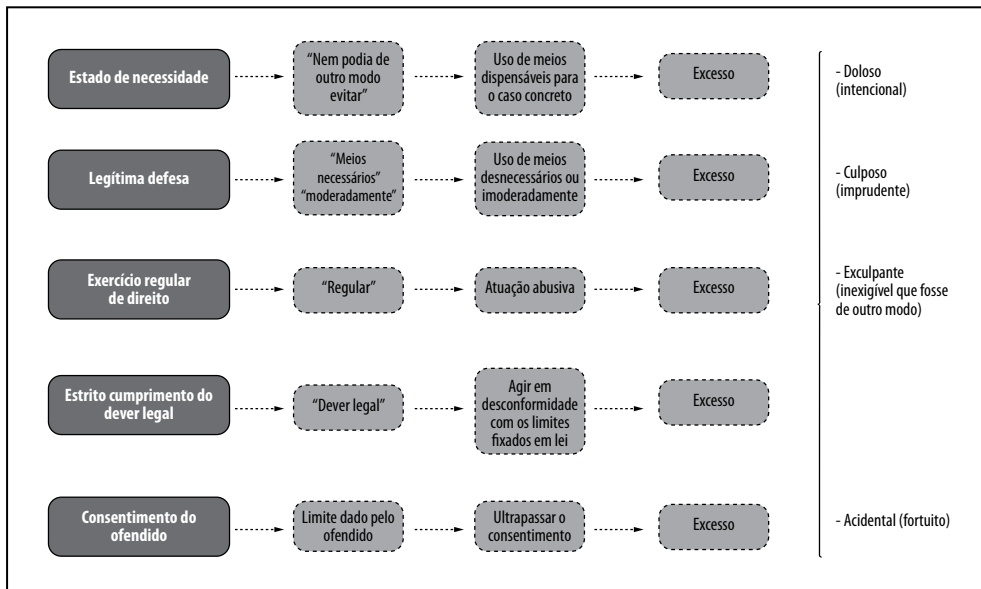
Agora, se o excesso não intencional for **derivado do erro de proibição escusável**, ou seja, do erro sobre os limites normativos da causa de justificação, haverá exclusão da culpabilidade, e deve-se aplicar o Art. 21, caput, segunda parte. Se for **derivado de erro de proibição inescusável**, não haverá exclusão da culpabilidade, e o agente responderá por crime doloso, mas com a pena diminuída de 1/6 a 1/3, conforme o Art. 21, caput, parte final. (JESUS, 2008, p. 365).

Esquema 4.5 – Excesso nas justificativas (consciente e inconsciente)



Fonte: Jesus (2008, p. 365).

Esquema 4.6 – Excesso nas excludentes



Fonte: Nucci (2012, p. 159).

4.1.1 Estado de necessidade

O estado de necessidade é uma das formas de excludente de ilicitude e está previsto no Art. 24 do CP, que dispõe:

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

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

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

Portanto, atua em estado de necessidade o sujeito que, não tendo o dever legal de agir, pratica uma ação a qual não provocou e acaba por sacrificar um bem jurídico, ameaçado por um perigo atual e inevitável.

Assim, antes de tudo, o estado de necessidade pressupõe a existência de um perigo atual, e este deve pôr em conflito interesses legítimos que não podem ser salvos, sendo que um deles perecerá em favor dos demais. Um exemplo é a tábua de salvação numa situação em que dois naufragos disputam-na, pois esta não suporta peso de duas pessoas. “Neste contexto, o Direito autoriza um deles a matar o outro, se isso for preciso para salvar sua própria vida.” (ESTEFAN, 2012, p. 271).

Jesus (2008, p. 370) traz outros exemplos de estado de necessidade:

- Danos materiais produzidos em propriedade alheia para extinguir um incêndio e salvar pessoas.
- Subtração de um automóvel para transportar um doente em perigo de vida ao hospital.
- Subtração de alimento para salvar alguém da morte por inanição.
- Dois alpinistas percebem que a corda que os sustenta está prestes a romper-se; para salvar-se, A atira B num precipício.
- Médico que deixa morrer um paciente para salvar outro, não tendo meios de atender a ambos.
- Aborto praticado por médico quando não há outro meio para salvar a gestante.
- Intervenção médica ou cirúrgica, sem consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida (caso de exclusão de tipicidade, e não ilicitude, CP, Art. 146, § 3º, I).

Há duas teorias a respeito desta excludente: diferenciadora e a unitária.

Segundo a **teoria diferenciadora**, se o bem salvo for mais importante (ex.: vida) que o bem sacrificado (ex.: patrimônio), exclui-se a ilicitude (estado de necessidade justificante). No entanto, se os bens forem equivalentes, afasta-se a culpabilidade (estado de necessidade exculpante).

Segundo a **teoria unitária**, independente da importância do bem, há exclusão da ilicitude. Esta foi, a propósito, a teoria adotada pelo nosso Código Penal. (ESTEFAN, 2012, p. 271).

Para que haja estado de necessidade, é indispensável a presença de alguns requisitos:

- situação de perigo atual ou iminente;
- ameaça a direito próprio ou alheio;
- conhecimento de situação justificante;
- perigo não provocado voluntariamente;
- inexistência do dever legal de enfrentar perigo;
- inevitabilidade do perigo; e
- razoabilidade de sacrifício.

É necessário que haja **situação de perigo atual ou iminente**, isto é, só o perigo presente (acontecendo ou prestes a acontecer) permite a conduta lesiva. Não se admite tal conduta quando passado o perigo ou quando este ainda não se concretizou.

A **ameaça a direito próprio ou alheio** aplica-se a qualquer direito, desde que tutelado por nosso ordenamento jurídico. Havendo interesse de salvaguardá-lo diante de uma situação de necessidade, é lícito agir não somente a quem salva um direito próprio, mas também um direito alheio. (ESTEFAN, 2012, p. 272).

O agente tem que ter **conhecimento da situação justificante**, ou seja, tem que ter plena consciência do perigo e atuar com a finalidade de salvar o direito próprio ou alheio. (ESTEFAN, 2012, p. 272).

Quanto ao requisito de **perigo não provocado voluntariamente**, existem divergências doutrinárias a respeito. Damásio de Jesus, Fernando Capez, André Estefan e a corrente majoritária entendem que o provocador voluntário (que provoca dolosamente, com intenção) não se beneficiará da exclusão; já aquele que gerou involuntariamente (que provoca culposamente, por negligência, imprudência ou imperícia) pode alegar tal excludente. No entanto, Hungria, Toledo, Marques sustentam que tanto a conduta dolosa quanto a culposa não gozam de estado de necessidade, por ser a conduta culposa também voluntária em sua origem.

É necessária a **inexistência do dever legal de enfrentar perigo**, pois o agente que, em razão do dever imposto por lei de sofrer riscos, de sacrificar o próprio interesse, não pode pretender justificar a lesão do interesse alheio sob o fundamento desta excludente. O militar, por exemplo, não pode invocar risco à sua vida para fugir a operações bélicas. (JESUS, 2008, p. 375). No entanto, quando impossível o salvamento ou inútil for o risco, pode recusá-lo. Quando este agente está fora de sua atividade específica, não haverá obrigação de expor o seu bem jurídico.

Deve haver a **inevitabilidade do perigo**, pois, se o conflito puder ser solucionado, o fato não se considera justificado. A conduta lesiva tem que ser o único meio de salvar o bem em perigo. (ESTEFAN, 2012, p. 273).

A lei, ainda, acaba por não mencionar bem de valor maior, igual ou menor; fala apenas em **razoabilidade do sacrifício**. Isto significa que se deve agir de acordo com o senso comum do que é correto e razoável. (CAPEZ, 2010, p. 303).

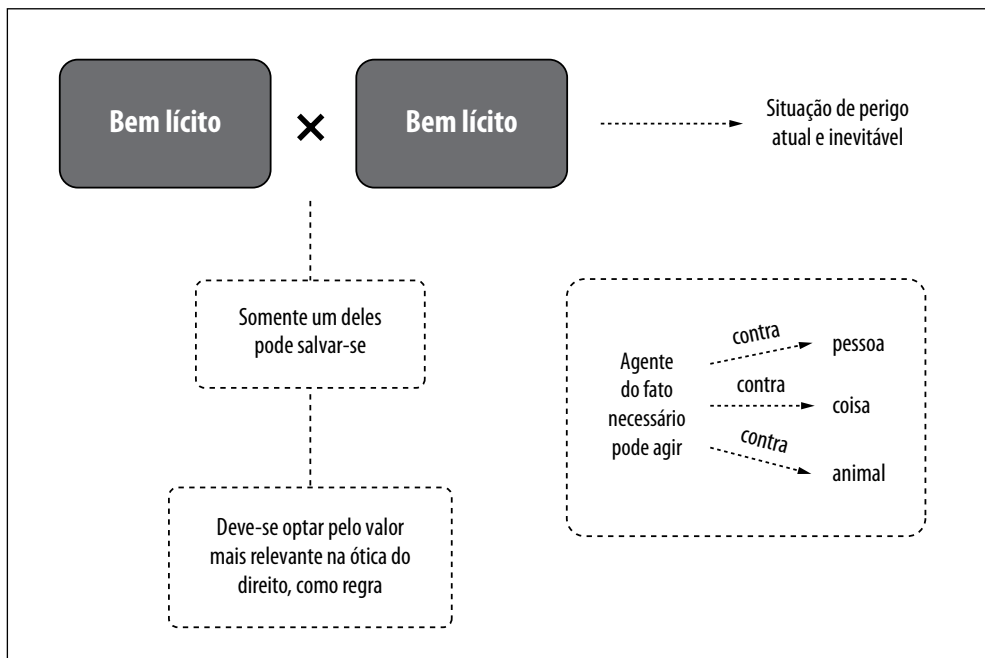
As causas de diminuição de pena estão descritas no § 2º do Art. 24, e este estabelece que, se a destruição do bem jurídico não era razoável, não há excludente, e o agente responderá pelo crime. No entanto, neste caso, a lei permite que a pena seja diminuída de 1/3 a 2/3.

As formas de estado de necessidade classificam-se da seguinte maneira:

- quanto à **titularidade** do interesse protegido (próprio e de terceiro);
- quanto ao **aspecto subjetivo** do agente (real, quando há situação de perigo real, e putativo, quando se imagina a situação de perigo);
- quanto a **terceiro** que sofre a ofensa (defensivo, contra o provocador, e agressivo, a favor de bem de terceiro inocente). (CAPEZ, 2010, p. 304).

Quando há a desnecessária intensificação da conduta inicialmente justificada, haverá excesso. Como você já viu anteriormente, o excesso pode ser doloso ou consciente, quando atua com dolo. Neste caso, em relação ao excesso, o agente responderá dolosamente pelo resultado produzido. Será culposo ou inconsciente, quando o excesso, motivado pelo erro evitável, deriva da apreciação equivocada da situação. Pelo resultado, o agente responderá a título de culpa. (CAPEZ, 2010, p. 304).

Esquema 4.7 – Estado de necessidade



Fonte: Nucci (2012, p. 155).

4.1.2 Legítima defesa

A legítima defesa está fundada no instituto de conservação do bem jurídico, quando o Estado, não podendo socorrer o direito agredido, em um caso de urgência, dá a possibilidade de o titular deste direito reagir. (BARROS, 2008, p. 331). É a mais antiga causa de justificação e é uma causa de exclusão de ilicitude.



Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 223) afirma: “A legítima defesa é direito de proteção individual enraizado na consciência jurídica do povo.”

Conforme a definição legal, recorre à legítima defesa quem repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de terceiro, usando moderadamente dos meios necessários de que dispõe. É a repulsa da agressão ilegítima, atual ou iminente, contra o agressor, sem ultrapassar a necessidade de defesa dentro do limite proporcional e racional dos meios empregados para impedi-la. (PRADO, 2008, p. 350).

O Art. 25 do Código Penal prevê esta possibilidade de exclusão: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.”

Pode-se considerar a legítima defesa como “um embate entre o justo e o injusto, devendo prevalecer o primeiro.” (NUCCI, 2012, p. 161).

Prado (2008, p. 350) traz um exemplo desta excludente de ilicitude: “o proprietário que, altas horas da madrugada, percebe rumores em sua casa, arma-se de revólver para constatar os fatos e surpreende o assaltante dentro de seu automóvel, pronto para sair, ato contínuo alveja-o em legítima defesa.”

Para que haja a legítima defesa, devem estar presentes alguns requisitos:

- agressão;
- injustiça;
- atualidade ou iminência;
- proteção a direito próprio ou de terceiro;
- meios necessários;
- moderação;
- elementos subjetivos.

A **agressão** é a conduta humana que ataca um bem jurídico. Sinônimo de ataque, esta pode lesá-lo, expô-lo a um perigo. Atenção: a agressão de animal configura um estado de necessidade, e não legítima defesa.

A **injustiça** indica que a agressão é contrária ao ordenamento jurídico, uma agressão ilícita. No entanto, não é necessariamente um crime; por exemplo, a legítima defesa pode ser usada para a proteção do furto de uso, dano culposos. (CAPEZ, 2010, p. 306).

É necessário que haja atualidade ou iminência, isto é, que a ocorrência esteja em curso, ou seja iminente, isto é, esteja prestes a acontecer. Exemplificando, numa situação atual, uma pessoa saca a arma e reage contra a ação do ladrão que anuncia o roubo. Numa situação iminente, alguém saca a arma tão logo percebe que o rival coloca a mão no coldre para sacar a arma durante uma discussão. (ESTEFAN, 2012, p. 276).

É preciso visar à **proteção a direito próprio ou de terceiro**. Qualquer direito pode ser defendido, no entanto não se pode tutelar coisa ilícita. A proteção pode ser de direito de terceiro, mesmo que o mesmo seja desconhecido. Isto “constitui uma forma de privilegiar a solidariedade no âmbito legal.” (NUCCI, 2012, p. 161).

Os **meios necessários** são os instrumentos que estão à disposição de quem está sendo agredido, o que lhe está à mão. Não existem tabelas ou padronização nesse contexto. (NUCCI, 2012, p. 161). Estes meios devem ser analisados no caso concreto.

É preciso haver **moderação**. Não bastam somente os meios necessários, mas estes têm que ser utilizados com moderação. É a proporcionalidade da reação à agressão; esta tem que ser na medida necessária para cessar a agressão. Este requisito também deve ser analisado no caso concreto. (ESTEFAN, 2012, p. 278).

Os **elementos subjetivos** são o conhecimento da situação de agressão e o conhecimento da necessidade de defesa: o sujeito tem que ter conhecimento da situação de agressão injusta e da necessidade de reagir a esta. (JESUS, 2008, p. 390).

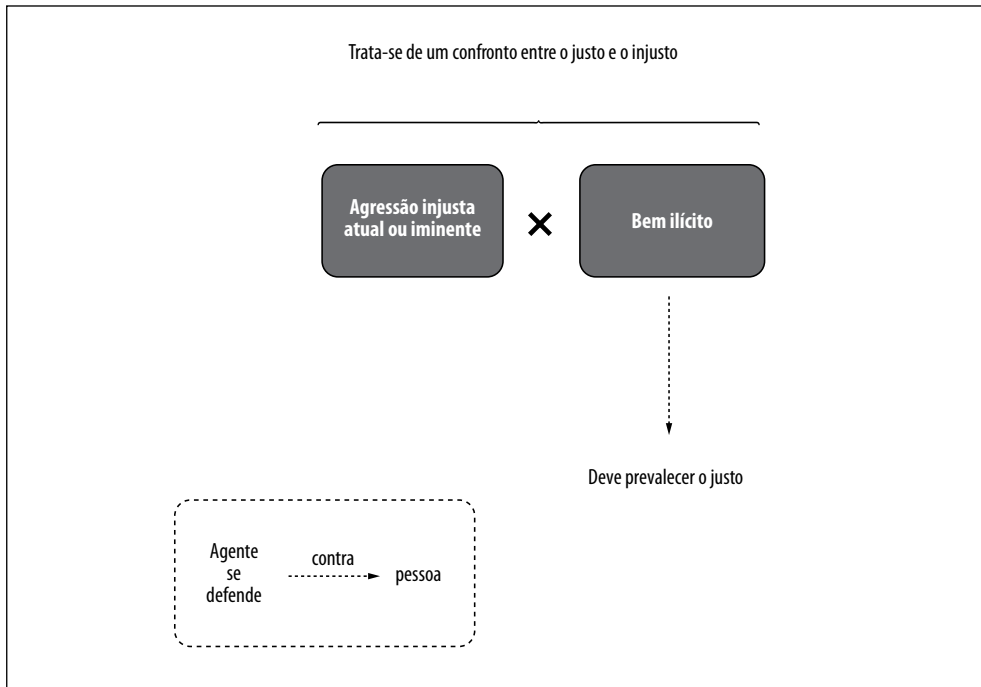
Haverá excesso quando for desnecessária a intensificação da conduta. Este excesso decorre do emprego dos meios e da moderação. Como você já viu anteriormente, o excesso pode ser intencional ou voluntário.

Se o agente, com plena consciência de que a agressão cessou, prossegue reagindo, responderá dolosamente pelo resultado excessivo. Quando não intencional ou involuntário, o excesso é motivado pelo erro evitável. Neste caso, deriva da apreciação equivocada da situação, e o agente responderá a título de culpa. Se inevitável, porém, não responderá pelo resultado excessivo. (ESTEFAN, 2012, p. 279).

Estefan (2012, p. 280) classifica a legítima defesa da seguinte maneira:

- legítima defesa recíproca – legítima defesa contra legítima defesa;
- legítima defesa sucessiva – reação contra o excesso;
- legítima defesa real – excludente de ilicitude;
- legítima defesa putativa – é a imaginária, é uma modalidade de erro;
- legítima defesa própria – agente salva direito próprio;
- legítima defesa de terceiro – defende direito de terceiro;
- legítima defesa subjetiva – quando há excesso exculpante; e
- legítima defesa “*aberratio ictus*” – ao repelir a agressão, o agente por erro de execução, atinge bem de terceiro.

Esquema 4.8 – Legítima defesa



Fonte: Nucci (2012, p. 156).

Quadro 4.1 – Diferenças entre o estado de necessidade e a legítima defesa

Estado de necessidade	Legítima defesa
Há um conflito entre titulares de bens ou interesses juridicamente protegidos	Há um conflito entre o titular de um bem ou interesse juridicamente protegido e um agressor, agindo ilicitamente
A atuação do agente do fato necessário pode voltar-se contra pessoas, animais e coisas	A atuação do titular do bem ou interesse ameaçado somente pode se voltar contra pessoas
O bem ou interesse juridicamente tutelado está exposto a um perigo atual	O bem ou interesse ameaçado está exposto a uma agressão atual ou iminente
O agente do fato necessário pode voltar-se contra terceira parte totalmente inocente	O titular do bem ou interesse ameaçado somente está autorizado a se voltar contra o agressor
Pode haver ação contra agressão justa (estado de necessidade recíproco)	Deve haver somente ação contra agressão injusta (ilícita)
Deve haver proporcionalidade entre o bem ou interesse sacrificado e o bem ou interesse salvo pela ação do agente do fato necessário	É discutível a necessidade da proporcionalidade entre o bem ou interesse sacrificado, pertencente ao agressor, e o bem ou interesse salvo, pertencente ao agredido
Há, como regra, ação	Há, como regra, reação
O agente do fato necessário, se possível, deve fugir da situação de perigo para salvar o bem ou interesse juridicamente tutelado (subsidiariedade do estado de necessidade)	O agredido não está obrigado a fugir, podendo enfrentar o agressor, que atua ilicitamente

Fonte: Nucci (2012, p. 154).

4.1.3 Estricto cumprimento do dever legal

Quando um agente pratica um fato em estrito cumprimento do dever legal, este não comete crime, pois há excludente de antijuridicidade previsto pelo Art. 23, inciso III, do CP.

Algumas vezes, a própria lei acaba por obrigar um agente público a realizar condutas típicas para executar ato legal. (ESTEFAN, 2012, p. 283). Esta lei pode ser penal ou extrapenal.

Jesus (2008, p. 397) traz exemplos de deveres legais impostos a funcionários públicos:

Fuzilamento do condenado pelo executor: a conduta do carrasco é típica, uma vez que se enquadra na descrição do crime de homicídio [...] a antijuridicidade é excluída pelo cumprimento de dever legal;

Morte do inimigo no campo de batalha;

Prisão em flagrante realizada pelo policial.

Os requisitos exigidos para excluir a ilicitude da conduta, segundo Estefan (2012, p. 283), são:

- existência prévia de um dever legal;
- atividade pautada pelo estrito limite do dever;
- conduta, como regra, de agente público e, excepcionalmente, de particular;
- consciência de que se pratica o fato em face de um dever imposto.

A **existência prévia de um dever legal** indica que deve haver uma obrigação imposta por norma jurídica de caráter genérico (não só no sentido formal; poderá ser, inclusive, administrativo).

A **atividade deve ser pautada pelo estrito limite do dever**. Se estiver fora desse limite, será um fato ilícito.

Deve ser a **conduta, como regra, de agente público**. Excepcionalmente, pode ser de particular, como o dever dos pais quanto à guarda e vigilância dos filhos.

Também haverá a exigência de que o agente tenha **consciência de que pratica o fato em face de um dever imposto**. Caso não saiba, é fato ilícito, uma vez que ausentes os requisitos.

Como em todas as excludentes, poderá haver excesso.

4.1.4 Exercício regular do direito

Exercer um direito, por óbvio, não constitui crime. Por este motivo, “quando alguém segue os preceitos da lei, penal ou extrapenal, anda que fira interesse alheio, está acobertado pela excludente de ilicitude.” (NUCCI, 2012, p. 162).



Como causa de exclusão de antijuridicidade, o exercício regular do direito está previsto no Art. 23, inciso III, do CP, última parte.

Assim, todos que exercerem um direito assegurado por lei não praticarão atos ilícitos. Esta excludente resulta na harmonização do Direito Penal com os outros ramos do Direito. (ESTEFAN, 2012, p. 282).

Jesus (2008, p. 397) traz alguns exemplos de condutas que se enquadram no exercício de um direito que é antijurídico, embora típico:

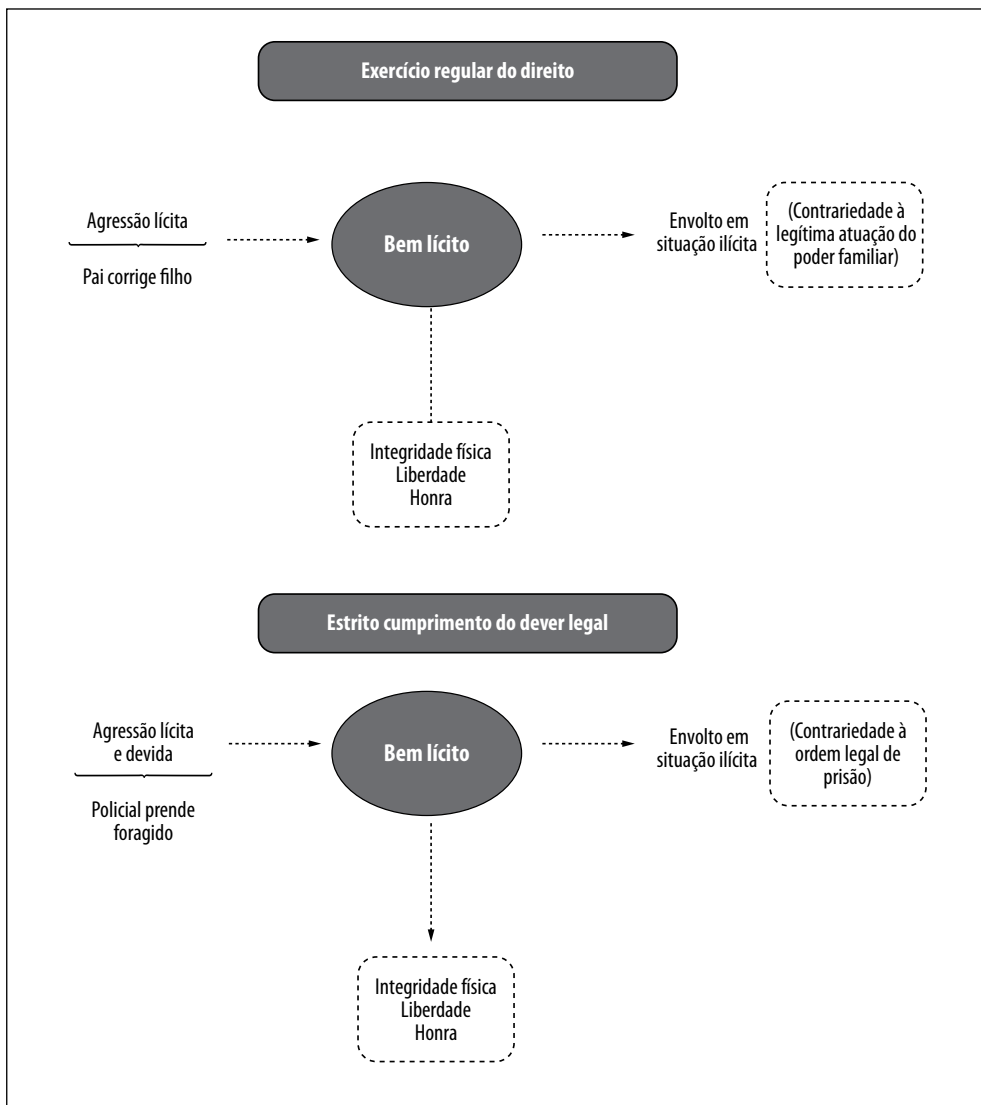
- Prisão em flagrante realizado por um particular;
- Liberdade de censura prevista no art. 142 do CP;
- Direito de retenção permitido pelo CC;
- Direito de correção do pai em relação ao filho.

Outros exemplos do exercício regular de direito são descritos por Estefan (2012, p. 282):

- Intervenção médico-cirúrgica [...] Note que o médico deverá colher o consentimento do paciente, ou de seu representante, se menor, somente se podendo cogitar de cirurgia independentemente de autorização do paciente nos casos de estado de necessidade;
- Violência desportiva, desde que o esporte seja regulado oficialmente e a lesão ocorra de acordo com as respectivas regras;
- Flagrante facultativo (CPP, art. 301), que constitui a faculdade conferida por lei a qualquer do povo de prender quem esteja em situação de flagrante delito.

É necessário que o agente obedeça rigorosamente aos requisitos traçados pelo poder público para ser exercício regular. Também é necessário que o agente tenha consciência de que o fato é prática no exercício regular de um direito. (JESUS, 2008, p. 398).

Esquema 4.9 – Exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal



Fonte: Nucci (2012, p. 157).

Capítulo 5

Culpabilidade

Habilidades

Neste capítulo, você desenvolverá habilidades que lhe permitirão compreender a imputabilidade, a semi-imputabilidade e a inimputabilidade. Ao final do seu estudo, você também estará apto/a a aplicar as excludentes de culpabilidade.

Seções de estudo

Seção 1: Conceitos de culpabilidade

Seção 2: Elementos da culpabilidade

Seção 3: Causas de exclusão da culpabilidade

Seção 1

Conceitos de culpabilidade

1.1 Introdução

A culpabilidade é fruto da evolução dogmático-penal que culminou na separação entre antijuridicidade e culpabilidade. Tal separação tornou-se majoritária a partir da obra de Franz von Liszt. Estes avanços, entretanto, não lograram um consenso acerca do conceito e da missão da culpabilidade na teoria geral do delito, o que, ainda hoje, gera discussão. (BITENCOURT, 2012, p. 428).



Damásio de Jesus (2008, p. 453) leciona em sua obra que a “culpabilidade liga o agente à punibilidade. O crime existe por si mesmo, mas, para que o crime seja ligado ao agente, é necessária a culpabilidade.”

A culpabilidade, conforme Cesar Roberto Bitencourt (2012, p. 428), é tradicionalmente entendida como um juízo individualizador de atribuição de responsabilidades penais. Através do princípio de que não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*), representam uma garantia para o infrator frente a possíveis excessos do poder punitivo do Estado. O mesmo autor ainda complementa:

Por outro lado, a culpabilidade também é entendida como um instrumento para a prevenção de crimes e, sob essa ótica, ao juízo de atribuições de responsabilidade penal cumpre portar estabilidade ao sistema normativo, confirmando a obrigatoriedade do cumprimento das normas.

Na lei penal brasileira, a existência de um crime requer apenas que o sujeito haja praticado um fato típico e antijurídico. Assim, para existência do crime, a culpabilidade é prescindível. De acordo com Jesus (2008, p. 454), “o crime existe por si mesmo com os requisitos ‘fato típico’ e ‘ilicitude’. Mas o crime só será ligado ao agente se este for culpável.”

René Ariel Dotti (apud JESUS, 2008, p. 454), observa que:

Em face de seu atual desenvolvimento, a culpabilidade deve ser tratada como um dos pressupostos da pena, merecendo, por isso, ser analisada dentro deste quadro e não mais em setor da teoria geral do delito [...] O crime como ação tipicamente antijurídica é causa da resposta penal como efeito. A sanção será imposta somente quando for possível e positivo o juízo de reprovação que é uma decisão sobre um comportamento passado, ou seja, um *posterius* destacado do fato antecedente.

Desta forma, percebemos que a imposição da pena vai depender da culpabilidade, e a quantia da pena será limitada de acordo com o grau de sua responsabilidade

1.2 Conceitos

A culpabilidade é o juízo de censura que recairá sobre a manifestação de vontade do agente, tendo como objetivo a imposição de uma pena. Nas palavras de Delmanto (2006, p. 19), “É a reprovação ao agente pela contradição entre sua vontade e a vontade da lei.”

Assim, toda vez que se comete um fato típico e ilícito, o sujeito fica passível de ser submetido a uma censura por parte do poder punitivo estatal. No entanto, a imposição da pena, como consequência do crime, vai depender da avaliação da culpabilidade do agente, do dever do agente responder, ou não, pelo fato.

A culpabilidade como juízo de reprovação está associada à expressão culpado, que carrega a ideia de censura, de modo que a culpabilidade é vista como sendo a culpa em si. Atualmente, porém, culpabilidade é vista como possibilidade de reprovar o autor do fato punível. (CAPEZ, 2010, p. 329).

Apesar de o Código Penal - CP não definir a culpabilidade, a despeito da matéria, desenvolveram-se as seguintes teorias alternativas: teoria psicológica da culpabilidade, teoria psicológico-normativa da culpabilidade e teoria normativa pura da culpabilidade.

Segundo a **teoria psicológica da culpabilidade**, a culpabilidade é a relação psíquica do agente com o delito, fazendo-o penalmente responsável, na forma de dolo ou culpa, tendo como pressuposto a imputabilidade do agente. Esta concepção vem perdendo força, uma vez que não se encontram respostas para a coação moral irresistível nem para a obediência hierárquica, casos estes em que o agente procede com dolo, mas não responderá pelo crime; quem será responsabilizado é o autor da coação ou da ordem. Também não se explica a culpa inconsciente, em que não há vínculo psicológico entre o autor e o resultado, pois esta não é prevista. (BARROS, 2008, p. 369).

A **teoria psicológico-normativa da culpabilidade** surgiu em 1907, com os estudos de Reinhard Frank. A partir dela, percebeu-se que o dolo e a culpa não podem ser espécies da culpabilidade, investigando entre eles um liame normativo. (JESUS, 2008, p. 458). O dolo e a culpa passam a ser elementos integrantes da culpabilidade ao lado da imputabilidade, da consciência de ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa. Desta forma, a culpabilidade não é apenas um liame psicológico entre o autor e o fato, mas um juízo de valoração a respeito de um fato doloso (psicológico) ou culposo (normativo).

Segundo a **teoria normativa pura da culpabilidade**, correlacionada à teoria finalista e à teoria jurídico-penal, o dolo e a culpa integram o tipo penal, situando-se dentro da conduta humana. Esta teoria é chamada normativa pura, porque os resíduos psicológicos, o dolo e a culpa, foram transferidos para dentro do tipo legal. Assim, a culpabilidade passa a ser apenas um juízo de reprovação que recairá sobre o agente autor de um fato típico antijurídico (contrário à norma). “Culpabilidade é um juízo de valor de quem julga. Concentra-se na cabeça do juiz, e não no psiquismo do réu.” (BARROS, 2008, p. 369). Para esta teoria, a culpabilidade apresenta os seguintes elementos: imputabilidade, potencial consciência de ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Assim, as pessoas são presumidamente culpáveis, e esta presunção deixa de existir se estiverem presentes algumas circunstâncias que excluam a culpabilidade.

Seção 2

Elementos da culpabilidade

2.1 Imputabilidade

A imputabilidade penal refere-se à possibilidade de atribuir um fato criminoso a um agente e de responsabilizá-lo penalmente. É o conjunto das condições pessoais que dão ao agente a capacidade de ser imputado pela prática de um fato punível. Assim, a imputabilidade, é a capacidade que a pessoa tem, no momento da ação, de entender o caráter ilícito do fato e de agir de acordo com esse entendimento.



Não confunda imputabilidade com responsabilidade penal. Como coloca Jesus (2008, p. 468), a responsabilidade penal corresponde à consequência jurídica oriunda da prática de uma infração. Por isso, até mesmo o inimputável, embora desprovido de condições psíquicas de compreender o caráter ilícito de um ato, será juridicamente responsável por ele, pois ficará sujeito a uma sanção: a medida de segurança. (BITENCOURT, 2012, p. 287).

Magalhães Noronha (apud JESUS, 2008, p. 468), a respeito da responsabilidade, assim afirma:

É a obrigação que alguém tem de arcar com a consequência jurídica do crime. É o dever que tem a pessoa de prestar contas de seu ato. Ele depende da imputabilidade do indivíduo,

pois não pode sofrer a consequência do fato criminoso (ser responsabilizado) senão o que tem a consequência de sua antijuridicidade e quer executá-lo.

A maioria das doutrinas vê a imputabilidade na capacidade de entender o caráter criminoso do fato e, ainda assim, querer cometê-lo. É, portanto, imputável o sujeito mentalmente sã e desenvolvido, que possa saber que sua conduta é contrária à norma, ao mandamento jurídico. (JESUS, 2008, p. 649).

Hans Welzel, em seus estudos sobre a imputabilidade, conclui que a capacidade de culpabilidade tem dois momentos distintos: a capacidade de compreensão do injusto e a de determinação da vontade. Somente os dois momentos conjuntamente constituem a capacidade de culpabilidade; caso contrário, temos a inimputabilidade. (apud BITENCOURT, 2012, p. 449).

2.1.1 Inimputabilidade e semi-imputabilidade

Como você pode inferir da distinção de Welzel, a **inimputabilidade** é a incapacidade de apreciar o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com essa apreciação. Para que seja inimputável, o agente, no tempo da ação, deve estar desprovido da capacidade de entendimento e de autodeterminação. Para que haja inimputabilidade, devem estar presentes as causas que excluem a imputabilidade, e estas estão descritas no Art. 26 do Código Penal:

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.

Outras causas de exclusão da imputabilidade são a embriaguez completa e involuntária, decorrente de caso fortuito ou força maior, previsto no Art. 28 do CP, e a menoridade, descrita no Art. 27 do mesmo ordenamento.

Já a **semi-imputabilidade** dá-se quando o agente, ao tempo da ação, estava parcialmente privado de sua capacidade para entender o caráter ilícito e para determinar-se (dirigir as suas ações) de acordo com ela. Ou seja, ele deve ter perdido apenas parcialmente a capacidade de entendimento de autodeterminação.

Conforme positivado no Art. 26, parágrafo único, do CP, constata-se a culpabilidade diminuída quando o agente se encontra entre a imputabilidade e a inimputabilidade, e, por isso, terá uma **diminuição da responsabilidade**.

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.

Bitencourt (2012, p. 473) afirma sobre a semi-imputabilidade:

Situam-se nessa faixa intermediária os chamados fronteirços, que apresentam situações atenuadas ou residuais de psicose, de oligofrenias e, particularmente, grande parte das chamadas personalidades psicopáticas ou mesmo transtornos mentais transitórios. Esses estados afetam a saúde mental do indivíduo sem, contudo, excluí-la.

Os critérios para a definição da imputabilidade são três: o critério biológico, o critério psicológico e o critério biopsicológico.

No **critério biológico**, leva-se em conta o desenvolvimento mental do acusado, isto é, se o agente, na época do fato, era portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Se apresentar uma anomalia psíquica, este será sempre considerado inimputável (**presunção absoluta**), ainda que, no momento do crime, essa anomalia não tenha retirado a capacidade de entender o caráter ilícito. Esse critério de presunção absoluta foi adotado em nossa Lei Penal quanto à menoridade penal: o simples fato de não ter completado 18 anos.

Pelo **critério psicológico**, basta que o agente, ao tempo da ação ou omissão, não tenha capacidade de entendimento e autodeterminação, não sendo necessário para a exclusão da imputabilidade que o agente seja portador de uma anomalia psíquica em caráter permanente. O importante é analisar as condições mentais no momento em que foi praticado o fato. É a privação do sentido, identificado nos crimes passionais. Não é aceito no nosso ordenamento como excludente de ilicitude.

O **critério biopsicológico**, por sua vez, combina os dois requisitos, para estabelecer o inimputável por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Assim, será considerado inimputável aquele que, em razão de suas condições mentais, era, ao tempo da ação ou omissão, totalmente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento. É preciso que a causa geradora da inimputabilidade esteja presente não somente em termos genéricos, mas também no momento da prática. Este critério é o utilizado pelo nosso Código Penal quanto à imputabilidade.

A imputabilidade, como juízo de reprovação social e como pressuposto da aplicação da pena, deve existir ao tempo da prática do fato. Quando o agente se coloca, propositadamente, em situação de inconsciência para prática de conduta punível, ocorre a *actio libera in causa* (ou ação livre em sua causa).



A mãe dorme ao lado do bebê, sabendo que, ao dormir, poderá subir sobre ele e vir a matá-lo. Alguém ingere grande quantidade de bebida alcoólica para ficar em estado de inconsciência e praticar o delito. Nesse caso, o agente responde normalmente pelo delito. Além disso, na embriaguez, haverá o agravamento da pena, nos termos do Art. 61, inciso II, alínea I (embriaguez preordenada). (CARVALHO, 2013, p. 2).

2.2 Consciência potencial da ilicitude

Para que o autor seja reprovado por ter cometido uma ação contrária à norma, “será necessário que este conheça ou possa conhecer as circunstâncias que pertencem ao tipo e à ilicitude.” (BITENCOURT, 2012, p. 449).

Com fundamentos na teoria finalista da ação e na teoria normativa pura da culpabilidade, a **consciência da ilicitude** faz parte da culpabilidade, e não do dolo. Jesus (2008, p. 474) coloca que, diante das circunstâncias, os elementos da culpabilidade também têm natureza normativa:

É suficiente, pois, a possibilidade de conhecimento do ilícito. Assim, o sujeito que realiza a conduta com vontade e conhecimento dos elementos objetivos do tipo penal agiu dolosamente, sendo indiferente que se tenha conduzido com conhecimento do ilícito.

A consciência potencial da ilicitude refere-se às circunstâncias do momento do fato, que indicam que o autor tem condições de saber que o fato praticado é contrário ao direito. É necessário que o agente tenha a possibilidade de conhecer a antijuricidade do fato, ou seja, que, potencialmente, saiba que o fato é ilícito e que a conduta que está praticando é vedada por lei.



É fundamental distinguir a falta de consciência da ilicitude e a ignorância da lei. Enquanto a primeira isenta o autor de pena, a segunda não, podendo servir somente como atenuante da pena. (CARVALHO, 2013, p. 2).

Com o mesmo entendimento, Heleno Cláudio Fragoso (apud FRANCO, 1993, p. 108) sintetiza a questão:

A consciência da ilicitude é a consciência que o agente deve ter de que atua contrariamente ao direito. Essa consciência, pelo menos potencial, é elementar ao juízo de reprovação, ou seja, à culpabilidade. [...] A reprovação não depende apenas de ter o agente capacidade genérica de entendimento do caráter ilícito do fato e de determinar-se conforme esse entendimento. É indispensável que, no caso concreto de que se trata, tenha ele reconhecido, ou, pelo menos, tenha podido reconhecer, a ilicitude de seu comportamento [...]. Para que se afirme a existência da culpabilidade, no entanto, basta o conhecimento potencial da ilicitude, ou seja, basta que seja possível ao agente, nas circunstâncias em que atuou, conhecer que obrou ilicitamente.

2.3 Exigibilidade de conduta diversa

Uma vez configurada a imputabilidade e a possibilidade de conhecimento do injusto, caracteriza-se materialmente a culpabilidade. No entanto, isso não quer dizer que o ordenamento jurídico tenha que fazer a reprovação de culpabilidade, pois, em determinadas ocasiões, ele poderá renunciar à reprovação, exculpar e absolver o agente. (BITENCOURT, 2012, p. 450).

Damásio de Jesus (2008, p. 477), em seus ensinamentos, afirma:

Não é suficiente que o sujeito seja imputável e tenha cometido o fato com possibilidade de lhe conhecer o caráter ilícito para que surja a reprovação social (culpabilidade). Além dos dois primeiros elementos, exige-se que, nas circunstâncias do fato, tivesse possibilidade de realizar outra conduta, de acordo com o ordenamento jurídico. A conduta só é reprovável quando, podendo o sujeito realizar comportamento diverso, de acordo com a ordem jurídica, realiza outro, proibido.

A exigibilidade de conduta diversa diz respeito a saber se, nas circunstâncias, seria exigível que o acusado agisse de forma diversa. Não haverá pena se, nas circunstâncias, foi impossível para o acusado agir de outra forma.

Exemplo disso encontramos na coação irresistível e obediência hierárquica, ambas previstas no Art. 22 do CP. Ou seja, o seu fundamento encontra-se na possibilidade de serem punidas somente as condutas que poderiam ter sido evitadas pelo agente. Assim, não é culpável o agente quando não havia possibilidade de exigir dele uma conduta diferente da que praticou.

A exigibilidade, portanto, fundamenta-se no princípio de que o sujeito podia atuar de forma diversa. (CARVALHO, 2013, p. 2).

Seção 3

Causas de exclusão da culpabilidade

3.1 Introdução

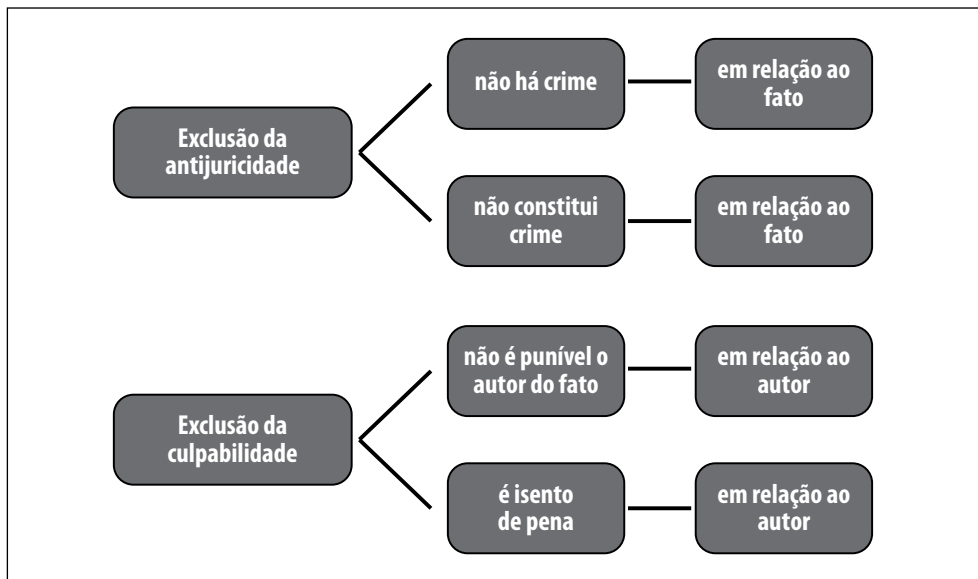
Para haver a culpabilidade, vimos que precisam estar presentes alguns elementos: imputabilidade, potencial consciência de ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. No entanto, o nosso ordenamento jurídico prevê algumas formas que excluem estes elementos e, assim, a própria culpabilidade. Desta forma, o crime ainda existe, mas é retirada do agente a culpa e, conseqüentemente, haverá a absolvição.

As causas que excluem a culpabilidade são:

- a. erro de proibição, se inevitável — Art. 21, caput, CP (exclui a potencial consciência de ilicitude);
- b. coação moral irresistível — Art. 22, 1ª parte, CP (exclui a exigibilidade de conduta diversa);
- c. obediência hierárquica — Art. 22, 2ª parte, CP (exclui a exigibilidade de conduta diversa);
- d. inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado — Art. 26, caput, CP (exclui a imputabilidade);
- e. inimputabilidade por menoridade penal — Art. 27, CP (exclui a imputabilidade); e
- f. inimputabilidade por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior — Art. 28, § 1º, CP (exclui a imputabilidade).

É importante não confundir exclusão da antijuridicidade e exclusão da culpabilidade. O esquema a seguir ilustra essa diferença.

Esquema 5.1 - Exclusão da antijuridicidade e exclusão da culpabilidade



Fonte: Elaboração do autor (2013).

3.1.1 Erro de proibição

O desconhecimento da lei não pode ser usado como razão para não cumprir mandamento do Código Penal. Conforme dita o Art. 3 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42): “Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.”

Da mesma forma, o Art. 21 do CP também determina: “O desconhecimento da lei é inescusável. Presumindo que todos serão culpáveis quando o cometimento da conduta criminosa.”

No entanto, a segunda parte deste artigo determina que o **erro sobre a ilicitude do fato**, se este for inevitável, acaba por isentar o autor da pena e, se evitável, reduzirá o juízo de censurabilidade, fazendo com que a pena possa ser diminuída de 1/6 a 1/3: “Art. 21 O desconhecimento da lei é inescusável. [...] O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.”

Um dos elementos da culpabilidade, a potencial consciência de ilicitude, exige que, além de ser imputável, o autor da ação tenha, no momento da prática do fato, a possibilidade de verificar que seu comportamento é contrário ao ordenamento jurídico. (JESUS, 2008, p. 486). Assim prega o parágrafo único do Art. 21 do CP: “Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.”



Desta forma, se o agente não tem possibilidade de saber que o fato por ele praticado é proibido, afasta-se a culpabilidade, se este for inevitável. Surge, então, o **erro de proibição**, que incide sobre a ilicitude do fato. Este erro não é o desconhecimento da lei, mas sim a compreensão equivocada dela: o agente acredita ser lícita a sua conduta, quando, na verdade, não é.

Um exemplo trazido por Estefan (2012, p. 295) demonstra claramente o erro de proibição:

Silvícola

Silvícola é a pessoa que nasce ou vive nas selvas ou matas; selvagem. O termo é usado para designar uma pessoa inapta à civilização.

[...] imagine um indígena, criado em tribo isolada, porém com plena capacidade mental. Suponha que essa pessoa, ao se tornar um jovem (já com 18 anos completo), decida conhecer um centro urbano e, tão logo chega ao centro de uma grande cidade, observa um canário no interior de uma gaiola; ao ver o animal preso, é tomado por revolta e, na sincera crença de que age de modo correto, quebra o objeto para libertar o pássaro. O **silvícola** não responderá por crime de dano (CP, art. 163), visto que atuou acreditando (de boa-fé, portanto) estar fazendo o que era certo para a situação. Sua atitude encontra-se em sintonia com sua cultura, com as regras de conduta que lhe foram ensinadas durante suas experiências de vida. Pode-se dizer, então, que ele agiu sem a menor possibilidade de conhecer o caráter ilícito do ato praticado. O erro de proibição consiste na falsa percepção da realidade que recai sobre a ilicitude do comportamento.

O erro de proibição pode ser escusável (ou inevitável) ou inescusável (inevitável). Será escusável quando o agente atua sem a consciência de ilicitude; este não tinha como conhecer o ilícito do fato naquelas circunstâncias e, assim, acaba por excluir a culpa. No erro inescusável, o agente atua com descuido ou leviandade. Embora desconhecesse o fato ilícito, tinha condições de saber. Um exemplo do erro evitável é o vendedor que pega de volta um produto não pago, ou, então, alguém que acha um objeto e não o devolve.



Existem **diferenças entre o erro de tipo e de proibição**. Uma vez que erro de tipo recai sobre as circunstâncias e elementos do tipo penal, ele exclui o dolo, e o agente poderá responder a título de culpa (Art. 20, § 1º CP). Já o erro de proibição incide sobre a ilicitude do fato, o dolo subsiste, mas, quando este erro é escusável, a culpabilidade é excluída (absolve-se); no entanto, quando inescusável, atenua-se a pena (Art. 21, caput). (JESUS, 2008, p. 487).

Os casos de erro de proibição podem ser: erro ou ignorância de direito, suposição errônea da existência de causa de exclusão da ilicitude não reconhecida juridicamente e discriminante putativa.

O **erro ou ignorância de direito**, também chamado de erro de proibição direto, ocorre quando o sujeito está ciente do que faz, porém não conhece a norma jurídica.

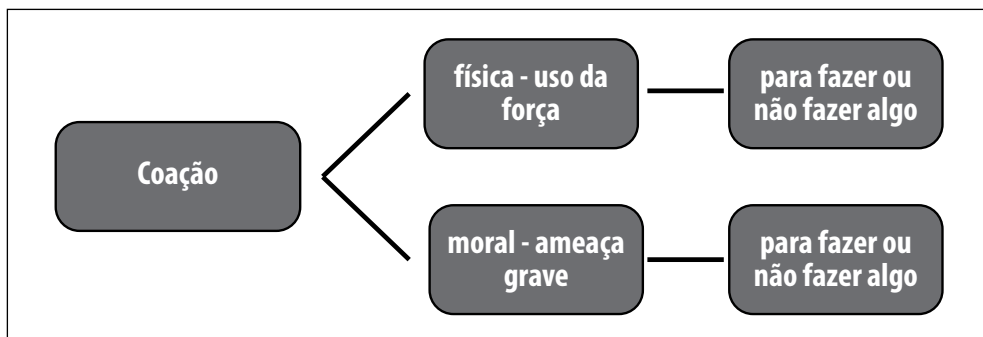
A **suposição errônea da existência de causa de exclusão da ilicitude não reconhecida juridicamente** é um erro também conhecido como erro de proibição indireto. O sujeito conhece a norma, mas supõe haver, fora dela, uma causa de exclusão da ilicitude.

Na **discriminante putativa**, o sujeito acredita erroneamente que ocorre uma causa de excludente da ilicitude.

3.1.2 Coação moral irresistível

A exigibilidade de conduta diversa, que é um dos elementos da culpabilidade, pode ser excluída pela **coação moral irresistível**. Coação refere-se ao emprego de força física ou grave ameaça, para que alguém faça algo ou não.

Esquema 5.2 - Coação



Fonte: Elaboração do autor (2013).

A **coação física**, como você pode ver no esquema, é o emprego de força para que a vítima, que é mero instrumento, faça algo (exemplo: forçar a mão da vítima para apertar o gatilho). Assim, na coação física (*vis absoluta*), o coagido “não age, mas é agido”; a vontade não é integrada à conduta. Por esta razão, não haverá crime por parte do coagido, pois não há conduta (Art. 13, caput, CP).

A **coação moral** é o emprego de uma grave ameaça para que a vítima realize uma conduta. (Exemplo: o agente constrange a vítima, que é gerente de banco, sob ameaça de morte, para que subtraia o dinheiro do cofre). Na coação moral (*vis compulsiva*), o coagido exerce vontade e ação. Esta excluirá a culpabilidade em face da inexigibilidade de outra conduta.

A coação moral deve ser irresistível, não pode ser vencida. Se a coação moral for resistível, dependendo das circunstâncias, poderá ser aplicada a diminuição de pena (Art. 65, III, 'c', CP).

Quem responde pelo fato típico e antijurídico feito pelo coagido é o coator, conforme dispõe o Art. 22 do CP: “Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.”

3.1.3 Obediência hierárquica

Também contido na exigibilidade de conduta diversa, a **obediência hierárquica** refere-se às ordens de um superior hierárquico e consiste na “manifestação de vontade de uma função pública a um funcionário que lhe é subordinado, no sentido de que realize uma conduta.” (JESUS, 2008, p. 493). A subordinação, neste caso, é de ordem pública, não abrangendo o setor privado, como familiar, empregatício ou religioso.



A obediência hierárquica dá-se quando um subordinado cumpre uma ordem de seu superior revestida de caráter criminoso, desconhecendo a ilicitude de tal comando, que não é manifestamente ilegal. (ESTEFAN, 2012, p. 300).

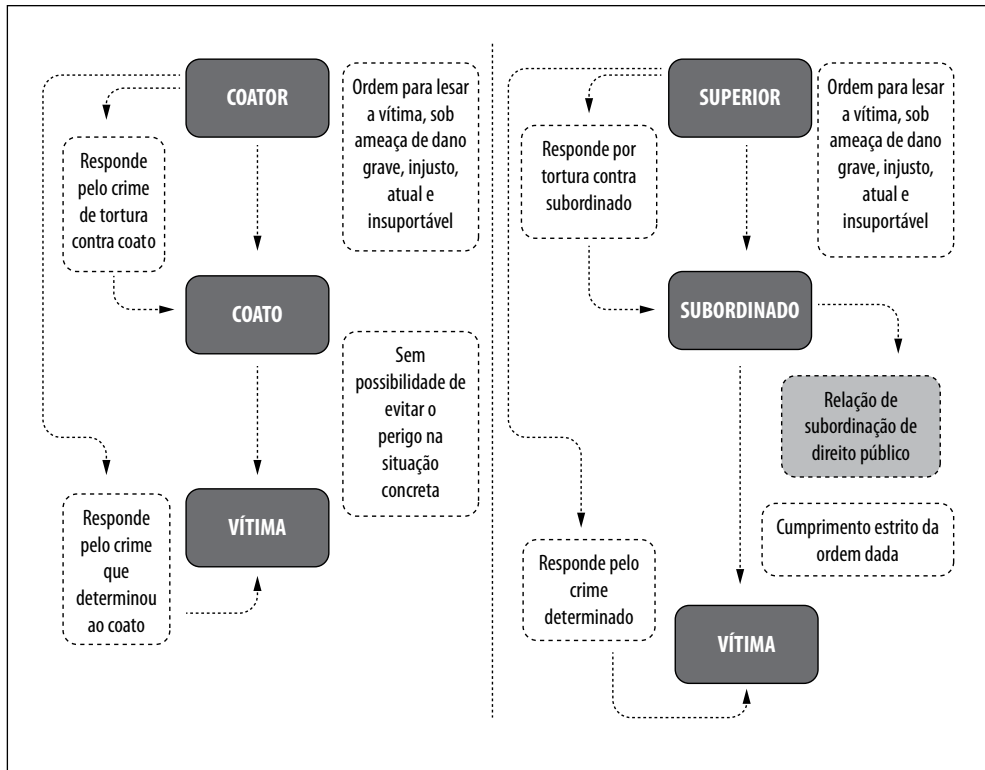
O agente julga estar cumprindo uma ordem legítima, lícita, por isso esta não pode ser manifestamente ilegal. A ordem torna viciada a vontade do subordinado e afasta a exigência de conduta diversa.

Segundo Damásio de Jesus (2008, p. 495), a obediência hierárquica pressupõe cinco requisitos básicos:

1. que haja relação de direito público entre superior e subordinado;
2. que a ordem não seja manifestamente ilegal;
3. que a ordem preencha os requisitos formais;
4. que a ordem seja dada dentro da competência funcional do superior;
5. que o fato seja cumprido dentro da estrita obediência à ordem superior.

Assim, presentes os requisitos, o subordinado, por ausência de culpabilidade, não responderá pelo crime; quem responderá por este será o superior que o determinou (Art. 22, 2ª parte, CP).

Esquema 5.3 – Coação moral irresistível e obediência hierárquica



Fonte: Nucci (2012, p. 171).

3.1.4 Inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado

O nosso CP determina que, a partir de 18 anos, haja presunção da imputabilidade. No entanto, trata-se de presunção relativa, uma vez que será aferida, ao tempo da conduta, a possibilidade da inimputabilidade. A superveniência de doença mental pode ser verificada a pedido do próprio juiz, de ofício, que determina a realização da perícia psíquica. (BARROS, 2008, p. 381).

Algumas condições psíquicas acabam por afetar a capacidade intelectual para compreender o caráter ilícito de próprios atos, como os quadros de oligofrenia, doenças mentais, retardos mentais e algumas psicoses e transtornos obsessivo-compulsivos. Este último não elimina o senso valorativo da conduta, mas afeta a capacidade de autodeterminação. Ora, se faltar esta capacidade no momento da prática do fato, este será absolutamente incapaz, conforme o Art. 26 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.

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

Considera-se doença mental uma perturbação mental ou psíquica de qualquer ordem que acaba por eliminar ou afetar a capacidade de entendimento da ilicitude de um fato ou de determinar-se com este entendimento. São várias as moléstias mentais, tais como psicose, neurose, esquizofrenia, paranoias, entre outras. (CAPEZ, 2010, p. 333).

De acordo com Aníbal Bruno (1967, p. 133),

[...] os estados de alienação mental por desintegração da personalidade, ou evolução deformada dos seus componentes, como ocorre na esquizofrenia, ou na psicose maníaco-depressiva e na paranoia; as chamadas reações de situação, distúrbios mentais com que o sujeito responde a problema embaraçosos de seu mundo circundante; as perturbações do psiquismo por processos tóxicos ou tóxico-infecciosos, e finalmente os estados de demência, a demência senil e as demências secundárias.

Esta lista descrita não é taxativa, pois o que vai realmente determinar a imputabilidade penal compreendida pelo termo “doença mental” são todas aquelas moléstias que, de alguma forma, provocam interações na saúde mental do agente. (GOMES; MOLINA, 2007).

A enfermidade mental pode ser transitória ou permanente. Um exemplo de enfermidade transitória é o delírio febril. (BARROS, 2008, p. 381). O importante é que a doença subsista no momento da prática do fato delituoso, pois **o critério utilizado para apurar a existência da enfermidade mental é o critério biopsicológico**. O hipnotismo pode ser equiparado à doença mental transitória, desde que não queira deixar-se hipnotizar.

Teratológicas

Teratologia é o estudo das aberrações.

O desenvolvimento mental retardado compreende a oligofrenia, a idiotia, a imbecilidade e a debilidade mental; estas são figuras **teratológicas**, que acabam por degradar o homem “da sua superioridade psíquica normal e criam,

no Direito punitivo, problemas de inimputabilidade ou de inimputabilidade diminuída em vários graus.” (BRUNO, 1967, p. 133). Em outras palavras, o desenvolvimento mental retardado é aquele que, por deficiência na saúde mental, não atinge a maturidade psíquica.

Já o **desenvolvimento mental incompleto** é o desenvolvimento que não está concluído devido a pouca idade ou à falta de convivência em sociedade. É a imaturidade mental e emocional. O desenvolvimento incompleto está presente nos menores de 18 anos e nos silvícolas. No caso de indígenas, o laudo pericial é indispensável para verificar a inimputabilidade. O Supremo Tribunal Federal - STF considera “indispensável o exame antropológico destinado a aferir o grau de integração do paciente na sociedade se o juiz afirma sua imputabilidade penal com fundamento na avaliação do grau de escolaridade, da fluência na língua portuguesa [...]” (CAPEZ, 2010, p. 334).

O Art. 26 do CP ainda pode vir a abranger casos que não constituem doença mental, nem o desenvolvimento incompleto ou retardado. Há pessoas que, em virtude de sua peculiar condição, podem sofrer os mesmos efeitos psicológicos, como:

- os surdos-mudos: por serem privados de som e da comunicação, ficariam alijados da cultura e, por isso, não assimilariam suas normas, não avaliariam o sentido ético-social de seus atos; e
- os silvícolas inadaptados: por razões de ausência de adaptação à vida social urbana ou rural, não compreendem as normas ético-jurídico-sociais que regulam a vida social.

Para estes casos, será preciso provar se as consequências decorrentes desta condição foram produzidas por incapacidade de compreensão e de autodeterminação, através de exames médicos peritos. No processo, será instaurado o **incidente de sanidade mental do acusado**, procedimento previsto pelos artigos 149 a 154 do Código de Processo Penal. (BITENCOURT, 2012, p. 470).

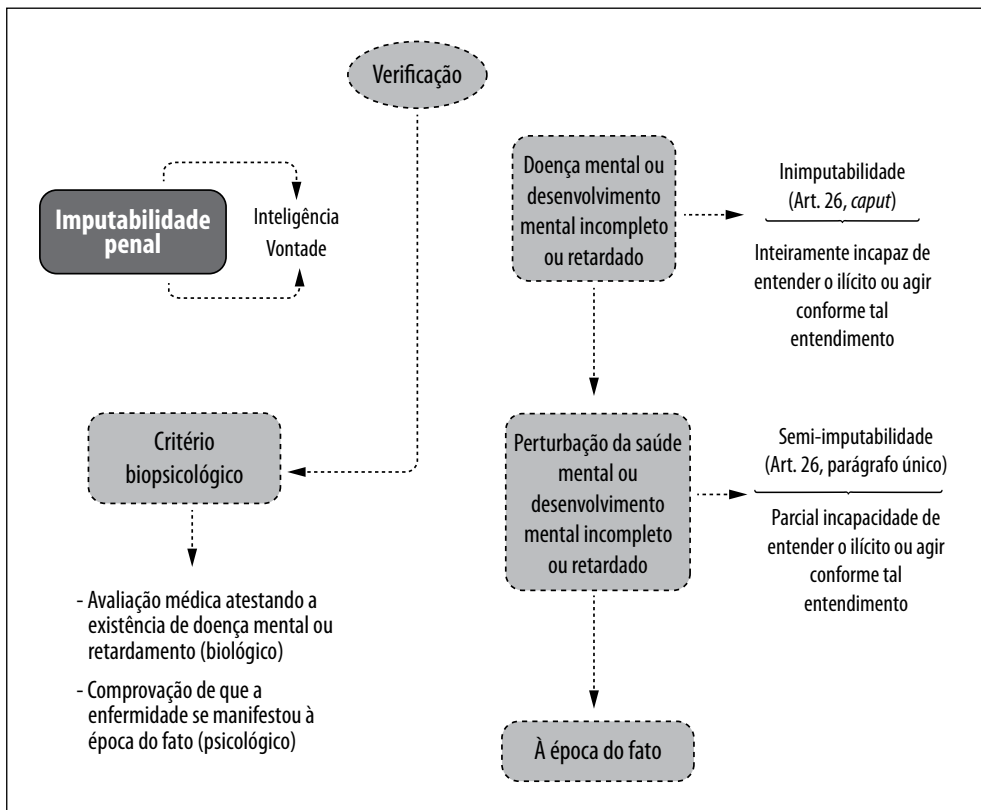
Vale lembrar que os chamados psicopatas, que sofrem do transtorno de personalidade antissocial, não são doentes mentais. A psicopatia é um desvio de comportamento que gera agressividade excessiva e falta de empatia, isto é, indiferença aos sentidos alheios. A estes, dependendo do caso, pode-se aplicar a semi-imputabilidade, caso comprovem a parcial incapacidade de autodeterminação.

Desta forma, nas palavras de Nucci (2012, p. 172):

Doença mental: é o quadro de alterações psíquicas qualitativas, demonstrativo da incapacidade do indivíduo de perceber o caráter ilícito da sua conduta ou de determinar-se conforme tal entendimento. A enfermidade mental (ou o desenvolvimento mental incompleto ou retardado) pode levar à inimizabilidade (parcial incapacidade de inteligência ou vontade em relação ao ilícito). Segundo o art. 26, caput, a inimizabilidade gera exclusão da culpabilidade; a semi-inimizabilidade provoca a punição com pena reduzida de um a dois terços.

Os inimputáveis por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado serão processados e julgados pela Justiça Penal, e a sentença, embora absolutória, impõe-lhes uma medida de segurança para tratamento psiquiátrico.

Esquema 5.4 – Imputabilidade penal



Fonte: Nucci (2012, p. 168).

3.1.5 Inimputabilidade por menoridade penal

Em se tratando de menores de idade, isto é, menores de 18 anos, a lei penal brasileira adotou o critério biológico, tornando-os inimputáveis por presunção legal. Significa dizer que esses menores são inimputáveis mesmo que entendam o caráter delituoso de seus atos, mesmo que tenham pleno entendimento da ilicitude, ou mesmo que tenham condições de determinar-se conforme este entendimento. (BITENCOURT, 2012, p. 468).

Nos termos do Art. 228 da Constituição Federal e do Art. 27 do CP, o menor de 18 anos é plenamente inimputável. Presume-se que estes não têm discernimento suficiente para entender o caráter ilícito ou, então, de comportar-se com este entendimento, (NUCCI, 2012, p. 173).

Nos termos do Art. 27 do CP, “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.” Já a Carta Magna assim profere em seu Art. 228: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas de legislação especial.”

Entretanto, caso o menor incida em alguma figura típica e antijurídica, serão aplicadas **medidas socioeducativas**, disciplinadas pela Lei n. 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA.

Os **adolescentes (maiores de 12 e menores de 18 anos)** que praticam ato infracional estão sujeitos às medidas socioeducativas, que consistem em:

- advertência;
- obrigação de reparar o dano;
- prestação de serviço à comunidade;
- liberdade assistida;
- semiliberdade;
- ou internação.

As **crianças (menores de 12 anos)** que venham a praticar um ato definido como infração penal estão sujeitas a medidas protetivas, que consistem em encaminhamento aos pais ou responsáveis, orientação, matrícula e frequência em escolas etc. (ESTEFAN, 2012, p. 293).

Barros (2008, p. 380) nos lembra de que “o menor de 18 anos, devidamente emancipado, continua penalmente incapaz. A capacidade civil é diferente da capacidade penal.”

3.1.6 Inimputabilidade por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior

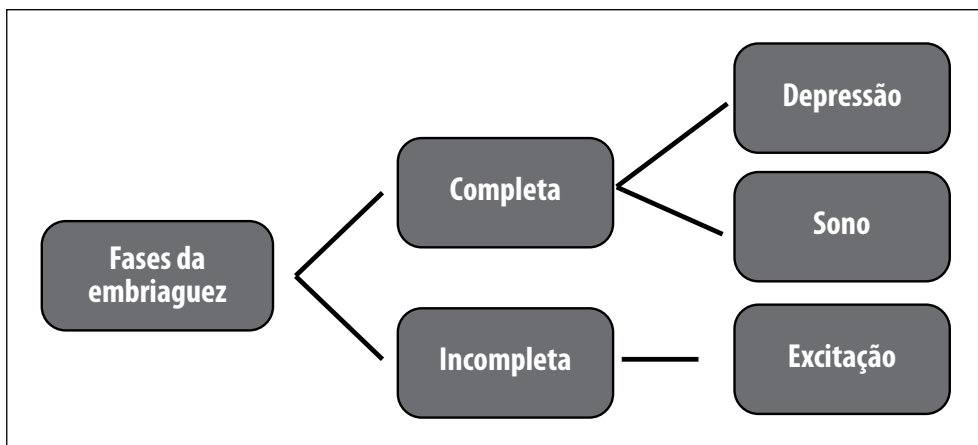
Embriaguez é a intoxicação aguda e transitória causada pelo álcool ou substância de efeitos análogos (entorpecentes, estimulantes ou alucinógenos) ao do álcool.

Os efeitos variam entre a ligeira excitação, a paralisia e o coma. Ainda, a embriaguez apresenta as seguintes fases descritas por Jesus (2008, p. 507):

- excitação (euforia, loquacidade, diminuição da capacidade de autocrítica);
- depressão (confusão mental, falta de coordenação motora, irritabilidade, disartria); e
- fase do sono (o ébrio cai e dorme, havendo anestesia e relaxamento dos esfíncteres, culminando com o estado de coma).

O mesmo autor lembra que a embriaguez incompleta corresponde à primeira fase, e a embriaguez completa corresponde à segunda e à terceira fase, sendo que, na fase do sono, o sujeito só poderá cometer crime omissivo ou comissivo por omissão.

Esquema 5.5 – Fases da embriaguez



Fonte: Elaboração do autor (2013).

Entretanto, para determinar se a embriaguez do agente é completa ou incompleta, estabelece-se como parâmetro a ausência total da capacidade de discernimento. Sendo esta constatada, excluída é a imputabilidade penal. (MARINHO; FREITAS, 2009, p. 275).

A embriaguez pode ser classificada como voluntária ou culposa e acidental, tendo em vista o elemento subjetivo do agente. (JESUS 2008, p. 508). A **embriaguez voluntária** ocorre quando o agente ingere substância alcoólica ou de efeito análogo, com a intenção de embriagar-se. Na **embriaguez culposa**, o agente ingere álcool sem a intenção de embriagar-se, mas, em face de excesso imprudente, vem a embriagar-se. A **embriaguez preordenada** ocorre quando o sujeito embriaga-se propositadamente para cometer um crime. Haverá, para este caso, uma circunstância agravante de pena (Art. 61, II, § 1º, CP).

A **embriaguez acidental** ocorre quando a ingestão de álcool ou de substância de efeitos análogos não é voluntária nem culposa, podendo ser proveniente de caso fortuito ou força maior. Caso fortuito é aquele em que o agente desconhece o efeito inebriante da substância ou desconhece alguma condição sua particular de suscetibilidade a ela. Força maior sucede quando o agente não é responsável pela ingestão da substância alcoólica ou de efeitos análogos, como nos casos de ser forçado a beber ou dela fazer uso, mesmo sabendo o efeito inebriante da substância.

Em virtude da embriaguez, para que haja exclusão da imputabilidade, deve faltar ao agente capacidade de entendimento do caráter ilícito do fato ou capacidade de determinação de acordo com esse entendimento. Esta excludente está disposta no Art. 28, § 1º do CP:

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

[...]

Embriaguez

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

§ 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.

§ 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.

Desta forma, no caso de embriaguez acidental completa proveniente de caso fortuito ou força maior, o agente é inimputável, faltando-lhe culpabilidade, embora pratique um crime (fato típico e antijurídico). Estará, então, isento de pena e não será aplicada também medida de segurança.

No caso de **embriaguez acidental incompleta** proveniente de caso fortuito ou força maior, deverá ser aplicada a regra do Art. 28, § 2º, do Código Penal. Trata-se de capacidade relativa, em virtude de embriaguez incompleta, sendo o agente apenado com pena reduzida. (CARVALHO, 2013, p. 5).

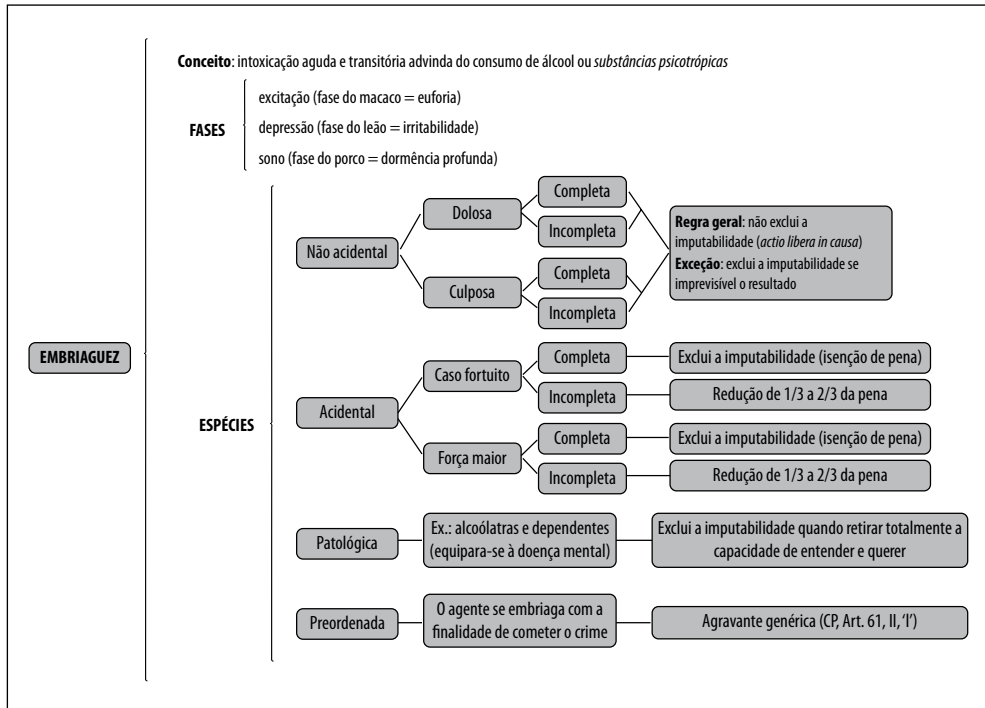
A respeito da dependência ou intoxicação involuntária decorrente do consumo de drogas ilícitas, assim dispõe o Art. 45, caput, da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06):

É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento.

Vemos que a lei de drogas acolheu a sistemática do Art. 28 do CP e, também, adotou o sistema biopsicológico. No entanto, Estefan (2012, p. 292), no contexto do Art. 45 da Lei de Drogas, lembra que se distinguem duas situações:

1. se a causa da intoxicação e conseqüentemente supressão das capacidades mentais for o consumo involuntário da droga, ocorrerá absolvição própria, ou seja, não se imporá ao agente qualquer sanção penal;
2. se a causa for a dependência a droga, ocorrerá absolvição imprópria, impondo-se a medida de segurança prevista no parágrafo único do Art. 45.

Esquema 5.6 - Embriaguez



Fonte: Capez (2008, p. 343).

3.1.7 Emoção e Paixão

Conforme a previsão do CP em seu Art. 28, inciso I, a emoção e a paixão não excluem a imputabilidade.

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

I - a emoção ou a paixão;

[...]

A **emoção** é um estado emotivo súbito e momentâneo de insanidade psíquica, uma perturbação momentânea da afetividade, como, por exemplo, a alegria, a cólera, a surpresa e a vergonha.

A **paixão** seria um estado emotivo de caráter crônico, de duração mais longa, um sentimento duradouro, uma afetividade permanente.

A emoção e a paixão, embora revestidos de grande intensidade, não excluem a imputabilidade. Com isso, os criminosos passionais sofrem punições pela prática de suas condutas. Mas, se o delito for acompanhado de outros requisitos, o agente pode receber atenuantes genéricos (Art. 65, III, 'a') ou uma diminuição de pena (Art. 121, § 1º). (BARROS, 2008, p. 395).

Capítulo 6

Concurso de pessoas

Habilidades

Neste capítulo você terá condições de identificar as formas de concurso de pessoas e suas características. Também estará apto/a a identificar a autoria, a coautoria e a participação de um crime. Ao final do seu estudo, você também vai compreender a culpabilidade dos agentes no concurso de pessoas.

Seções de estudo

Seção 1: Do concurso de pessoas

Seção 2: Autoria, coautoria e participação

Seção 3: Autoria colateral e incerta, punibilidade, comunicabilidade e delação

Seção 1

Do concurso de pessoas

1.1 Introdução

Alguns crimes podem ser praticados por uma ou mais pessoas. Por isso, o instrumento jurídico que você vai estudar neste capítulo possui elevada importância no ordenamento jurídico-penal. Trata-se de estabelecer e precisar a respectiva responsabilidade e dar a individualização judicial da pena de cada um dos concorrentes.

Existem várias razões para um indivíduo praticar um crime junto a outras pessoas: assegurar êxito, garantir a impunidade, possibilitar o proveito coletivo do resultado do crime, entre outros. Assim, “esta reunião de pessoas no cometimento de uma infração penal dá origem ao chamado *concursum delinquentium*”. A cooperação para a prática de um fato criminoso pode acontecer desde a elaboração intelectual até a consumação do crime. (BITENCOURT, 2012, p. 538). Vemos que, embora todos concorram para o mesmo fim, não fazem necessariamente da mesma forma e nas mesmas condições.



O **concurso de pessoas** é a ciente e voluntária cooperação de duas ou mais pessoas para cometer uma infração penal. São agentes que se agregam para fins delitivos, ocasião em que duas ou mais condutas concorrem para o crime.

Previsto no Código Penal pelo Art. 29, o concurso está disposto da seguinte maneira:

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

O referido artigo é uma norma de adequação típica, por aplicação pessoal de figura típica penal. Este dispositivo atribui relevância à conduta que, apesar de

não se adequar à figura típica incriminadora, ganha adequação através deste artigo. Tal dispositivo será a ponte para a norma penal incriminadora.

O concurso de pessoas também é conhecido por concurso de agentes e concurso de delinquentes. O Código de 1940 utilizava a terminologia coautoria para definir o concurso de pessoas. Em 1969, passou-se a denominar concurso de agentes, no entanto não se mostrou uma terminologia adequada por ser abrangente demais, incluindo fenômenos naturais. (BITENCOURT, 2012, p. 539). Então, com a reforma de 1984, utilizou-se a denominação “concurso de pessoas” no seu Título IV, uma vez que se trata de expressão “mais abrangente, já que a coautoria não esgota as hipóteses de *concursum delinquentium*”. Ora, não é correto afirmar que todo concurso de agentes caracteriza coautoria, uma vez que existe outra forma de concurso, denominada participação. Por esse motivo, a denominação adotada com a reforma de 1984 é considerada a mais adequada. (CAPEZ, 2010, p. 359).

1.2 Teorias sobre o concurso de pessoas

Existem discussões quanto à conduta delituosa praticada em concurso. Não há um consenso se tal conduta constitui um ou vários crimes, isto é, não há um consenso sobre como deve ser valorado o fenômeno delitivo quando vários indivíduos o praticam. Desta forma, pelo menos três teorias procuram definir a questão da criminalidade coletiva: a teoria pluralista, a teoria dualista e a teoria unitária ou monista.

A **teoria pluralista** busca privilegiar a culpabilidade e a individualização da pena. Assim, cada colaborador responderá por seu próprio crime. (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2013, p. 432). Não é adotada pelo nosso ordenamento, no entanto há exemplos excepcionais de tal teoria: as “exceções pluralistas à teoria monista”. É o caso da corrupção, em que o corruptor comete o crime de corrupção ativa, previsto no Art. 333 do Código Penal – CP, e o funcionário público corrompido comete corrupção passiva (Art. 317, CP). No caso do aborto, a gestante incorre no Art. 124, e o médico, no Art. 125 ou 126. (ESTEFAN, 2012, p. 306). Podemos citar, ainda, a cooperação dolosamente distinta, mas este assunto será tratado posteriormente.

A **teoria dualista** entende haver dois crimes: um cometido pelos autores, aqueles que realizam a conduta descrita no tipo penal, e outro, pelos partícipes, os que desenvolvem atividades secundárias. Esta teoria consagra dois planos de condutas, um principal e outro secundário. (BITENCOURT, 2012, p. 540). Assim como a maioria dos ordenamentos estrangeiros, o nosso ordenamento também não adotou tal teoria. (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2013, p. 432).

A **teoria unitária ou monista** é adotada como regra pela nossa legislação, nos termos do Art. 29 do CP. Esta teoria determina que todos que concorrerem para o mesmo crime responderão na medida da sua culpabilidade. (ESTEFAN, 2012, p. 305). Assim, todos os agentes incidem nas mesmas sanções de um único crime, e se adequará a dosagem de pena de acordo com a efetiva participação. A inspiração filosófica desta teoria é a mesma da teoria da equivalência dos antecedentes (Art. 13 do CP), que trata do nexo de causalidade, segundo o qual tudo o que contribui para gerar um resultado será considerado causa. Assim, todo aquele que colaborar para a prática do crime responderá pelo injusto. (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2013, p. 432).

1.3 Requisitos para o concurso de pessoas

A doutrina consagra alguns requisitos, para que haja concurso de pessoas:

- pluralidade de participantes e condutas;
- relevância causal de cada conduta;
- vínculo subjetivo entre os partícipes; e
- identidade de infração penal.

A **pluralidade de participantes e condutas** é uma premissa do concurso de pessoas: é necessária a presença de mais de uma pessoa na conduta delituosa, embora não necessariamente fazendo as mesmas coisas. Exemplificando, A faz o verbo do tipo (pratica a ação), e B induz, auxilia.

Conforme o requisito da **relevância causal de cada conduta**, deve haver relevância causal entre a conduta e o resultado. É necessário que o colaborador tenha, de alguma forma, concorrido para a prática delituosa. Se o agente, embora quisesse cooperar, mas, na prática, em nada colaborou, este não será punível. (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2013, p. 436). Exemplo: alguém quer colaborar com um homicídio e empresta uma arma ao executor, mas este, além de não utilizá-la, tampouco se sente estimulado ou encorajado com o empréstimo, e acaba executando a vítima a facadas.

O requisito do **vínculo subjetivo entre os partícipes** implica a consciência de que os concorrentes participam de uma obra comum, visam a realizar um único fim. A ausência deste elemento psicológico descaracteriza o concurso de pessoas, transforma-o em condutas isoladas e autônomas. (BITENCOURT, 2012, p. 544). Não há necessidade de acordo prévio; este pode ser estabelecido durante a execução, porém deve o sujeito ter consciência de que está cooperando para a realização da conduta criminosa, a chamada consciência de colaboração. (MARINHO; FREITAS, 2009, p. 333).

A **identidade de infração penal** trata-se mais de uma consequência jurídica da adoção da teoria monista do que de um requisito propriamente dito. (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2013, p. 436). Todos apresentam o mesmo objetivo típico, há uma divisão de trabalho, e, assim, todos respondem por um único crime. Os concorrentes terão a pena em abstrato igual, contudo a pena em concreto será de acordo com a culpabilidade dos agentes. (MARINHO; FREITAS, 2009, p. 335). Exemplificando: num crime de furto, A planeja, B desvia a atenção da vítima, C subtrai os pertences, D fica encarregado de evadir-se do local com os pertences; todos incidem no mesmo crime.

1.4 Concurso eventual e concurso necessário

Em determinadas situações, é imprescindível, para a existência do crime, o concurso de pessoas. Estes crimes, em que o concurso é necessário, são chamados de crimes plurissubjetivos. Já, em outras situações, o crime pode ser praticado por apenas uma pessoa, e, caso mais de uma pessoa o pratique, estamos diante do concurso de pessoas eventual, quando o crime é chamado de monossubjetivo. (MARINHO; FREITAS, 2009, p. 331).

O **concurso de pessoas eventual**, ou monossubjetivo, é aquele crime que pode ser cometido por uma só pessoa, no entanto, eventualmente, é possível que várias pessoas o pratiquem. Os concursos eventuais constituem a maioria dos crimes de nossa legislação. (homicídio, roubo, estelionato, estupro etc.).

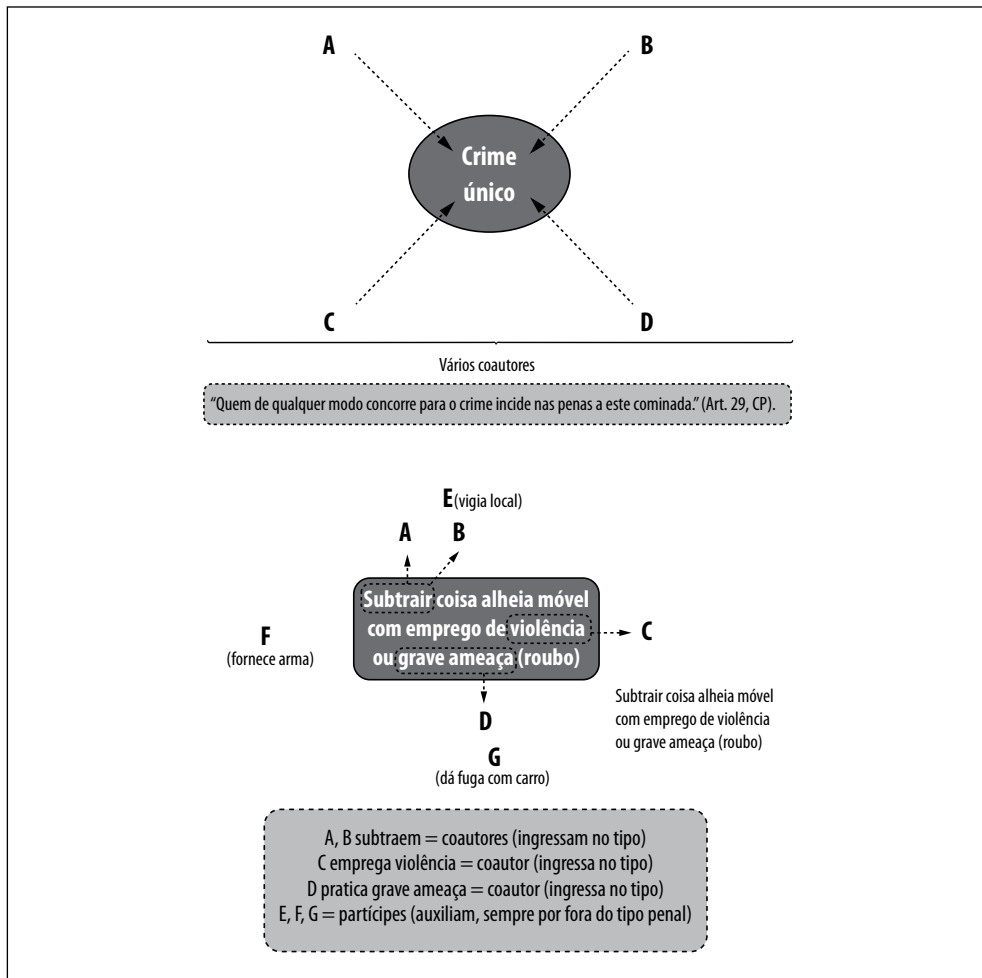
No **concurso de crime necessário**, ou plurissubjetivo, faz-se necessária a participação de mais de um agente para configurar a conduta delitiva. Estes se subdividem em delitos de condutas paralelas, convergentes e contrapostas.

Nas condutas paralelas, os agentes se auxiliam mutuamente para um fim comum. Os agentes se reúnem em prol de um único objetivo, concentram esforços para realizar o crime. Como exemplo, temos o crime de quadrilha ou bando (Art. 288, CP).(CAPEZ, 2010, p. 359).

Nas condutas convergentes, os agentes encontram-se, gerando resultado. “Não se voltam, portanto, para frente, para o futuro, na busca da consecução do resultado delituoso, mas, ao contrário, uma se dirige a outra, e desse encontro resulta o delito. Exemplo: o revogado crime de adultério (Art. 240 do CP).” (CAPEZ, 2010, p. 359). Outro exemplo é o crime de corrupção passiva (Art. 317, CP).

As condutas contrapostas são praticadas uma contra a outra, e os sujeitos são autores e vítimas ao mesmo tempo. Como exemplo, há o crime de rixa (Art. 137, CP).

Esquema 6.1 – Concurso de pessoas



Fonte: Nucci (2012, p. 180).

Seção 2

Autoria, coautoria e participação

2.1 Autoria

O autor de um fato delituoso é o sujeito que executa a conduta expressa pelo verbo típico da figura delitativa, o que pratica o núcleo do tipo. No entanto, existem diferentes posições e teorias acerca da autoria, entre elas a teoria extensiva, a teoria restritiva e a teoria do domínio do fato.

A **teoria extensiva** toma por base a equivalência dos antecedentes (*a conditio sine qua non*), assim como o conceito unitário (não diferencia o autor e o partícipe). Para esta teoria, todos são autores do crime. Entretanto, tal corrente aceita a existência de causas de diminuição de pena, em face da menor importância da conduta, surgindo a figura do cúmplice. (CAPEZ, 2010, p. 361).

Na **teoria restritiva**, o autor será aquele que realiza a conduta descrita pelo tipo, executa o verbo nuclear do tipo penal. Todos os outros agentes que cooperam de alguma forma com o delito, seja induzindo, instigando, auxiliando, serão considerados partícipes do crime. (ESTEFAN, 2012, p. 309).

Na **teoria do domínio do fato**, o autor é todo aquele que detém o domínio da situação, o controle final. Criada por Hans Welzel e desenvolvida por Claus Roxin, esta teoria é parte da teoria restritiva e adota um critério objetivo-subjetivo, uma vez que “a teoria somente objetiva ou somente subjetiva não oferece critérios seguros para identificar autor e partícipe do fato punível.” (SANTOS, 2012, p. 346). Assim, o autor é quem dirige a ação e tem o domínio sobre a produção do resultado, enquanto o partícipe é apenas um concorrente.

Nas palavras de Alberto Silva Franco (apud CAPEZ, 2010, p. 363),

O autor não se confunde obrigatoriamente como executor material. Assim, o chefe de uma quadrilha de roubos a estabelecimentos bancários, que planeja a ação delituosa [...] não é um mero participante, mas, sim, autor, porque possui “o domínio final da ação”, ainda que não tome parte na execução material do fato criminoso. Do mesmo modo, não deixa de ser autor quem se serve de outrem, não imputável, para a prática de fato criminoso, porque é ele quem detém em suas mãos o comando da ação criminosa.

Para Capez (2010, p. 363), a teoria do domínio do fato não exclui a teoria restritiva; ela é um complemento. As consequências desta teoria, segundo Bitencourt (2012, p. 549-550), são:

1. a realização pessoal e plenamente responsável de todos os elementos do tipo fundamenta sempre a autoria;
2. é autor quem executa o fato utilizando a outrem como instrumento (autor mediato);
3. é autor o coautor que realiza uma parte necessária do plano global (“domínio funcional do fato”), embora não seja um ato típico, desde que integre a resolução delitiva comum.

Estefan (2012, p. 309) afirma que tal teoria “é a única que dá satisfatória explicação à figura da **autoria mediata**. Por autor mediato, entende-se aquele que, sem executar a conduta típica, controla e manipula terceiro para que cometa o crime.”

A posição majoritária da doutrina entende que o nosso Código Penal adota a teoria restritiva, ou seja, o autor será aquele que pratica a ação nuclear do tipo penal; coautores são os que cooperam para a execução do delito; partícipe é aquele que presta um auxílio moral ou material. No entanto, um setor da doutrina sustenta a aplicação da teoria do domínio do fato no Brasil, como solução aos casos de autoria mediata. (ESTEFAN, 2012, p. 309).

Bitencourt (apud ESTEFAN 2012, p. 309) ainda afirma que “o conceito de autoria não pode circunscrever-se a quem pratica pessoalmente e diretamente a figura delituosa, mas deve-se compreender também quem se serve de outrem como ‘instrumento’ (autoria mediata).” Outros, de modo mais amplo, propõem que se deva adotar tal teoria em substituição ao conceito restritivo do autor.

2.1.1 Autoria mediata

Na autoria mediata, o agente serve-se de outra pessoa, sem discernimento, para lhe executar o delito. Percebe-se que a possibilidade da figura do autor mediato amolda-se com perfeição à teoria do domínio do fato. Desta forma, “Todo o processo de realização da figura típica, segundo esta teoria, deve apresentar-se como obra da vontade reitora do ‘homem de trás’, o qual deve ter absoluto controle sobre o executor do fato.” (BITENCOURT, 2012, p. 550).

Juares Cirino dos Santos (2012, p. 348) complementa: “A autoria mediata define a realização do tipo de injusto com utilização de terceiro como instrumento, que realiza o fato em posição subordinada ao controle do autor mediato.”

A respeito do terceiro utilizado como mero instrumento para o crime, Fernando Capez (2010, p. 370) ainda arremata:

Ela [esta parte] é usada como um mero instrumento de atuação, como se fosse uma arma ou um animal irracional. O executor atua sem vontade ou consciência, considerando-se, por essa razão, que a conduta principal foi realizada pelo autor mediato.

A autoria mediata aparece nas seguintes hipóteses em que o instrumento humano atua: num contexto de inimputabilidade; em virtude da situação de erro em que se encontrava; por coação moral irresistível; ou por obediência hierárquica.

Num contexto de inimputabilidade, haverá “ausência de capacidade penal da pessoa da qual o autor mediato se serve.” (CAPEZ, 2010, p. 371). O autor mediato, aproveitando-se do psiquismo defeituoso ou subdesenvolvido, induz o inimputável a praticar o crime por ele. É o caso de um doente mental que “produz incêndio por incumbência de autor mediato.” (SANTOS, 2012, p. 349).

Eventualmente, o instrumento humano atua **em virtude da situação de erro em que se encontrava**. No erro de tipo, ocorre uma falsa representação da realidade. (BITENCOURT, 2012, p. 550). Aqui, temos o exemplo trazido por Hans Welzel (apud SANTOS, 2012, p. 349): “o médico mata o paciente utilizando a inocente enfermeira como instrumento sem dolo para aplicar injeção mortal previamente preparada.” O médico é autor mediato (homicídio doloso), ao passo que a enfermeira não será responsabilizada se o erro for inevitável. No entanto, se tiver atuado com imprudência ou negligência, então responderá por crime culposos. (CAPEZ, 2010, p. 370).

A autoria mediata pode ocorrer **por coação moral irresistível**, devido à violência ou ameaça utilizada pelo “homem de trás”. (BITENCOURT, 2012, p. 550). O inimputável vê-se obrigado a praticar o fato com vontade submissa à do autor mediato. O instrumento atua sem liberdade, pois o autor mediato obriga-o a praticar crime por ele. Hans Welzel (apud CAPEZ, 2010, p. 370) exemplifica: “‘A’ obriga ‘B’, mediante grave ameaça, a ingerir substâncias abortivas. ‘A’ é autor mediato de aborto, ao passo que ‘B’ terá a sua culpabilidade excluída pela exigibilidade de conduta diversa.”

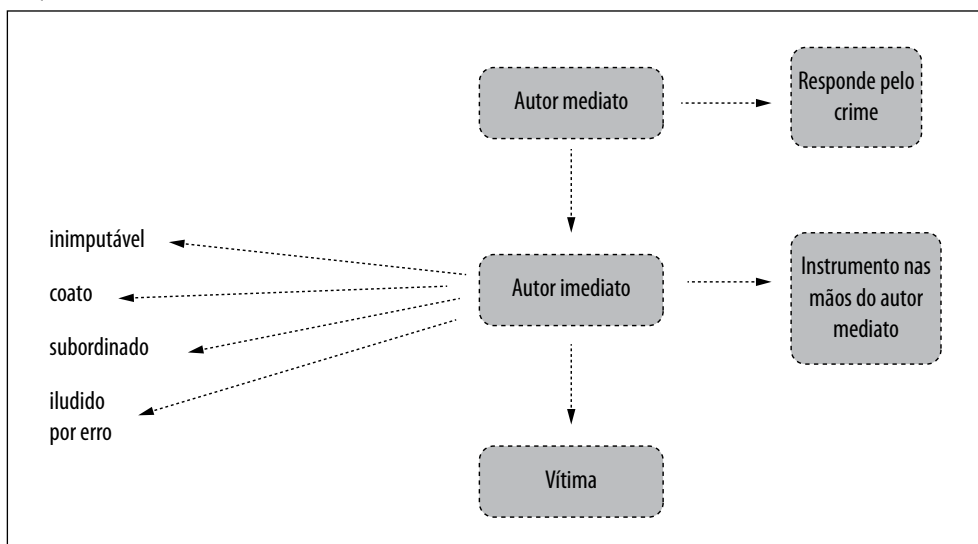
Na hipótese **por obediência hierárquica**, o autor da ordem sabe ser ilegal, mas faz o executor crê-la legal, aproveitando-se do desconhecimento de seu subordinado. (CAPEZ, 2010, p. 370). Assim, o subordinado cumpre a ordem sem saber da ilegalidade da mesma.

Percebe-se que, em todas as situações descritas, não foi a conduta do autor mediato que produziu o resultado, mas sim a conduta da pessoa utilizada como instrumento. (CAPEZ, 2010, p. 371).

No caso de haver **excesso por iniciativa própria** do instrumento, tal excesso não será atribuído ao autor mediato, por ausência de controle sobre ele. (SANTOS 2012, p. 351).

Lembre-se de que todos os pressupostos necessários de punibilidade devem estar presentes no autor mediato, e não no executor, o autor imediato. (BITENCOURT, 2012, p. 550). Além disso, não há autoria mediata nos crimes culposos e de mão própria, e não haverá concurso entre o autor e o executor. (CAPEZ, 2010, p. 371).

Esquema 6.2 – Autoria mediata



Fonte: Nucci (2012, p. 181).

2.2 Coautoria

Dá-se a coautoria quando várias pessoas realizam as características do tipo. Neste caso, há diversos executores do tipo penal, por isso não há necessidade de aplicação do Art. 29, caput, 1ª parte, do CP, pois todos realizam a conduta, a qual será analisada à luz do Art. 13 do mesmo Código.

Nas palavras de Marinho e Freitas (2009, p. 339), “Haverá coautoria quando a conduta descrita no tipo penal for realizada conjuntamente por duas ou mais pessoa, com mútuo acordo e através de oportunidades similares.”

Também chamada de autoria coletiva, a coautoria é definida “pelo domínio comum do tipo de injusto mediante divisão de trabalho entre os coautores.” (SANTOS, 2012, p. 352).

Conforme destaca Hans Welzel (apud MARINHO; FREITAS, 2009, p. 340), “A coautoria é, em última análise, a própria autoria. Funda-se ela sobre o princípio da divisão de trabalho; cada autor colabora com sua parte no fato, a parte dos demais, na totalidade do delito e, por isso, responde pelo todo.”

Para a coautoria, basta que cada um dos concorrentes contribua efetivamente na realização da figura típica e que a contribuição seja importante no aperfeiçoamento do crime, não havendo necessidade de acordo prévio. Também não há relação de acessoriedade na coautoria, mas a imediata imputação

recíproca, uma vez que cada um dos concorrentes desempenha uma função fundamental na consecução do objetivo comum. “O decisivo na coautoria, segundo a teoria finalista, é que o domínio do fato pertença aos vários intervenientes, que, em razão do princípio da divisão de trabalho, se apresentam como peça essencial na realização do plano global.” (BITENCOURT, 2012, p. 552).



Para exemplificar a coautoria, temos o crime de roubo (Art. 15, CP), quando um agente pratica a grave ameaça e o outro subtrai coisa alheia móvel. Ou, então, no crime de estupro (Art. 213, CP), em que um dos agentes constrange, ou ameaça, e o outro mantém relação sexual.

2.2.1 Coautoria em tipos especiais próprios

Nas palavras de Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 357), os crimes especiais próprios são aqueles que exigem qualidades especiais do autor, e a atribuição típica pressupõe coautor qualificado. Isso se dá em razão de uma consequência do princípio da tipicidade que fundamenta a teoria do autor.

Assim, não haverá coautoria ou participação nos delitos de mão própria, como o falso testemunho, sem a realização pessoal do tipo de injusto. Em outras palavras, os coautores, para serem assim considerados, devem ter as mesmas qualidades.

2.3 Participação

A participação em sentido estrito se dá quando o sujeito, não praticando atos executórios do crime, concorre de qualquer modo para a sua realização. Assim, ele não realiza uma conduta descrita pelo preceito primário da norma, mas realiza uma atividade que contribui para a formação do delito.

Nas palavras de Estefan (2012, p. 309), o partícipe é “Todo aquele que, não praticando a conduta descrita no tipo penal, coopera com o crime (antes de sua consumação), e responde pelas penas a este cominadas.” Giuseppe Bettiol (apud BITENCOURT, 2012, p. 553) ainda complementa: “quem concorre para a prática de crime, desempenhando atividade logicamente distinta da do autor principal, porque recai sob o âmbito das normas secundárias de caráter extensivo sobre a participação.”

O nosso ordenamento jurídico não define o que deve ser entendido por participação, no entanto nada impede que a doutrina nacional reconheça a distinção da norma em razão de sua valoração, que deve existir entre as condutas principais do autor e as condutas secundárias do partícipe.



“A norma que determina a punição do partícipe implica uma ampliação da punibilidade de comportamento que, de outro modo, seria impune, pois as precisões da Parte Especial do Código não abrangem o comportamento do partícipe.” (BITENCOURT, 2012, p. 552).

Alexandre Araripe Marinho e André Guilherme Tavares de Freitas (2011, p. 403) colocam:

A participação é eminentemente acessória, pois está sempre em função da conduta típica realizada por outrem, sendo que sua relevância penal decorre das normas dispostas nos artigos 29 e 31 do Código Penal, porém, principalmente, da norma do Art. 29, tendo em vista que a participação versa sobre conduta que isoladamente é atípica, ou seja, o partícipe pratica conduta não descrita no tipo penal, pelo que sua responsabilização penal decorre desta norma destacada.

2.3.1 Espécies de participação

A participação pode dar-se de duas formas: moral e material.

A **participação moral** é a cooperação psicológica e ocorre por meio de induzimento e instigação. Induzir é fazer brotar uma ideia no agente, é incutir no pensamento do agente a ideia criminosa. Já instigar é reforçar uma ideia já existente na cabeça o autor, é incentivar o agente a praticar o fato já pensado por ele.

A **participação material** é o auxílio, é prestar ajuda efetiva na preparação ou execução. É o ato de colaborar materialmente com crime praticado pelo autor. Aquele que pratica a participação material é também conhecido como cúmplice. Exemplificando, partícipe material é aquele que empresta a arma para que o autor cometa o homicídio.

Estefan (2012, p. 310) lembra-nos de que, nos termos do Art. 31 do CP, para haver participação o crime tem que ser ao menos tentado.

2.3.2 Acessoriedade da participação

A conduta do partícipe é acessória em relação à do autor, e ele só será punido caso o autor seja punido. O grau de dependência da conduta do partícipe em relação ao autor, o nível de acessoriedade, é controverso na doutrina, e existem, pelo menos, três teorias que procuram limitar este alcance: a teoria da acessoriedade mínima, a teoria da acessoriedade limitada e a teoria da acessoriedade extrema.

Para a **teoria da acessoriedade mínima**, é suficiente que a conduta do agente seja típica para que se puna o partícipe, sendo indiferente a sua juridicidade. Aquele que induz o autor a agir em legítima defesa responderá pelo crime, enquanto o executor, autor direto, será absolvido pela excludente de antijuridicidade.

A **teoria da acessoriedade limitada** exige que a conduta principal feita pelo autor seja típica e antijurídica. “O fato é comum, mas a culpabilidade é individual.” (BITENCOURT, 2012, p. 557). Bettioli (apud BITENCOURT, 2012, p. 557) complementa: “a admissibilidade e a punibilidade da participação, como tal, dependem do caráter objetivamente antijurídico da ação do autor principal.”

Para a **teoria da acessoriedade extrema**, a relevância típica da conduta do partícipe dependerá de o “comportamento principal ser típico, antijurídico e culpável, executando-se apenas as circunstâncias agravantes e atenuantes da pena.” (BITENCOURT, 2012, p. 557). Neste caso, se o autor fosse inimputável, o partícipe seria impunível. Desta forma, “a dependência da conduta do partícipe em relação à conduta do autor, seria absoluta: estaria condicionada à punibilidade da ação principal.” (loc. cit.).

2.4 Concurso em crimes culposos

De acordo com a corrente majoritária, somente é admitida a coautoria nos casos de concurso em crimes culposos. A participação, por sua vez, não é admitida, uma vez que os tipos penais desses delitos são abertos, isto é, abrangem toda e qualquer forma de contribuição ao resultado, tornando desnecessária a aplicação do Art. 29 do CP. Outro argumento trazido por Marinho e Freitas (2009, p. 360) é que o agente, ao concorrer para a prática de uma conduta culposa, também viola uma regra de cuidado. Os autores entendem que, em relação aos crimes culposos,

[...] não se cogita a cooperação no resultado, e sim na causa (falta do dever objetivo de cuidado), e, ao colaborar com sua própria falta de atenção, também estará faltando com o dever objetivo de cuidado, incidindo de forma direta no tipo, sendo, pois, coautor, e não partícipe.

Exemplificando, se, em uma construção, dois trabalhadores lançam uma tábua e matam um pedestre, ambos responderão por homicídio culposo em coautoria. Outro exemplo é o caso de um passageiro que induz o motorista a exceder a velocidade, causando um atropelamento. Considera-se autor o motorista e coautor o passageiro. (ESTEFAN, 2012, p. 311).

No entanto, alguns doutrinadores, como Bitencourt, Greco, Galvão, Reale Junior, entendem que a participação nos crimes culposos deve ser aceita em nosso ordenamento, uma vez não ter sido vedada por lei e em face do critério justo no qual se assentam o caráter acessório e a menor participação em relação ao autor principal. (MARINHO; FREITAS, 2009, p. 361).

2.5 Concurso nos crimes omissivos

A participação em crimes omissivos diferencia-se da participação por omissão em crimes comissivos. A **participação em crime omissivo** ocorre através de um agir positivo do partícipe para que o autor se omita, como, por exemplo, o paciente que instiga o médico a não comunicar às autoridades sanitárias a existência de uma enfermidade contagiosa. Assim, o autor é o médico, e o paciente será o partícipe de um crime omissivo. A **participação por omissão em crimes comissivos** ocorre quando o “não fazer” do partícipe colabora com o fazer do autor, como no exemplo de um caixa que não fecha o cofre para facilitar o furto.



Ora, se o crime comissivo aceita a participação através da omissão, o crime omissivo também admite a participação através da comissão. (BITENCOURT, 2012, p. 559).

No entanto, nos crimes omissivos próprios (em que não há o dever jurídico de agir), não será possível a participação por omissão, pois a omissão é caracterizada pela inércia total e, assim, o agente não terá condições de induzir, instigar ou auxiliar. (MARINHO; FREITAS, 2009, p. 362). Corroborando com este entendimento Bitencourt (2012, p. 559), quando afirma que, nos crimes omissivos, não há participação omissiva na forma de instigação, uma vez que não se pode instigar omitindo-se, pela absoluta falta de eficácia causal da inatividade. Ainda, Juan Bustos Ramirez (apud BITENCOURT, 2012, p. 559) menciona “a impossibilidade de participação omissiva em crime omissivo, sob a modalidade de instigação.”

Agora, se ambos os concorrentes tiverem dever jurídico de agir, estes serão considerados coautores, e não partícipes, por terem consciência de anuir à omissão de outrem. O princípio utilizado nesta situação é o mesmo dos crimes comissivos. (BITENCOURT, 2012, p. 560).

Já em relação aos crimes omissivos impróprios, deve ser analisado se o agente tem o dever jurídico de agir. Uma vez tendo este dever, este será considerado coautor do crime omissivo. No entanto, se não estiver obrigado a agir, pode perfeitamente instigar o agente, que tem o domínio do fato, a não impedir o resultado. (BITENCOURT, 2012, p. 560).

Marinho e Freitas (2009, p. 362) ainda explicam que a participação só será possível se for através da ação, uma vez que deva instigar, induzir ou auxiliar o autor que tenha esse dever jurídico de agir. Veja o seguinte exemplo:

Uma mãe, querendo gerar a morte de seu filho por inanição, pede a um terceiro para financiar suas despesas de fuga, informando-lhe suas intenções, vindo o terceiro a prestar auxílio material solicitado [...]. Este terceiro será partícipe do crime de homicídio (comissivo por omissão) praticado pela mãe.

Seção 3

Autoria colateral e incerta, punibilidade, comunicabilidade e delação

3.1 Autoria colateral

A autoria colateral se dá quando duas pessoas querem praticar um crime e agem ao mesmo tempo, sem que uma saiba da intenção da outra, e o resultado decorre da ação de apenas uma delas, que é identificada no caso concreto. Cada agente responde pelo ato que executou.



Nas palavras de Bitencourt (2012, p. 560), “É o agir conjunto de vários agentes, sem reciprocidade consensual, no empreendimento criminoso.”

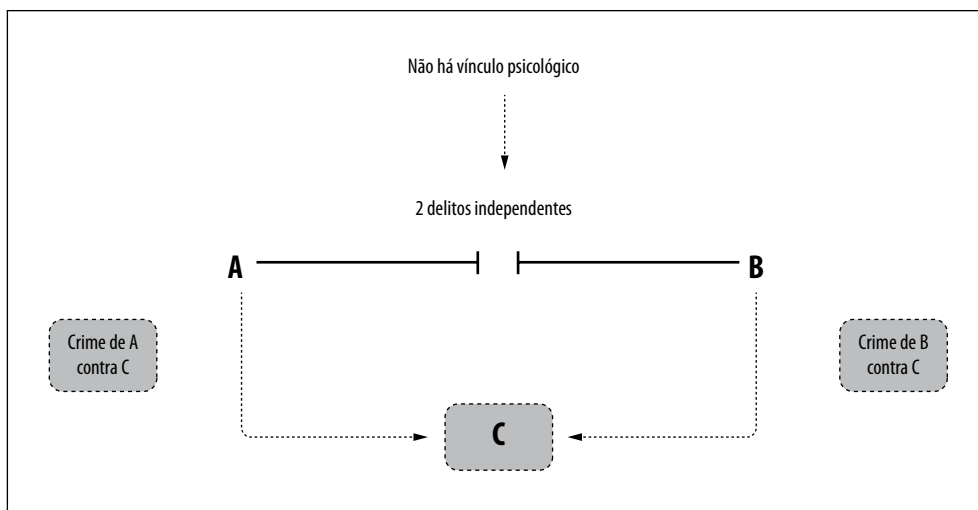
Não há que se falar em concurso de pessoas uma vez que não há liame subjetivo entre os agentes, isto é, acordo de vontades. Os agentes desconhecem as ações umas das outras, atuam em convergência ocasional ao mesmo resultado. (NUCCI, 2012, p. 184).

Um exemplo interessante de autoria colateral se configura no caso de tocaia de “A” e “B”; sem saber da presença do outro e não estando unidos nesta tarefa, esperam a passagem de “C”, por determinado local, para matá-lo. Quando a vítima surge, ambos atiram ao mesmo tempo, matando-a. Cada um responderá, individualmente, pelo crime cometido.

Faz-se necessária a constatação da conduta do resultado produzido por cada um. Uma vez que o tiro de “A” foi o causador da morte, e o tiro de “B” atingiu a vítima superficialmente, “A” responderá por homicídio, e “B”, por tentativa de homicídio.

Caso houvesse o liame subjetivo das partes, estes estariam em concurso de pessoas e ambos responderiam por homicídio em coautoria. (BITENCOURT, 2012, p. 561). Nas palavras de Barros (2009, p. 442), “É, pois, o vínculo subjetivo existente entre os coautores que distingue a coautoria da autoria colateral. Nesta, cada autor atua desconhecendo a conduta do outro.”

Esquema 6.3 – Autoria colateral



Fonte: Nucci (2012, p. 181).

3.2 Autoria incerta

A autoria incerta ocorre quando, na autoria colateral, não se apura a quem atribuir a produção do evento; a autoria é conhecida, mas a incerteza recai sobre quem, entre os realizadores dos vários comportamentos, produziu o resultado.

Recuperando o exemplo anterior, não se apura qual dos dois agentes (A ou B) produziu o resultado “morte de C”. Não há que se falar em autoria desconhecida ou ignorada, pois, neste caso, se desconhece quem praticou a ação; na autoria incerta, sabe-se quem a executou, mas **ignora-se quem produziu o resultado**. (BITENCOURT, 2012, p. 561).

Não há previsão legal a respeito, **a solução aceitável pela doutrina é que ambas as partes responderão por tentativa**. Ora, punir ambos por homicídio seria impossível, uma vez que um deles praticou apenas a tentativa, e a absolvição é inadmissível porque ambos praticaram um crime de autoria conhecida. (BITENCOURT, 2012, p. 561).

3.3 Punibilidade do concurso de pessoas

No concurso de pessoas, todos os agentes devem responder pelo mesmo crime, devido à teoria unitária ou monista adotada pelo nosso ordenamento. Adotamos também a **teoria restritiva de autor**, e esta faz a distinção entre autor e partícipes. Muito embora ambos incorram nas mesmas penas cominadas pelo crime, a sua medida vai depender do grau de participação e culpabilidade dos agentes. O dispositivo, o Art. 29 do CP, torna-se “indispensável para a punibilidade do partícipe, cuja tipicidade fundamenta-se nessa norma de extensão.” (BITENCOURT, 2012, p. 562).

3.3.1 Participação de menor importância

A participação de menor importância é uma causa de diminuição de pena, uma vez que a cooperação do partícipe não é efetiva para o delito. Desta forma, embora tenha contribuído para a realização do núcleo do tipo penal, não foi imprescindível para a prática do crime. Portanto, a pena do partícipe de menor importância pode ser reduzida de um sexto a um terço, podendo ficar aquém do limite mínimo.

Assim dispõe o Art. 21, § 1º, do CP:

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

Alguns autores, como Mirabete e Dotti, entendem que tal redução de pena prevista pelo referido artigo é facultativa, uma vez que o juiz poderá constatar a menor importância, e a equivalência na determinação autoriza a equiparação no plano da culpabilidade. No entanto, a corrente majoritária da doutrina entende que a faculdade se refere ao grau de redução entre um sexto e um terço da pena, sendo obrigatória a redução quando reconhecida a menor importância. Nas palavras de Bitencourt (2012, p. 563):

Será, porém, facultado ao juiz reduzi-la em maior ou menor grau, se constatar maior ou menor intensidade volitiva do partícipe, se constatar maior ou menor culpabilidade deste. Poderá efetuar a redução no sentido inverso da intensidade da culpabilidade: maior censurabilidade, menor redução, menor censurabilidade, maior redução.

Um exemplo de participação de menor importância é aquele que fornece quentinhas para o cativo de um sequestro ou limpa a arma para o autor praticar homicídio.

3.3.2 Cooperação dolosamente distinta

A cooperação dolosamente distinta está prevista no § 2º do Art. 29 do Código Penal, que estabelece:

Art 29 [...]

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

Aqui ocorre o desvio subjetivo de conduta, e acontece quando a conduta idealizada aderida pelo partícipe é diferente da executada pelo autor (BITENCOURT, 2012, p. 563). Prado (2008, p. 119) complementa: “essa previsão serviu para matizar a teoria monística ou unitária abraçada [pelo nosso ordenamento], implicando a reafirmação do caráter individual da culpabilidade.”

Para entender melhor, analise o seguinte exemplo: “A” determina a “B” que cause lesões corporais em “C”. No entanto, “B”, por razões pessoais, acaba por matar “C”, excedendo-se na execução do mandato. O ordenamento jurídico tratou de maneira especial tal situação, e a solução dada ao caso leva “A” a punição de lesão corporal, o crime desejado, e “B” responderá por homicídio. No entanto, se “A” pudesse prever as atitudes de “B”, sua pena, de lesão corporal, será elevada até metade. Nas palavras de Welzel, “cada um responde somente até onde alcança o acordo recíproco.” (BITENCOURT, 2012, p. 563).

3.3.3 Casos não puníveis

Não são penalmente relevantes algumas formas de participações ou de início de associação, se o crime não chega ao menos à fase de execução, conforme dita o Art. 31 do CP: “O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.”

O *iter criminis* (o caminho do crime) é composto de cogitação, atos preparatórios, atos executórios e consumação. A tentativa ocorre quando o agente inicia atos de execução e não atinge a consumação por circunstâncias alheias à sua vontade. “Por isso, o ajuste (acordo entre pessoas), a instigação (fomento a uma ideia preexistente) ou auxílio (assistência dada a alguém) somente podem ganhar estatura penal se o crime for tentado, salvo disposição em contrário.” (NUCCI, 2012, p. 185).

Esta forma de incitação ao crime pode ser prevista em nosso ordenamento, de forma autônoma, em tipos penais. A determinação ou instigação e auxílio, por si sós, podem ser punidos como delitos autônomos, como no caso de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (Art. 122, CP) (NUCCI, 2012, p. 185).

Em outros casos, são atípicos o auxílio, a instigação e o induzimento de um fato que fica apenas na fase preparatória, sem que haja início de execução. Exemplificando esta situação, temos o caso do sujeito que pede a um chaveiro uma chave falsa para cometer um furto e é atendido pelo profissional. No entanto, comete o furto por escalada, sem usar o artefato. Como não houve nenhuma contribuição causal do chaveiro, este não será considerado partícipe do furto. Seu auxílio não chegou a ingressar sequer na fase de execução, sendo, portanto, impunível (CARVALHO, 2013, p. 10).

3.4 Comunicabilidade de circunstâncias

A figura típica compreende elementos e circunstâncias. Estes são dados acessórios do tipo penal e sua função consiste em interferir na qualidade da pena, aumentando-a ou diminuindo-a. (ESTEFAN, 2012, p. 312).

Temos por circunstâncias, dados, fatos e peculiaridades que circundam o fato típico sem integrá-lo, mas que podem aumentar ou diminuir sua gravidade. Estas **circunstâncias podem ser objetivas**, quando se considera a qualidade e a condição da vítima no tempo, no lugar e no modo de execução do crime; **e subjetivas**, quando se referem ao agente, às suas qualidades, aos seus parentescos e aos motivos do crime.

As condições de caráter pessoal são as relações com o mundo exterior, pessoas e coisas, como, por exemplo, as relações de parentesco, a reincidência etc. Já os elementos do crime são os dados, os elementos e as condições que integram algumas figuras típicas. (BITENCOURT, 2012, p. 565).

De acordo com o Art. 30 do CP, “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.” Assim, cada agente responderá de acordo com suas circunstâncias e condições pessoais, uma vez que, por serem pessoais, dizem respeito exclusivamente ao agente. (BITENCOURT, 2012, p. 565).

No entanto, a exceção à regra do Art. 30 é a comunicabilidade das circunstâncias e condições de caráter pessoal quando estas forem elementares para o crime. Vale resaltar que tais circunstâncias e condições de caráter pessoal devem ser de conhecimento do partícipe.

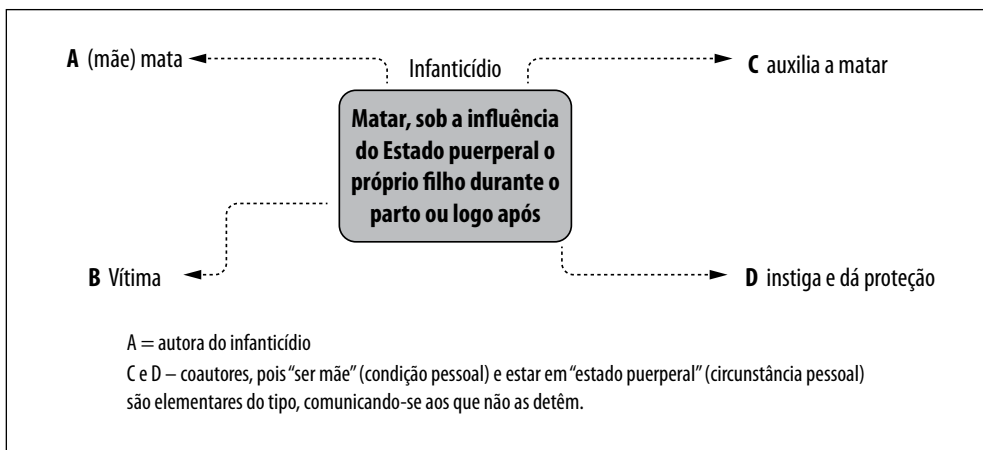


Exemplo disso é a condição de funcionário público; se vários indivíduos, não funcionários, resolverem subtrair bens de uma repartição pública, acompanhados por um funcionário, sabendo disso, responderão todos por peculato (Art. 312, CP). A qualidade de funcionário público faz parte do tipo básico do crime de peculato, logo, comunica-se. (NUCCI, 2012, p. 185).

Diante do exposto, Bitencourt (2012, p. 566) explana duas regras básicas da comunicabilidade das circunstâncias, condições e elementares:

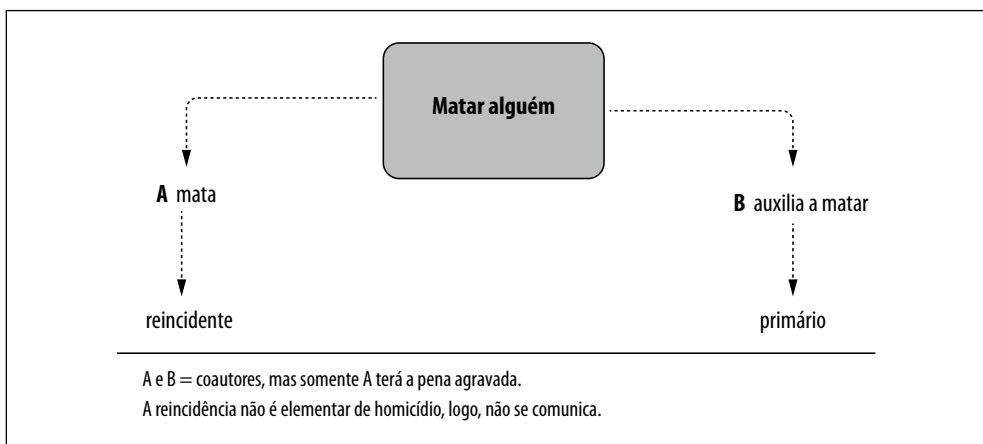
- as circunstâncias e condições de caráter pessoal não se comunicam entre coautores e partícipes, por expressa determinação legal;
- as circunstâncias objetivas e as elementares do tipo (sejam elas objetivas ou subjetivas) só se comunicam se integrarem a esfera de conhecimento dos participantes.

Esquema 6.4 – Comunicabilidade de condições e circunstâncias pessoais



Fonte: Nucci (2012, p. 182).

Esquema 6.5 – Incomunicabilidade de condições e circunstâncias pessoais



Fonte: Nucci (2012, p. 182).

3.5 Delação premiada

Delação premiada é ato de imputar a terceiro a prática de conduta criminosa, de modo a receber algum benefício com amparo da lei. As Ordenações Filipinas, que vigoraram em Portugal entre 1603 a 1831, já previam este tipo de prêmio para a delação. Nosso ordenamento cuida desse instituto em diplomas, como na Lei de Crimes Hediondos; na Lei dos Crimes contra Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo; na Lei do Crime organizado; na Lei de Lavagem de Capitais; na Lei de Proteção de Vítima e Testemunhas; na Lei Antidrogas; e no crime de extorsão mediante sequestro. (ESTEFAN, 2012, p. 314).



No crime de extorsão mediante sequestro, por exemplo, o coautor que denunciar o fato à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá a pena reduzida de um a dois terços (Art. 159, § 4º, CP).

Como regra, a delação constitui a incriminação de algum concorrente, no entanto pode constituir também a localização de bens, recuperação total ou parcial do produto do crime etc. Os benefícios da delação podem ser distintos. A maioria das normas assinala, como consequência, a redução de pena de um a dois terços. Mas tal benefício pode consistir em regime de cumprimento de pena mais brando e substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito – as penas alternativas. (ESTEFAN, 2012, p. 314).

A delação é um direito subjetivo público, uma vez que, preenchido os requisitos, o juiz deve conceder o benefício na sentença.

Segundo Estefan (2012, p. 314), a delação é realizada na fase do inquérito policial ou na presença do Ministério Público, no entanto a outorga dos prêmios só poderá ser definida pelo juiz no momento da sentença. Contudo, o delegado e o promotor de justiça podem manifestar-se favoravelmente à redução de pena ou até à extinção da punibilidade. (ESTEFAN, 2012, p. 314).

Considerações Finais

Prezado/a aluno/a,

Estamos encerrando a primeira etapa de estudos sobre o Direito Penal. Com esta unidade de aprendizagem, você pôde compreender a dimensão e o alcance que possuem as normas punitivas, bem como seu caráter de prevenção de delitos.

O Direito Penal, como primeira forma de regulação entre homens, tem acompanhado a história das sociedades e dos povos, objetivando primeiro a contenção de conflitos e o controle social. As normas que visavam a este controle estiveram ligadas a valores e aspectos morais, culturais e religiosos, os quais concebiam a pena como retribuição e coação. Desta forma, podemos dizer que o Direito Penal é o campo do Direito Público encarregado de normatizar aquelas condutas consideradas proibidas por atentarem contra a paz social.

Com o estudo proposto, você conheceu a trajetória do Direito Penal, que, com a evolução das sociedades, demonstrou mudanças marcadamente influenciadoras do direito de punir. Este passa a ter outra perspectiva, fundada não mais apenas numa lógica sancionatória e religiosa, mas já com outras preocupações de ordem comunal, de prevenção de crimes.

Você estudou a Criminologia em seu aspecto crítico, que nos aponta as contradições do Direito Penal e as necessidades de rupturas com o que está posto, principalmente diante da crise no sistema penitenciário e da existência de uma parcela da população mais criminalizada que as outras.

As influências das correntes de pensamento penal que emergiram durante o iluminismo, quando as chamadas “escolas penais” passaram a ressignificar o direito punitivo, também foram vistas. Conhecemos o Direito Penal no Brasil, suas origens, sua formação, sua aplicação e suas tendências, passando pelos períodos colonial, imperial e republicano.

O Direito Penal tem um caráter dogmático, razão pela qual o conceito de crime assume um aspecto eminentemente jurídico. A propósito, o Código Penal prevê, em seu 1º artigo, que não haverá crime se não houver lei prévia que o defina. Por isso, você estudou os conceitos de delito e suas teorias, bem como os elementos estruturais que compõem o delito de acordo com a concepção clássica: a ação, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade.

Quanto aos princípios norteadores do Direito Penal, estes buscam assegurar a proteção jurídica prometida. Há, entre eles, os princípios da anterioridade, da fragmentariedade, da intervenção mínima, da proporcionalidade, da insignificância, da culpabilidade, da ofensividade, da legalidade, da territorialidade, o princípio bis in idem, entre outros.

Você pôde estudar a interpretação e a integração da norma penal. A antijuridicidade compreende a lesão ou a condição de perigo, decorrente de uma ação humana voluntária, a um bem jurídico considerado relevante. No entanto, existem causas que são justificadoras da antijuridicidade, também chamadas de excludentes de ilicitude, pelas quais não haverá crime quando o agente pratica a conduta em legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito.

Com fim deste estudo introdutório, sinta-se apto/a também a reconhecer as causas de excludente de culpabilidade, pelas quais a pena não será aplicada nos casos em que a conduta é praticada por coação moral irresistível, por obediência hierárquica, por erro de proibição, ou quando houver inimputabilidade.

Chegando às últimas sessões do material didático, você estudou também as teorias sobre o concurso de pessoas e os requisitos para a sua ocorrência. Destacamos que, segundo a teoria unitária, todos aqueles que concorrem para o crime respondem pelo ato em sua totalidade e na medida de sua culpabilidade.

Assim, é possível concluir que a intervenção penal tem feito parte da trajetória das sociedades, cabendo ao exegeta interpretá-la da forma o menos segregatória e o mais humanamente possível, e esse é o desafio do Direito Penal do terceiro milênio: proteger o cidadão e a sociedade, sem violar direitos e garantias fundamentais das pessoas, tornando-se um locus de cidadania, e não meramente de exclusão.

Contudo, lembre-se de que é necessário manter-se atualizado/a e informado/a sobre as decisões dos tribunais. Esperamos que o conteúdo apresentado sirva-lhe de base para a aplicação do Direito Penal com um sentido ético, que permita transformar a luta contra o crime em uma luta política em prol da emancipação humana e da pacificação social. Este é o caminho para a verdadeira prevenção.

Sucesso nesta jornada e conte sempre comigo!

Prof.^a Priscila de Azambuja Tagliari

Referências

- AMARO, Mohamed. **Código penal na expressão dos tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**. Porto Alegre, EDITORA, 2003.
- ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de direito penal: caderno especial: resumo de toda matéria**. 4. ed. reform. de acordo com a lei n. 11596, de. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**, parte geral. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v1.
- BASTOS JÚNIOR, Edmundo José de. **Código penal em exemplos práticos**. Florianópolis: Ed. Terceiro Milênio, 2000.
- BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1. 17.
- BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2012. v.2
- BRUNO, Aníbal. **Direito penal**; parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v.1,t.1
- BRASIL, **Código Penal**. 1940
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.1
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CARVALHO, Paulo Calgaro de. **Material de estudos de direito penal da Unisul**, 2013.
- DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 3. ed. São Paulo:Renovar, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ESTEFAN, André. **Direito penal**, 1: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**; parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FRANCO, Alberto da Silva, **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993.

FUHRER, Maxilianus Cláudio Américo e outro. **Resumo de direito penal**: parte geral. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990.

GOMES, Luiz Flávio, MOLINA, Antonio García-Pablo de. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. v.2

_____. **Erro de tipo e erro de proibição**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Victor Edmundo Rios. **Direito Penal**: parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.7

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1997.

JESUS, Damásio E de. **Direito penal**: parte geral. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

KAISER, Günter. **Introducción a la criminología**. Trad. Rodriguez Devesa. 7. ed. Madrid: Dykinson, 1988.

LYRA, Roberto. **Introdução ao estudo do direito criminal**. Rio de Janeiro, Borsoi, 1946.

MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Manual de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

_____. **Direito penal**. Introdução e aplicação da lei penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. Tomo. I.

_____. **Direito penal.** Introdução e aplicação da lei penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. Tomo II.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1975.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal.** São Paulo: Atlas, 2004. v.1

MOLINA, Antonio Garcia-Pablo de; GOMES, Luiz Flavio. **Criminologia.** 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal:** parte geral, parte especial. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito penal:** parte geral. Coleção esquemas & sistemas. v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão:** um paradoxo social. Florianópolis: Editora UFSC, 1996.

PAVARINI, apud, ZACKSESKI. Cristina. **Sistema penal, política criminal e outras políticas.** Boletim IBCrim, nº 14, março, 2007.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal:** parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** São Paulo: Saraiva, 1999.

ROSA, Antônio José. **Dos crimes.** Brasília: Revista Jurídica Consulex, nº 190, 15 dez.2004.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal.** Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo:** para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:** parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

ZAFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro.** Parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

Sobre a Professora Conteudista

Priscila de Azambuja Tagliari

Possui graduação em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (2004) e pós-graduação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS (2006). Atualmente, é professora na Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL, atuando principalmente nos seguintes temas: ciências penais, criminologia, transtorno de personalidade antissocial e violência.

Introdução ao Direito Penal

Este livro didático oferece uma introdução ao Direito Penal, apresentando uma síntese da teoria da norma penal, da teoria do crime e das questões ligadas ao concurso de agentes. Paralelamente, também apresenta noções gerais sobre criminologia.



ISBN 9788578175740



9 788578 175740

www.unisul.br