

KLS

Teoria Jurídica do Direito Penal

Teoria jurídica do Direito Penal

Fernanda Lara de Carvalho
Edvania Fátima Fontes Godoy Barbeta

© 2016 por Editora e Distribuidora Educacional S.A.

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida ou transmitida de qualquer modo ou por qualquer outro meio, eletrônico ou mecânico, incluindo fotocópia, gravação ou qualquer outro tipo de sistema de armazenamento e transmissão de informação, sem prévia autorização, por escrito, da Editora e Distribuidora Educacional S.A.

Presidente

Rodrigo Galindo

Vice-Presidente Acadêmico de Graduação e de Educação Básica

Mário Ghio Júnior

Conselho Acadêmico

Dieter S. S. Paiva

Camila Cardoso Rotella

Emanuel Santana

Alberto S. Santana

Regina Cláudia da Silva Fiorin

Cristiane Lisandra Danna

Danielly Nunes Andrade Noé

Revisão Técnica

Sandro Luiz de Oliveira Rosa

Betania Faria e Pessoa

Editorial

Emanuel Santana

Cristiane Lisandra Danna

André Augusto de Andrade Ramos

Daniel Roggeri Rosa

Adilson Braga Fontes

Diogo Ribeiro Garcia

eGTB Editora

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Carvalho, Fernanda Lara de

C331t Teoria jurídica do direito penal / Fernanda Lara de Carvalho,
Edvania Fátima Fontes Godoy Barbeta. – Londrina : Editora e Distribuidora
Educacional S.A., 2016. 256 p.

ISBN 978-85-8482-410-6

1. Direito penal. 2. Direito penal – Brasil. I. Barbeta, Edvania Fátima Fontes Godoy.
II. Título.

CDD 341.5

2016

Editora e Distribuidora Educacional S.A.

Avenida Paris, 675 – Parque Residencial João Piza

CEP: 86041-100 — Londrina — PR

e-mail: editora.educacional@kroton.com.br

Homepage: <http://www.kroton.com.br/>

Sumário

Unidade 1

Noções, Fontes, Interpretação e Princípios de Direito Penal 7

Seção 1.1

Direito Penal: função ético-profissional, objeto e Estado Democrático de Direito 10

Seção 1.2

Princípios fundamentais do Direito Penal 28

Seção 1.3

Princípios do Direito Penal 42

Seção 1.4

Infrações penais, sujeitos das infrações penais e validade temporal da lei penal 58

Unidade 2

Direito penal 75

Seção 2.1

Tempo do crime, conflito aparente de normas e contagem do prazo penal 76

Seção 2.2

Territorialidade e extraterritorialidade da lei penal brasileira, eficácia de sentença estrangeira e lugar do crime..... 94

Seção 2.3

Fato típico: conduta, resultado, nexa causal e tipicidade penal 112

Seção 2.4

Fato típico: crime doloso 129

Unidade 3

Elementos e principais características da teoria do crime..... 145

Seção 3.1

Características dos crimes culposos..... 146

Seção 3.2

Erro de tipo e discriminantes putativas 158

Seção 3.3


Iter criminis e tentativa 172

Seção 3.4

Desistência voluntária, arrependimento eficaz, arrependimento posterior e crime impossível..... 183

Unidade 4

Teoria do crime: ilicitude, culpabilidade e concurso de pessoas.... 195



Seção 4.1	
Ilicitude: principais características e causas de exclusão.....	196
Seção 4.2	
Culpabilidade: principais características e suas causas de exclusão.....	210
Seção 4.3	
Concurso de pessoas: teorias e requisitos	225
Seção 4.4	
Responsabilidade penal da pessoa jurídica	239

Palavras do autor

Caro aluno,

Seja bem-vindo ao estudo do Direito Penal!

Este livro didático contempla a parte geral da disciplina de Teoria Jurídica do Direito Penal e tem como objetivo provocá-lo a refletir sobre a sistematização dos conteúdos que serão desenvolvidos ao longo do semestre, bem como possibilitar-lhe uma base sólida para o estudo das disciplinas penais que virão mais à frente, de modo que, ao final do curso, você estará preparado para os desafios práticos da realidade profissional.

Espera-se que este seja o seu primeiro contato com o Direito Penal. Assim, o conteúdo do livro didático foi pensado, organizado e construído de forma simples e completa, para facilitar a sua compreensão e responder aos questionamentos mais usuais com profundidade.

Ao longo das unidades de ensino, serão abordados assuntos essenciais, relevantes e atuais do Direito Penal, com situações- problema da realidade profissional e exercícios práticos para reforçar o conteúdo estudado.

Ao todo, serão 4 unidades de ensino, compostas de 4 seções cada; veja só:

Unidade 1 – Noções, Fontes, Interpretação e Princípios do Direito Penal

A partir de uma linguagem dialógica, o livro didático iniciará com o estudo dos conceitos essenciais, a saber, a evolução, a função, o objeto, os limites, as formas de interpretação e os princípios que regem o direito penal brasileiro.

Unidade 2 – Aplicação da Lei Penal, Fato Típico, Consumação e Tentativa

Ensina sobre os critérios de validade da lei penal no tempo e no espaço, o tempo do crime, a forma de contagem de prazos, os meios de solução de conflito de normas, o que é fato típico e como se desenvolve a responsabilidade penal, e a diferença entre consumação de um fato criminoso e tentativa.

Unidade 3 – Desistência Voluntária, Arrependimento Eficaz e Posterior, Classificação do Crime e Erro de Tipo e de Proibição

Diferencia vários institutos que influenciam na aplicação da pena, conceituando e indicando a natureza jurídica, as formas de aplicação e os efeitos para o acusado.

Unidade 4 – Culpabilidade e Concurso de Pessoas

Para finalizar a disciplina, serão abordadas as causas de exclusão de ilicitude, a culpabilidade e seus elementos, e as regras para configuração do concurso de pessoas, da autoria, coautoria e participação.

Como é possível perceber, este livro didático foi concebido e estruturado como um instrumento para auxiliar no processo de aprendizagem. Portanto, explore-o ao máximo, pois nele você encontrará as chaves necessárias para compreender criticamente o enfoque contemporâneo do Direito Penal. Como um instrumento para auxiliar no processo de aprendizagem. Portanto, explore-o ao máximo, pois nele você encontrará as chaves necessárias para compreender criticamente o enfoque contemporâneo do Direito Penal.

Unidade 1

Noções, Fontes, Interpretação e Princípios de Direito Penal

Convite ao estudo

Caro aluno,

O Direito Penal é uma disciplina do Direito Público dotado de grande responsabilidade perante a sociedade. Ele tem como tarefa precípua o controle social, de modo que não há como afastar do Direito Penal sua missão política, estrutural e garantista. Conhecer as finalidades do Direito Penal significa entender os objetivos e os limites da criminalização de condutas, os objetivos da pena, os objetivos das garantias previstas para o acusado, enfim, os objetivos das medidas jurídicas de reação ao crime de acordo com o ordenamento penal pátrio.

O Direito Penal é, sem dúvida, uma disciplina apaixonante e alvo de muita curiosidade por parte dos acadêmicos de direito e até mesmo da sociedade. Contudo, embora se trate de uma matéria eminentemente prática, exposta diariamente nos noticiários, é necessário que você estude com afinco para compreender seus fundamentos teóricos e jurídicos, que decorrem de longas transformações históricas. Após assimilar e refletir sobre as nuances do Direito Penal, é bem provável que você reconsidere alguns de seus posicionamentos sobre temas polêmicos como o aborto, a pena de morte, a maioria penal e a eutanásia, ou então, passe a defendê-los com propriedade, o que será muito satisfatório.

Agora que você já conhece a estrutura do livro didático e também já se familiarizou com o objeto de estudo do Direito Penal, é importante saber que, para alcançar um resultado positivo na disciplina, deverá desenvolver seu estudo de acordo com a metodologia proposta, que compreende três tempos didáticos distintos:

1) Pré-aula: nesta etapa, você deve iniciar os estudos pela leitura do web-roteiro, que indica quais temas e assuntos serão abordados na aula. No web-roteiro, você encontrará questões de avaliação diagnóstica e links para artigos e vídeos sobre o conteúdo abordado. Também é de extrema importância nesta fase que você faça a leitura deste livro

didático, que permitirá o conhecimento mais aprofundado e completo dos temas.

2) Aula mediada: neste tempo didático, você deverá assistir aos vídeos de aula disponibilizados, que contêm a explicação dos conteúdos trabalhados, bem como o caminho utilizado para a resolução da situação geradora de aprendizagem (SGA) e situação-problema (SP) de cada seção.

3) Pós-aula: após a conclusão das etapas anteriores você deverá resolver as atividades e exercícios de fixação propostos e partir para o WebRoteiro da próxima seção.

Essa forma de aprendizado permitirá a articulação de seu conhecimento teórico e prático. Faça sua parte e com certeza alcançará o sucesso na disciplina.

Como você já deve ter percebido, o fundamento de área é conhecer a Parte Geral do Direito Penal, que se encontra prevista na primeira parte do Código Penal (artigos 1º a 120), e aliar o conteúdo teórico com as implicações práticas da realidade profissional.

Pensando nisso, em cada unidade lhe será apresentada uma situação geradora de aprendizagem, da qual decorrerão quatro situações-problema, uma por seção de autoestudo, envolvendo os temas de estudo e circunstâncias do dia a dia profissional.

Conheça agora a situação geradora de aprendizagem desta Unidade 1, que foi articulada para que você possa entender as noções de Direito Penal, suas fontes, regras de interpretação e princípios aplicáveis.

Imagine que Bruno e Tiago são maiores de idade, moram em uma comunidade periférica com baixa expectativa socioeconômica, não concluíram o segundo grau e não possuem emprego fixo. Souberam pela mídia que a cidade sediaria um festival de música nacional, que ocorre em várias cidades do país e tem fama de ser muito bom. No intuito de conseguir dinheiro para participar do evento, optaram pelo caminho “mais fácil”. Assim, conscientes da ilicitude de sua conduta e de comum acordo, Bruno e Tiago agiram em conjunto para furtar o aparelho celular de Antonio, um iPhone de última geração. Antonio é estudante universitário, trabalha o dia todo e cursa Direito no período noturno. Havia comprado o celular parcelado em 12 vezes e estava em posse dele há duas semanas. Aguardava seu ônibus no ponto próximo à faculdade quando foi surpreendido por Bruno e Tiago. Embora Antonio tenha registrado boletim de ocorrência, a polícia logrou êxito em localizar Bruno e Tiago apenas cinco dias após a prática do furto, quando o celular já havia sido vendido para um receptor.

A partir do fato narrado anteriormente, em cada seção de autoestudo que compõe a Unidade 1 lhe será apresentada uma situação-problema decorrente, cuja solução envolverá os conteúdos abordados.

Acredito que você esteja curioso para descobrir qual é a primeira situação-problema proposta. Então, é hora de partir para a Seção 1.1 e iniciar seus estudos de Direito Penal.

Boa sorte! Lembre-se de que o sucesso depende do seu esforço, e de nada adianta uma oportunidade se não houver preparação prévia!

Direito Penal: função ético-profissional, objeto e Estado Democrático de Direito

Diálogo aberto

Caro aluno,

Nesta primeira seção, serão trabalhados temas fundamentais do Direito Penal. Assim como as demais áreas do direito, o Direito Penal contemporâneo passou por inúmeras transformações ao longo dos anos. Desse modo, é de suma importância compreender com clareza o conceito de direito penal, a sua função, suas fontes, seus limites de controle, sua ligação com outras ciências criminais, e até mesmo a estrutura do Código Penal.

Para entender os conceitos e a aplicabilidade prática dos institutos fundamentais de Direito Penal que compõem esta seção de autoestudo, leia com atenção a situação geradora de aprendizagem a seguir e a primeira situação-problema dela decorrente. São elas que nortearão seus estudos!

Bruno e Tiago são maiores de idade, moram em uma comunidade periférica com baixa expectativa socioeconômica, não concluíram o segundo grau e não possuem emprego fixo. Souberam pela mídia que a cidade sediaria um festival de música nacional, que ocorre em várias cidades do país e tem fama de ser muito bom. No intuito de conseguir dinheiro para participar do evento, optaram pelo caminho “mais fácil”. Assim, conscientes da ilicitude de sua conduta e de comum acordo, Bruno e Tiago furtaram o aparelho celular de Antonio, um iPhone de última geração. Antonio é estudante universitário, trabalha o dia todo e cursa Direito no período noturno. Havia comprado o celular parcelado em 12 vezes e estava em posse dele há duas semanas. Aguardava seu ônibus no ponto próximo à Faculdade quando foi surpreendido por Bruno e Tiago. Embora Antonio tenha registrado boletim de ocorrência, logo após o fato, a polícia logrou êxito em localizar Bruno e Tiago apenas cinco dias após a prática do furto, quando o celular já havia sido vendido para um receptor.

A partir dos fatos narrados, imagine agora que, após responderem ao processo pela prática do furto do celular de Antonio, previsto no art. 155, do CP, Bruno e Tiago foram condenados, porém, com a causa de aumento de pena em razão do concurso de pessoas, prevista para o crime de roubo, conforme art. 157, parágrafo 2º, inciso II, do CP. Durante todo o processo, Bruno e Tiago foram representados por um advogado dativo, ou seja, nomeado pelo juiz. Preocupados com a situação, os familiares de Bruno

e Tiago se reuniram e contrataram Beatriz, uma advogada recém-aprovada no exame de ordem, para assumir o processo. Assim, seu primeiro desafio é ajudar Beatriz a verificar por que o juiz fundamentou sua decisão na analogia e se essa decisão está correta.

Para solucionar a situação-problema, você precisará:

1º Compreender o que é analogia e em quais situações é permitida sua utilização no ordenamento penal.

2º Analisar o tipo penal do furto, previsto no art. 155, do Código Penal.

3º Analisar o tipo penal do roubo, previsto no art. 157, do Código Penal.

4º Conhecer a Súmula nº 442, do STJ – Superior Tribunal de Justiça.^{4º} Conhecer a Súmula nº 442, do STJ – Superior Tribunal de Justiça.

Não pode faltar

Pode-se dizer que para o funcionalismo teleológico (Claus Roxin) a tarefa precípua do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos fundamentais ao indivíduo e à sociedade. Mas o que são esses bens jurídicos fundamentais?

Ensina-nos Luiz Regis Prado (1997, p. 41) que:

“Os bens jurídicos têm como fundamento valores culturais que se baseiam em necessidades individuais. Essas se convertem em valores culturais quando são socialmente dominantes. E os valores culturais transformam-se em bens jurídicos quando a confiança em sua existência surge necessitada de proteção jurídica.



Pesquise mais

O que é a liquefação/espiritualização do Direito Penal? Leia sobre isso em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2469584/espiritualizacao-de-bens-juridicos-na-dogmatica-penal-joaquim-leitao-junior>>. Acesso em: 3 ago. 2016.

Assim, é possível definir o direito penal como um ramo do Direito Público, que, a partir das normas e princípios estabelecidos pelo Estado, determina as condutas que afrontam à vida, à liberdade, à segurança, ao patrimônio e a outros bens jurídicos reconhecidos como merecedores de tutela, e estabelece as correspondentes punições (penas privativas de liberdade, penas restritivas de direitos, multas, medidas de segurança) e o modo de execução das penas.



Atenção

Para o funcionalismo sistêmico (Jakobs) a função do Direito Penal é resguardar o sistema e a norma posta.



Assimile

1 – O Direito Penal é um ramo do Direito Público que se ocupa da defesa dos bens jurídicos reconhecidos como relevantes, e o Estado (União) é quem tem a competência para definir quais bens serão objeto de tutela, a partir da observância dos valores culturais socialmente dominantes.

2 – Considerando que o Brasil é um Estado Democrático de Direito por determinação constitucional, todas as normas infraconstitucionais, inclusive as penais, devem ser elaboradas de acordo com os preceitos contidos na Constituição, de modo a assegurar a máxima efetividade aos direitos e garantias.

O sistema jurídico penal é composto pelas disciplinas de Direito Penal, de Direito Processual Penal e também pela Execução Penal, consubstanciada na Lei n. 7.210/84 (conhecida como LEP). Essas disciplinas são formadas por normas previstas na Constituição Federal, no Código Penal, no Código de Processo Penal, na Lei de Execução Penal e por Leis Especiais de natureza penal ou processual penal (legislação extravagante). São exemplos de Leis Especiais a Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06), o Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/03), a Lei Maria da Penha (Lei n.11.340/06), a Lei das Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/13), a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90), etc.

É importante dizer, que além das disciplinas que compõem o sistema jurídico penal, temos outras duas importantes disciplinas relacionadas com a ciência criminal: a criminologia e a política criminal. A criminologia, hoje reconhecida como ciência, pode ser resumida como a disciplina que se ocupa do estudo do crime, do criminoso, da vítima e das formas de controle do delito, ou seja, sua preocupação é prévia ao procedimento criminal desenvolvido pela justiça, visando entender os motivos que levam alguém a praticar um delito, as principais áreas de delinquência em determinada cidade, a reação e a influência da vítima no comportamento criminoso, e os instrumentos de que dispõe a sociedade para coibir o crime. Nada impede, no entanto, que a criminologia se ocupe de verificar o desempenho prático do sistema penal; aliás, essa é a tarefa da chamada criminologia crítica. A política criminal, por sua vez, embora não tenha status de ciência, é responsável pela efetivação das descobertas realizadas pela criminologia, ou seja, cabe à política criminal colocar em prática, por meio de políticas públicas, os mecanismos para controle da criminalidade de acordo com o perfil da cidade ou de regiões da cidade, por exemplo.



Exemplificando

Que tal conhecer um tema da disciplina de criminologia que frequentemente cai em provas? Vamos lá!

Cifras negras: Referem-se aos crimes que não chegam ao conhecimento do Estado, detentor do direito de punir.

Cifras cinzas: São os crimes que chegam ao conhecimento do Estado, contudo são resolvidos na própria delegacia de polícia.

Cifras amarelas: São aqueles crimes praticados arbitrariamente por policiais que não chegam ao conhecimento da corregedoria.

Cifras brancas: São aqueles crimes solucionados, ou seja, em que foram apuradas a autoria e materialidade.

Cifras douradas: São os crimes conhecidos como de ‘colarinho branco’, que são aqueles praticados por membros da alta sociedade, executivos e diretores de empresas.

Cifras verdes: São os crimes ambientais que não chegam ao conhecimento da autoridade policial.

Saiba mais em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,cifras-criminais-da-criminologia,52846.html>>. Acesso em: 3 ago. 2016.



Pesquise mais

Sugestões para aprofundar seus conhecimentos críticos sobre o Direito Penal, a criminologia e a política criminal:

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005. (Nesta obra de dois capítulos o autor trabalha de forma sintetizada, didática e crítica os principais aspectos que envolvem o Direito Penal Contemporâneo, a Criminologia, a sociedade, o sistema penal e a política criminal).

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: RT, 2014. (O trabalho, concebido originalmente como uma tese de livre-docência, foi pensado para ser um guia do estudioso que quer dar os primeiros passos pelo tema da Criminologia).

FILME: **Laranja mecânica**. Direção: Stanley Kubrick. Roteiro: Anthony Burgess. EUA; Reino Unido: 1978. (106 min), drama. (Baseado em um livro homônimo, trata dos desvios ultraviolentos do jovem Alex).

Ultrapassada essa questão, vejamos os conceitos de Direito Penal objetivo e Direito Penal subjetivo, das fontes do Direito Penal, da distinção entre lei penal e norma penal e também das formas de interpretação e integração das normas penais.

Direito Penal Objetivo	Direito Penal Subjetivo
É o próprio ordenamento jurídico penal, ou seja, o conjunto de leis aplicáveis. Exemplo: Código Penal.	É o direito que o Estado possui de exercer a tutela penal em defesa da sociedade. É o direito de punir do Estado, o <i>ius puniendi</i> .



Refleta

A prescrição (perda do poder de punir do Estado em razão do decurso do tempo) é uma limitação ao *jus puniendi*?

FONTES DO DIREITO PENAL

As fontes do direito são as formas por meio das quais se originam a norma jurídica. No âmbito do direito penal, tem-se que as fontes podem ser formais ou materiais. Vejamos:

Formais: São responsáveis por exteriorizar o direito penal e lhe dar forma, e se dividem em **Imediatas** ou **Diretas e Mediatas ou Indiretas**.

Imediatas ou diretas: É a lei, a qual será responsável pela criação do crime e a cominação da sanção correspondente.

Mediatas ou Indiretas: Referem-se aos costumes, doutrina e jurisprudência. Ressalte-se que há doutrinadores que afirmam que os costumes são fontes de interpretação e não do Direito. Não é possível condenar alguém, por exemplo, em razão de uma regra de costume. Mas é possível interpretar uma norma proibitiva e já existente no ordenamento com base no costume.



Pesquise mais

Discute-se atualmente se os princípios gerais do direito constituem fonte material imediata ou mediata do Direito. Embora a doutrina tradicional classifique-os como fonte material mediata, a doutrina moderna entende que seria fonte material imediata, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade de diversas leis valendo-se, para tanto, de princípios. Assim, questiona-se: os princípios gerais do direito referem-se a fontes materiais imediatas ou mediatas?

Neste esteio, importante esclarecer um ponto sobre os costumes. Estes são comportamentos reiterados e uniformes tidos como obrigatórios por uma sociedade. É possível dizer que um costume revoga uma lei? Existem três correntes. Vejamos:

1ª corrente: Sim. Ocorre quando o fato passa a ser tolerado socialmente pela sociedade, aplicando-se o princípio da adequação social.

2ª corrente: Não. Quando o fato passa a ser tolerado socialmente há uma revogação tão somente material da lei.

3ª corrente: Não. Enquanto tal disposição legal não for revogada por

outra lei aquela continua vigente. Essa é a corrente majoritária.

Materiais: Em regra, somente a União pode produzir normas penais. Porém, não pode a União legislar arbitrariamente. O fundamento da Lei deve estar em consonância com a moral vigente, com as mudanças sociais ocorridas e os anseios sociais. No entanto, excepcionalmente, lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas de Direito Penal.

Agora que vimos quais são as fontes do Direito Penal, e importante entendermos que as normas constitucionais são importantes fontes formais. Segundo René Ariel Dotti (2013, p. 83), as coordenadas constitucionais representam valores, liberdades, interesses e garantias do modelo de Estado Democrático de Direito adotado pela República Federativa do Brasil que devem ser refletidos na elaboração das normas penais. “E a CF que estabelece a competência privativa da União para legislar sobre o Direito Penal e que institui princípios e regras de segurança individual e coletiva”.



Assimile

A Constituição da República de 1988 consagra em diversos dispositivos preceitos penais. No entanto, em nenhum deles cria tipos penais ou comina sanções em razão de seu rígido processo de alteração (tal processo será estudado por você na disciplina de Direito Constitucional).

As demais normas que constituem o Direito Penal são as chamadas normas infraconstitucionais, e podem ser Leis Ordinárias (que compreendem os decretos-leis e os decretos) ou Leis Complementares.

Portanto, sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito por opção constitucional, as normas infraconstitucionais devem estar em consonância com as previsões da Carta Magna.



Assimile

O Código Penal, originalmente instituído em 1940, é um Decreto-Lei (nº 2.848) que foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como Lei Ordinária. Assim, só pode ser alterado ou revogado pelo procedimento de aprovação de Lei Ordinária.

Ele é composto de duas partes: a primeira é a parte geral, objeto do nosso estudo, que estabelece princípios e regras sobre a aplicação da lei penal (arts. 1º a 12); teoria geral do crime, causas de isenção e redução de pena e excludentes de ilicitude (arts. 13 a 25); imputabilidade e inimputabilidade

penal (arts. 26 a 31); penas (arts. 32 a 95); medidas de segurança e outras disposições (arts. 96 a 99); ação penal e disposições especiais (arts. 100 a 106); e, por fim, extinção da punibilidade (arts. 107 a 120).

A segunda é a parte especial, que prevê quais são os bens jurídicos tutelados e descreve as respectivas penas para a prática de crimes que afrontem os seguintes bens jurídicos: vida, integridade corporal, saúde, liberdade, patrimônio, organização do trabalho, sentimento religioso, respeito aos mortos, costumes, família, incolumidade e saúde públicas, fé pública e administração pública.

Lembrete: como visto anteriormente, além do Código Penal há outras leis que tutelam bens jurídicos e preveem a punição de condutas consideradas delitivas: são as chamadas Leis Especiais (Lei de Drogas, Estatuto do Desarmamento, Lei Maria da Penha, Lei das Organizações Criminosas, Lei dos Crimes Hediondos, entre outras).

LEI PENAL X NORMA PENAL

Após entender a estrutura do Código Penal torna-se necessário compreender a diferença entre Lei e norma penal. Para René Ariel Dotti (2013, p. 309), “a lei é a regra jurídica escrita, instituída pelo legislador, no cumprimento de um mandato outorgado pela comunidade de cidadãos”. Enquanto a norma jurídica seria “um dispositivo que associa à verificação de determinados fatos certas consequências, no âmbito do Direito”.

Evidencie-se que as normas penais são classificadas em (DOTTI, 2013, p. 310):

Preceptivas, proibitivas ou permissivas: de acordo com a indicação de conduta, proibição ou autorização.

Primárias: contêm um imperativo de comando (fazer) ou de proibição (não fazer).

Secundárias: preveem uma sanção para o caso de descumprimento do comando.

Logo, sanção é uma consequência jurídica oriunda da desobediência do comando legal.

E quem são os destinatários da Lei Penal? Devem obediência a Lei Penal a pessoa física e em algumas situações a pessoa jurídica, como no caso dos crimes ambientais por exemplo, pois tanto as pessoas quanto as empresas vivem sob a jurisdição do Estado brasileiro.

Ainda, a norma penal pode ser completa (fechada) ou incompleta (aberta). Vejamos tais distinções:

Completa: A descrição da conduta é completa, sem que seja necessário recorrer a outras normas para interpretação. Exemplo: art. 121, CP.

Incompleta: A descrição da conduta é incompleta, necessitando de complementação valorativa ou normativa.

Tipo penal aberto: O complemento é valorativo, isto é, feito pelo Juiz ao analisar o caso concreto. Ex: 'sem justa causa', 'documento', 'culposo', etc.

Norma penal em branco: O preceito normativo é genérico e depende de complementação por outra norma já existente ou futura (lei, decreto, regulamento, circular, etc.). A norma penal em branco divide-se em:

Norma penal em branco própria/em sentido estrito/heterogênea: O complemento vem de fonte legislativa diversa. Exemplo: Lei de Drogas.

Norma penal em branco imprópria/em sentido amplo/ homogênea: O complemento decorre da mesma fonte legislativa (União). Exemplo: art. 237, CP.

Homovitelina: O complemento está no mesmo documento (ou no mesmo ramo). Exemplo: lei penal complementa lei penal - O Código Penal dispõe sobre quem é funcionário público (art. 312 e 327 do CP).

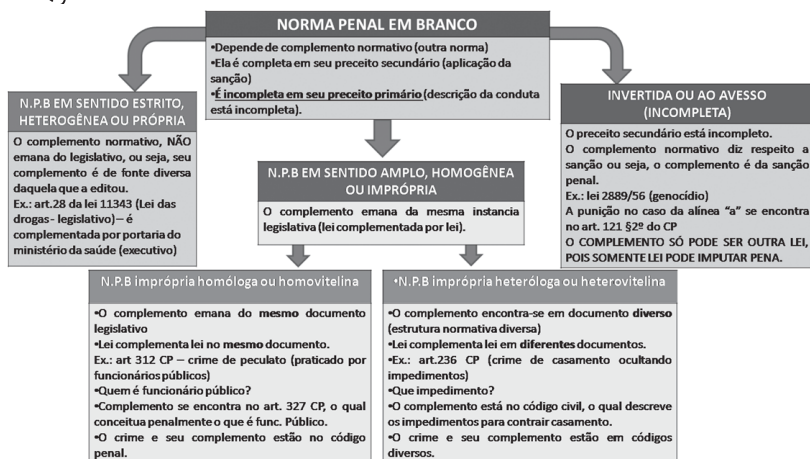
Heterovitelina: O complemento está em documento diverso (ou em ramo diverso). Exemplo: lei civil complementa lei penal - O Código Civil enumera as hipóteses de impedimento de casamento (art. 236 do CP e art. 1.521 do CC).

Norma penal em branco ao revés/às avessas/invertido/revertido: O complemento não se refere ao preceito primário, mas sim à sanção



Pesquise mais

O que é a norma penal em branco de dupla face?



Fonte: Elaborado por Kênio Barbosa de Rezende em 02/08/2016.



Refleta

A norma penal em branco heterogênea fere o princípio da legalidade?

Via de regra, a nova lei mais benéfica retroage a fatos anteriores a sua vigência para beneficiar o réu. Tratando-se de norma penal em branco, a retroatividade alcançará somente a norma principal ou também seu complemento? Existem quatro correntes doutrinárias que buscam responder a esta questão. Vejamos:

Uma primeira corrente entende que quando há alteração benéfica do complemento da norma penal em branco ela sempre deve retroagir para beneficiar o acusado, seguindo o mandamento constitucional. (CF, art. 5, XL: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”).

A segunda corrente entende que a alteração da norma penal em branco nunca retroage por não admitir a revogação das normas principais em consequência da revogação de seus complementos.

Uma terceira corrente entende que a alteração retroage ou não, dependendo das circunstâncias. Para esta corrente caso se trate de norma penal em branco homogênea (lei complementada por lei), uma vez alterado o complemento de forma benéfica haverá o efeito de retroatividade. Em se tratando de norma penal em branco heterogênea (lei complementada por outra norma) só haverá retroatividade do complemento quando provocar uma real modificação da figura abstrata; não retroagirá, todavia, quando a modificação do complemento importe a mera alteração de circunstâncias, de atualizações.

Por fim, **uma quarta corrente** defende que a alteração benéfica da norma penal em branco homogênea retroage sempre; se o caso for de norma penal em branco heterogênea, quando a legislação complementar não se revestir de caráter excepcional ou temporário (art. 3º do CP) a modificação benéfica retroage.



Assimile

O STF já se pronunciou sobre a questão, tendo o Pretório Excelso se manifestado nos seguintes termos:

Habeas corpus. - Em princípio, o artigo 3º do Código Penal se aplica a norma penal em branco, na hipótese de o ato normativo que a íntegra ser revogado ou substituído por outro mais benéfico ao infrator, não se dando, portanto, a retroatividade. Essa aplicação só não se faz quando a norma, que complementa o preceito penal em branco, importa real

modificação da figura abstrata nele prevista ou se assenta em motivo permanente, insusceptível de modificar-se por circunstâncias temporárias ou excepcionais, como sucede quando do elenco de doenças contagiosas se retira uma por se haver demonstrado que não tem ela tal característica. “Habeas corpus” indeferido. (HC 73168 / SP - SÃO PAULO Relator(a): Min. MOREIRA ALVES Julgamento: 21/11/1995)

PENAL. TRAFICO ILICITO DE SUBSTANCIA ENTORPECENTE. LEI 6368/76, ARTIGO 36. NORMA PENAL EM BRANCO. PORTARIA DO DIMED, DO MINISTÉRIO DA SAÚDE, CONTENEDORA DA LISTA DE SUBSTANCIAS PROSCRITAS. LANÇA-PERFUME: CLORETO DE ETILA. I. O paciente foi preso no dia 01.03.84, por ter vendido lança-perfume, configurando o fato o delito de trafico de substancia entorpecente, já que o cloreto de etila estava incluído na lista do DIMED, pela Portaria de 27.01.1983. Sua exclusão, entretanto, da lista, com a Portaria de 04.04.84, configurando-se a hipótese do “abolitio criminis”. A Portaria 02/85, de 13.03.85, novamente inclui o cloreto de etila na lista. Impossibilidade, todavia, da retroatividade desta. II. Adoção de posição mais favorável ao réu. III. H.C. deferido, em parte, para o fim de anular a condenação por trafico de substancia entorpecente, examinando-se, entretanto, no Juízo de 1. grau, a viabilidade de renovação do procedimento pela eventual pratica de contrabando. (HC 68904 / SP - SÃO PAULO Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO. Julgamento: 17/12/1991)

Em que pese a existência da divergência doutrinária, com base nos pronunciamentos do STF, pode-se afirmar que a alteração benéfica da norma penal irá retroagir conforme o caso concreto, da seguinte forma: quando o complemento da norma penal também for uma lei (Norma Penal em Branco homogênea) a alteração benéfica sempre retroage.

quando o complemento da norma penal for norma de outra natureza que não uma lei (Norma Penal em Branco heterogênea) só haverá retroatividade quando a alteração modificar a figura típica abstrata do delito (ex. a retirada de determinada substância da lista que proíbe a venda de drogas). Caso a alteração seja meramente atualizadora, circunstancial, a modificação não retroagirá (ex. No crime de falsificação de moeda, aquele que falsificou cruzeiros não deixa de responder pelo crime em razão da alteração da moeda para o Real).

Em se tratando de norma penal temporária ou excepcional, a alteração benéfica do complemento não retroagirá em benefício do réu, aplicando-se o disposto no art. 3 do CP



Pesquise mais

Assista esse vídeo do Prof. Rogério Sanches explicando o ponto acima abordado. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=T1ft6g0VsRPA>>. Acesso em: 3 ago. 2016.

INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DAS LEIS PENAIS

Para Bitencourt, interpretar significa alcançar o real sentido da norma jurídica (2011, p. 166).

Existem diversas modalidades de interpretação em matéria penal, quais sejam: quanto às fontes (autêntica, jurisprudencial e doutrinária), quanto aos meios (gramatical, histórica, teleológica, sistemática e progressiva) e quanto aos resultados (declarativa, extensiva e restritiva). Ainda, tem-se a forma integrativa do ordenamento jurídico, denominada analogia.

Vejamos, inicialmente, as formas de interpretação da norma jurídica e, em seguida, passemos a analogia.

Modalidades de interpretação da lei penal

a) Quanto às fontes:

Autêntica: A interpretação é feita pelo próprio Poder Legislativo, o qual emanou a lei. Exemplo: Art. 327 do CP.

Jurisprudencial: É a interpretação feita pelos Tribunais a partir da reiteração das decisões judiciais relativas a determinada norma.

Doutrinária: É a interpretação feita por doutrinadores a partir do estudo técnico de determinada norma.

b) Quanto aos meios:

Gramatical: É a interpretação feita de acordo com o sentido literal da norma, isto é, baseada no significado das palavras que a compõem.

Histórica: A interpretação é feita tendo como base a origem da lei. Tal modalidade é importante para se compreender os fundamentos e a razão da norma e dos institutos nela consagrados.

Teleológica: Interpreta-se a norma baseando-se na finalidade por ela proposta.

Sistemática: Interpreta-se a lei levando-se em consideração o ordenamento jurídico como um todo.

Progressiva: Interpreta-se a norma levando-se em consideração todos os avanços sociais, tecnológicos, medicinais, etc.

c) Quanto aos resultados:

Declarativa: Essa modalidade expressa o sentido literal da norma, isto é, o texto contém exatamente aquilo que o legislador quis dizer.

Extensiva: Ocorre quando a lei diz menos do que o legislador pretendeu, razão pela qual é necessário ampliar o alcance do texto legal.



Assimile

Cabe interpretação extensiva contra o réu? A corrente majoritária, adotada pelo STJ e STF, entende que caberá interpretação extensiva em desfavor do réu.

Restritiva: Ocorre quando a lei diz mais do que pretendeu o legislador, razão pela qual é necessário reduzir o alcance do texto legal para encontrar seu verdadeiro sentido.



Assimile

A **interpretação analógica** ocorre quando o legislador estabelece expressões genéricas e exemplificativas a fim de permitir que o intérprete encontre no caso concreto situações semelhantes. Tal forma de interpretação é importante porque o legislador não consegue prever todas as hipóteses presentes no cotidiano.

Exemplo: Art. 121. § 2º Se o homicídio é cometido: I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

Analogia

A analogia pode ser definida como um meio de integração do sistema jurídico, ou seja, em caso de lacuna legal aplica-se ao fato não regulado de modo expresse uma norma que disciplina situação semelhante.



Refleta

Qual é a distinção entre interpretação extensiva, interpretação analógica e analogia?

No direito penal pátrio só será permitida a analogia in bonam partem, ou seja, em benefício do réu, pois conforme o princípio da reserva legal, que será estudado na próxima seção, o Estado não pode impor sanção penal a fato não previsto em Lei.

A analogia in malam partem, ao contrário, é inadmissível no ordenamento jurídico penal face ao princípio da legalidade.



Faça você mesmo

Procure no ordenamento jurídico penal casos em que há aplicação da analogia in bonam partem.



Refleta

Em uma sociedade de classes, não basta que haja apenas a política penal, limitada à função punitiva do Estado; é necessária a implementação de uma política criminal voltada para transformação social e institucional, a fim de que o Estado Democrático de Direito possa se tornar uma realidade efetiva.

Saber que existem o Código Penal, as penas e as prisões superlotadas faz com que você se sinta seguro?



Vocabulário

Precípua: característica do que é principal e essencial.

Jurisprudência: termo jurídico que significa o conjunto das decisões, aplicações e interpretações das leis proferidas pelos Tribunais pátrios.

Súmula: conjunto de acórdãos de um mesmo Tribunal indicando a reiterada interpretação do preceito jurídico em tese. Seu efeito pode ser obrigatório, no caso de súmulas vinculantes, sendo que nos demais enunciados sumulares será apenas persuasivo.. Sugere o padrão da jurisprudência do Tribunal, sintetizando a orientação daquele órgão em relação à matéria discutida.



Exemplificando

Vamos analisar a decisão a seguir e depois entender o que ocorreu: HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE PESSOAS. APLICAÇÃO DA MAJORANTE PREVISTA NO PARÁGRAFO 2º, INCISO II, DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 157 DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 442 DESTA E. CORTE. ORDEM DENEGADA. 1. Se existe previsão legal para o crime de furto qualificado pelo concurso de pessoas, não pode o julgador aplicar à espécie a majorante do crime de roubo. 2. A analogia em Direito Penal só pode ser utilizada na ausência de norma regulamentadora ou na presença de lacuna na lei. 3. O v. acórdão vergastado está em consonância com a jurisprudência e a matéria foi recentemente sumulada por este E. Tribunal Superior, não caracterizada, em consequência, a coação ilegal descrita na inicial. 4. Ordem denegada. (STJ - HC: 138245 MS 2009/0107692-2, Relator: Ministro

CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Julgamento: 01/06/2010, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/06/2010)

No caso, houve a prática do crime de furto qualificado, previsto no art. 155 do Código Penal, em concurso de pessoas, ou seja, executado por vários autores. O juiz, ao determinar a pena, aplicou a causa do aumento de pena do roubo qualificado, previsto no art. 157, parágrafo 2º, inciso II, do CP, o que não é permitido: i) primeiro porque já existe previsão legal específica; ii) segundo: porque já havia súmula do STJ proibindo a aplicação; iii) terceiro, porque é vedada a analogia in malam partem, em prejuízo do acusado.

Súmula 442: “É inadmissível aplicar, no furto qualificado, pelo concurso de agentes, a majorante do roubo”.



Faça você mesmo

Analise a jurisprudência a seguir e considere o conteúdo estudado na seção para interpretar a decisão e reescrevê-la com suas palavras:

“No sistema constitucional vigente, só a lei em sentido estrito pode criar crimes e penas criminais na esfera do Direito Penal Comum” (TRF – RTFR 149/277).

Sem medo de errar

Nesta Seção 1.1, foi proposta a você a seguinte situação-problema: Bruno e Tiago agiram em conjunto para subtrair o aparelho celular de Antonio, um iPhone de última geração. Após responderem o processo pela prática do furto, previsto no art. 155, do CP, foram condenados, porém, com a causa de aumento de pena em razão do concurso de pessoas, prevista para o crime de roubo, conforme art. 157, parágrafo 2º, inciso II, do CP. Durante todo o processo, Bruno e Tiago foram representados por um advogado dativo, ou seja, nomeado pelo juiz. Preocupados com a situação, os familiares de Bruno e Tiago se reuniram e contrataram Beatriz, uma advogada recém-aprovada no exame de ordem, para assumir o processo. Assim, o primeiro desafio de Beatriz é verificar por que o Juiz fundamentou sua decisão na analogia e se esta decisão está correta.

Para ajudar Beatriz a solucionar a questão, é preciso que você percorra o caminho dialógico exposto a seguir:

1. Identificar em quais situações é permitida a utilização da analogia no ordenamento penal pátrio.

2. Analisar o tipo penal do furto, previsto no art. 155, do Código Penal.
3. Analisar o tipo penal do roubo, previsto no art. 157, do Código Penal.
4. Conhecer a Súmula nº 442, do STJ – Superior Tribunal de Justiça.



Lembre-se

No Direito Penal Pátrio, só será permitida a analogia in bonam partem, ou seja, em benefício do réu.



Atenção

Código Penal:

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

§ 5º - A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.

Furto de coisa comum

Art. 156 - Subtrair o condômino, co-herdeiro ou sócio, para si ou para outrem, a quem legitimamente a detém, a coisa comum:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

§ 1º - Somente se procede mediante representação.

§ 2º - Não é punível a subtração de coisa comum fungível, cujo valor não excede a quota a que tem direito o agente.

Roubo

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer

meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

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

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

§ 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade:

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma; II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;

- se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância.

- se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior;

- se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.

§ 3º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa.

Súmula 442 do STJ – Superior Tribunal de Justiça:

“É inadmissível aplicar, no furto qualificado, pelo concurso de agentes, a majorante do roubo”.

Considerando que a analogia só pode ser utilizada em benefício do réu e que há previsão de qualificadora específica para o caso de furto mediante concurso de agentes (inclusive, há Súmula do STJ versando sobre a questão), Beatriz deverá apresentar recurso para reformar a decisão do juiz, que foi proferida em desconformidade com as regras do ordenamento jurídico penal.

Avançando na prática

Noções, fontes, interpretação e princípios de Direito Penal

Descrição da situação-problema

Considere que uma lei penal em branco, que verse sobre crimes contra a economia popular, seja promulgada para vigorar por certo tempo ou condição, logo em seguida, ou seja, posteriormente à sua entrada em vigor, surja uma portaria estabelecendo o valor dos produtos por ela acobertados. Agora, imagine que um comerciante que pratique a venda destes produtos por preço superior ao previsto no tabelamento seja julgado e condenado pela prática do crime. Porém, surge uma nova portaria que aumenta o preço dos produtos, inclusive para valor superior ao cobrado pelo comerciante.

Na situação hipotética retratada, aplicar-se-á ou não o princípio da retroatividade da lei penal em benefício do agente?

Resolução da situação-problema

Não. Isso porque o artigo da lei de crimes contra a economia popular (art. 2º, VI, da Lei n. 1521/51) reveste-se de caráter de excepcionalidade e, portanto, não retroage.



Lembre-se

Normas penais em branco são aquelas cujo preceito normativo é genérico e depende de complementação por outra norma já existente ou futura (lei, decreto, regulamento, circular etc.).



Atenção

A questão da ultratividade das leis temporárias ou excepcionais, que vigem por determinado período, será analisada em seções posteriores.



Faça você mesmo

Sabe-se que há várias modalidades de norma penal em branco. Assim, convido você a identificá-las e a pesquisar exemplos práticos.

Faça valer a pena

1. Analise as assertivas e assinale a alternativa correta:

I – Pode-se dizer que, além das disciplinas que compõem o sistema jurídico penal, temos outras duas importantes disciplinas relacionadas com a ciência criminal: a criminologia e a política criminal.

II – A analogia, que pode ser definida como um meio de autointegração da lei, pode ser utilizada indiscriminadamente em matéria penal.

III – Tanto a União quanto os Estados da Federação podem legislar em matéria penal, desde que as normas não sejam de caráter arbitrário e contrárias à Constituição.

- a) Apenas I está correta.
- b) Apenas II está correta.
- c) Apenas III está correta.
- d) Todas estão corretas.
- e) Nenhuma está correta.

2. Analise as assertivas e assinale a alternativa correta:

I – As normas penais podem ser classificadas em preceptivas, proibitivas, permissivas, primárias ou secundárias, conforme o comando e previsão de sanção.

II – Quando falamos de matéria penal, não há diferença entre interpretação e integração da norma, que sempre precisará ser interpretada e completada por outra norma para que possa ser aplicada.

III – As fontes materiais representam a fonte de produção das normas propriamente dita. Somente o Estado (União) pode produzir normas penais, não havendo nenhuma exceção.

- a) Apenas I e II estão corretas.
- b) Apenas I e III estão corretas.
- c) Apenas II e III estão corretas.
- d) Todas estão corretas.
- e) Nenhuma está correta.

3. Analise as assertivas e assinale a alternativa correta:

I – As normas penais incompletas são aquelas em que apenas a sanção a ser aplicada pela prática da conduta está descrita em outra norma indicada no próprio texto legal e já existente.

II – As normas penais em branco são uma espécie de norma penal incompleta, que pode ser complementada em sentido amplo ou em sentido estrito.

III – As normas penais em branco, dependendo do tipo de complemento, podem ser classificadas em sentido estrito ou sentido amplo.

- a) Apenas I e II estão corretas.
- b) Apenas I e III estão corretas.
- c) Apenas II e III estão corretas.
- d) Todas estão corretas.
- e) Nenhuma está correta.

Princípios fundamentais do Direito Penal

Diálogo aberto

Caro aluno,

Na seção anterior, você pôde compreender os conceitos iniciais e essenciais para o estudo do Direito Penal, como sua função no Estado Democrático de Direito, objeto, limites, fontes de interpretação e modalidades de lei penal.

Foi possível verificar que o Direito Penal passou por inúmeras transformações ao longo da história e que sua função primordial é a defesa dos bens jurídicos tutelados. Tais bens jurídicos não podem ser escolhidos arbitrariamente pelo Estado, sob pena de afronta à ordem constitucional vigente e à segurança jurídica, ou seja, o *jus puniendi*, que é o direito de punir do Estado, deve ser exercido conforme os direitos e garantias vigentes.

Agora você conhecerá quais são os princípios aplicáveis ao Direito Penal. Os princípios são importantes ferramentas de interpretação da lei e também exercem papel de destaque na elaboração das normas, pois representam as conquistas políticas, históricas e sociais do Estado brasileiro. Estão previstos em sua maioria na própria Constituição e, muitas vezes, decorrem de Convenções e Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Foi apresentada a você na última seção uma situação-problema em que Bruno e Tiago agiram em conjunto para subtrair o aparelho celular de Antonio. Após responderem ao processo pela prática do crime de furto, previsto no art. 155, do CP, foram condenados pelo crime, mas com a causa de aumento de pena em razão do concurso de pessoas, prevista para o crime de roubo, conforme art. 157, parágrafo 2º, inciso II, do CP. O juiz fundamentou sua decisão na possibilidade de aplicação de analogia no Direito Penal, e a você coube a tarefa de auxiliar Beatriz, uma advogada recém-formada, a encontrar um fundamento para recorrer da condenação.

Ao tratar da analogia enquanto mecanismo de integração da norma penal, você aprendeu que ela só poderá ser utilizada em caso de lacuna da lei e sempre em benefício do acusado. Portanto, no caso proposto, o juiz agiu em equívoco ao aplicar a qualificadora do crime de roubo, tipo penal mais grave que o crime de furto, quando o próprio crime de furto já prevê aumento de pena para a situação.

Diante disso, apresento a você uma nova situação-problema: imagine que, após a condenação, o juiz determinou a transferência de Bruno e Tiago, com

a concordância do Ministério Público, para uma Penitenciária em cidade diversa, pois onde residem e praticaram o crime não há Penitenciária, mas tão somente uma Cadeia Pública, que está superlotada. Alegando violação do direito à assistência familiar, os parentes de Bruno e Tiago procuram Beatriz, solicitando que na qualidade de advogada tome as providências cabíveis para impedir a transferência. Para auxiliar Beatriz, você precisará identificar o princípio utilizado pelo magistrado para fundamentar a transferência e, assim, verificar se a decisão foi adequada.

Para solucionar a situação-problema, você precisará:

1º Compreender os princípios penais trabalhados na seção e a função de cada um para o Direito Penal.

2º Descobrir se o direito à assistência familiar é um direito absoluto ou se pode ser relativizado em prol do interesse público.

3º Verificar na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) se para cada tipo de prisão (preso provisório – aguardando a decisão do juiz; preso permanente – já sofreu condenação) há uma modalidade de estabelecimento prisional adequado.

Não pode faltar

Afirma Kaufmann (apud BATISTA, 2005, p. 61) que “toda legislação positiva pressupõe sempre certos princípios gerais do direito”. É papel dos princípios auxiliar na compreensão e interpretação do significado político, histórico e social do sistema jurídico. Os princípios representam os limites mínimos para elaboração e aplicação das normas penais de acordo com as premissas do Estado Democrático de Direito.

Vários princípios, dada sua importância para a humanidade, são reconhecidos no âmbito internacional, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.



Assimile

É importante assimilar que os Tratados Internacionais e as Convenções são fontes do Direito Internacional. A Emenda Constitucional 45/2004 conferiu aos Tratados Internacionais **que versarem sobre Direitos Humanos** o patamar de norma constitucional, veja só:

Constituição Federal Art. 5º -

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos,

por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

A mudança trazida pela EC 45/2004 se deve à concepção contemporânea dos direitos humanos. A constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos tem como fim a valorização de uma ordem jurídica cada vez mais garantista e preocupada com a eficácia dos direitos e garantias individuais, que ocupam o status de cláusula pétreia.

Como se vê, os princípios ocupam lugar de destaque na Constituição Federal, conforme será comprovado ao longo dos estudos da seção.

Vejamos alguns princípios basilares do Direito Penal:

1) Princípio da reserva legal ou da legalidade: esse princípio é o núcleo de qualquer sistema penal que tenha como fim a racionalidade e a justiça, ou seja, que aspire à segurança jurídica. Encontra-se previsto no art. 1º, do CP, e no art 5º, inciso XXXIX, da CF, que assim prevê: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. No latim “*nullum crimen nulla poena sine lege*”.

Esse princípio é responsável por importantes desdobramentos:

a – princípio da anterioridade da lei penal: não há crime nem pena sem lei prévia (art. 2º do CP).

b – os crimes e as penas devem estar previstos em lei, ou seja, formalizados por escrito. O costume por si só não pode ensejar punição, pois não cria crimes.

c – princípio da taxatividade: o crime deve ser definido de forma clara e precisa, pois a norma penal deve ser estrita e certa. A incriminação não pode ser genérica, vaga, imprecisa ou indeterminada, sob pena de afronta ao princípio da reserva legal.



Pesquise mais

Existe distinção entre legalidade e reserva legal? Se sim, qual?

Como você pôde perceber, o princípio da reserva legal, incorporado no ordenamento jurídico pátrio com o Código Penal do Império, de 1830, tem como fundamento político a garantia constitucional de proteção dos cidadãos contra os abusos e arbítrios da máquina penal, em especial os atos do legislador ao definir condutas a serem punidas.



Refleta

O princípio da legalidade se aplica às contravenções penais e às medidas de segurança?

2) Princípio da intervenção mínima: o Direito Penal, enquanto sistema formal de controle social do delito, deve ser reservado para os casos de grave ofensa ou ataque aos bens jurídicos considerados mais relevantes. Ou seja, o Direito Penal deve ser a última medida adotada pelo Estado para coibir a prática de atos delituosos e proteger os bens jurídicos (*ultima ratio*). Apenas na impossibilidade de os demais ramos do Direito protegerem o bem é que o Direito Penal deverá ser acionado. Por sua vez, as perturbações leves da ordem jurídica devem ser objeto de outros ramos do direito, pois a pena é o meio mais extremo de intervenção na liberdade do indivíduo. Portanto, decorre deste princípio a subsidiariedade e fragmentariedade do Direito Penal.



Lembre-se

O Direito Penal deve ser reservado apenas para situações em que outras disciplinas do direito não apresentem solução, ou seja, para casos de ofensa gravosa a bens jurídicos relevantes.

3) Princípio da lesividade ou ofensividade: segundo esse princípio, só poderá ser objeto de punição o comportamento que no mínimo coloque em perigo bem jurídico relevante tutelado. Condutas internas ou individuais, embora sejam pecaminosas, imorais, escandalosas ou diferentes do senso comum, estão destituídas de lesividade e, portanto, não estão aptas a legitimar a intervenção penal.

4) Princípio da humanidade: decorre do mesmo processo histórico que originou os princípios da legalidade e da intervenção mínima, e tem como fim a racionalidade e a proporcionalidade da pena aplicada, devendo ser observado tanto na fase de cominação e aplicação da pena quanto na fase de execução. Dispõe a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XLVII, que não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, inciso XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

Como se vê, o princípio da humanidade assegura aos presos o respeito à dignidade,



Pesquise mais

Pesquise sobre o regime disciplinar diferenciado (RDD) e responda: tal sanção afronta o princípio da humanidade?

além da integridade física e moral. Determina, ainda, que a pena seja cumprida em estabelecimentos distintos, compatíveis com a natureza e gravidade do delito, idade, sexo e antecedentes do acusado/ condenado.

As presidiárias, por exemplo, têm assegurado o direito de permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5º, incisos XLVIII, XLIX e L, da CF).



Assimile

1. Em razão do princípio da humanidade, é vedada no Brasil a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada. Determina o artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal, que não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, inciso XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.
2. O Brasil é um dos países signatários da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1984 - ratificada pelo Brasil em 28.09.1989.
3. Pela sua própria natureza, o princípio da humanidade é incompatível com a concepção da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Em 2014, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 548.181, afastou a tese da dupla imputação e admitiu a responsabilidade penal exclusiva da pessoa jurídica por crimes ambientais, independente da responsabilização da pessoa física do representante da empresa.

5) Princípio da Culpabilidade: De modo simples, pode-se dizer que o princípio da culpabilidade impõe uma análise subjetiva da responsabilidade penal, isto é, se o resultado advém de dolo ou culpa. Tal princípio consiste numa vedação à responsabilidade penal objetiva.



Refleta

A rixa qualificada pela lesão grave ou morte é uma exceção ao princípio da culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro?

6) Princípio da intranscendência: A pena não pode passar da pessoa do acusado. A responsabilidade penal é sempre pessoal (art. 5º, inciso XLV, CF).

7) Princípio da individualização da pena: É a individualização judicial, a obrigatoriedade de que a pena aplicada considere a pessoa individualmente e concretamente, levando em consideração o comportamento, as experiências sociais e as oportunidades do acusado ou condenado, quando em fase de cumprimento da pena. Portanto, a imposição da pena deve levar em consideração critérios subjetivos, visto que os indivíduos praticam crimes imbuídos de sentimentos, condições e características diversas, que devem ser ponderadas na dosimetria da pena.



Pesquise mais

Sugestões para aprofundar seus conhecimentos:

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. São Paulo: Vozes, 2001.

BONESANA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: CD, 2002.

Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2015. (A Declaração é composta por 30 artigos de fácil compreensão que versam sobre o ideal comum a ser atingido por todos os povos e nações para satisfação integral dos indivíduos).

FILME: **A vida de David Gale**. Direção: Alan Parker. Roteiro: Charles Randolph. EUA, 2004. (100 min); língua inglesa; drama. (O filme auxilia na reflexão sobre a pena morte, tão discutida atualmente).



Exemplificando

Vamos analisar a decisão a seguir e depois entender o que ocorreu: “A simples referência aos critérios do art. 59 do Código Penal equivale à ausência de fundamentação da individualização da pena, que reclama a indicação da base empírica a partir da qual cada um dos padrões legais tenha sido levado em conta, a benefício ou em prejuízo do acusado” (STF

– HC 74.951 – Rel. Ministro Sepúlveda Pertence).

Dispõe o art. 59, do CP que: O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário

e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

No caso retratado, o STF reconheceu em sede de habeas corpus que o juiz, ao aplicar a pena ao acusado, não respeitou o princípio da individualização da pena, na medida em que não fundamentou a condenação com base nas características do caso concreto, mas simplesmente fez menção ao art. 59 do CP, o que é inadmissível.



Faça você mesmo

Analise a jurisprudência a seguir e considere o conteúdo estudado na seção para interpretar a decisão e reescrevê-la com suas palavras:

“Individualização da pena significa ensejar ao juiz definir a qualidade e a quantidade da pena, nos limites da cominação legal. Imperativo de justiça e de boa aplicação da sanção penal. Inconstitucional, por isso, a lei ordinária impor, inflexivelmente, que a pena será cumprida integralmente em regime fechado. A individualização compreende três etapas: cominação, aplicação e execução” (STJ – Resp 48.719-6).

Sem medo de errar

Nesta Seção 1.2, foi proposta a você a seguinte situação-problema: imagine que, após a condenação, o juiz determinou a transferência de Bruno e Tiago, com a concordância do Ministério Público, para uma Penitenciária em cidade diversa, pois onde residem e praticaram o crime não há Penitenciária, mas tão somente uma Cadeia Pública, que está superlotada. Alegando violação do direito à assistência familiar, os parentes de Bruno e Tiago procuram Beatriz, solicitando que na qualidade de advogada tome as providências cabíveis para impedir a transferência. Para ajudar Beatriz, seu desafio é identificar o princípio utilizado pelo magistrado para fundamentar a transferência e, conseqüentemente, verificar se a decisão foi adequada ao caso concreto.

A fim de auxiliar Beatriz a solucionar a situação-problema, é preciso que você percorra o caminho a seguir:

1º Compreender os princípios penais trabalhados na seção e a função de cada um para o Direito Penal.

2º Descobrir se o direito à assistência familiar é um direito absoluto ou se pode ser relativizado em prol do interesse público.

3º Verificar na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) se para cada tipo de prisão (preso provisório – aguardando a decisão do juiz; preso permanente – já sofreu condenação) há uma modalidade de estabelecimento prisional adequado.



Lembre-se

Dentre os princípios fundamentais do Direito Penal, encontra-se o princípio da humanidade das penas, que visa assegurar aos presos o respeito à dignidade, além da integridade física e moral. Determina, ainda, que a pena seja cumprida em estabelecimentos distintos, compatíveis com a natureza e gravidade do delito, idade, sexo e antecedentes do acusado/condenado.



Atenção

Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210/84 Art. 82. Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso.

§ 1º A mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal.

§ 2º - O mesmo conjunto arquitetônico poderá abrigar estabelecimentos de destinação diversa desde que devidamente isolados.

Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

§ 1º Haverá instalação destinada a estágio de estudantes universitários.

§ 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.

§ 3º Os estabelecimentos de que trata o § 2o deste artigo deverão possuir, exclusivamente, agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas.

§ 4º Serão instaladas salas de aulas destinadas a cursos do ensino básico e profissionalizante.

§ 5º Haverá instalação destinada à Defensoria Pública.

Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.

§ 1º Os presos provisórios ficarão separados de acordo com os seguintes critérios:

I - acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados;

II - acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;

III - acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nos incisos I e II.

§ 2º O preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal, ficará em dependência separada.

§ 3º Os presos condenados ficarão separados de acordo com os seguintes critérios:

I - condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados;

II - reincidentes condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;

III - primários condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;

IV - demais condenados pela prática de outros crimes ou contravenções em situação diversa das previstas nos incisos I, II e III.

§ 4º O preso que tiver sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada pela convivência com os demais presos ficará segregado em local próprio.

Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

Parágrafo único. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades.

Art. 86. As penas privativas de liberdade aplicadas pela Justiça de uma Unidade Federativa podem ser executadas em outra unidade, em estabelecimento local ou da União.

§ 1º A União Federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher os condenados, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado.

§ 2º Conforme a natureza do estabelecimento, nele poderão trabalhar os liberados ou egressos que se dediquem a obras públicas ou ao aproveitamento de terras ociosas.

§ 3º Caberá ao juiz competente, a requerimento da autoridade administrativa, definir o estabelecimento prisional adequado para abrigar o preso provisório ou condenado, em atenção ao regime e aos requisitos estabelecidos.

Da Penitenciária

Art. 87. A penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado.

Parágrafo único. A União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios poderão construir Penitenciárias destinadas, exclusivamente, aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, sujeitos ao regime disciplinar diferenciado, nos termos do art. 52 desta Lei.

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

- a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
- b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo:

- I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e
- II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável.

Art. 90. A penitenciária de homens será construída, em local afastado do centro urbano, à distância que não restrinja a visitação.

Da Colônia Agrícola, Industrial ou Similar

Art. 91. A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semiaberto.

Art. 92. O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos da letra a, do parágrafo único, do artigo 88, desta Lei.

Parágrafo único. São também requisitos básicos das dependências coletivas:

- a) a seleção adequada dos presos;
- b) o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena.

Da Casa do Albergado

Art. 93. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.

Art. 94. O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga.

Art. 95. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras.

Parágrafo único. O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados.

Do Centro de Observação

Art. 96. No Centro de Observação realizar-se-ão os exames gerais e o

criminológico, cujos resultados serão encaminhados à Comissão Técnica de Classificação.

Parágrafo único. No Centro poderão ser realizadas pesquisas criminológicas.

Art. 97. O Centro de Observação será instalado em unidade autônoma ou em anexo a estabelecimento penal.

Art. 98. Os exames poderão ser realizados pela Comissão Técnica de Classificação, na falta do Centro de Observação.

Do Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico

Art. 99. O Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico destina-se aos inimputáveis e semi-imputáveis referidos no artigo 26 e seu parágrafo único do Código Penal.

Parágrafo único. Aplica-se ao hospital, no que couber, o disposto no parágrafo único, do artigo 88, desta Lei.

Art. 100. O exame psiquiátrico e os demais exames necessários ao tratamento são obrigatórios para todos os internados.

Art. 101. O tratamento ambulatorial, previsto no artigo 97, segunda parte, do Código Penal, será realizado no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou em outro local com dependência médica adequada.

Da Cadeia Pública

Art. 102. A cadeia pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios.

Art. 103. Cada comarca terá, pelo menos 1 (uma) cadeia pública a fim de resguardar o interesse da Administração da Justiça Criminal e a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar.

Art. 104. O estabelecimento de que trata este Capítulo será instalado próximo de centro urbano, observando-se na construção as exigências mínimas referidas no artigo 88 e seu parágrafo único desta Lei.

A partir da compreensão do objeto de proteção do princípio da humanidade, bem como da leitura dos artigos recomendados da Lei de Execução Penal, é possível constatar que a simples alegação de violação do direito à assistência familiar não configura constrangimento ilegal, pois não se trata de direito absoluto, mormente quando em confronto com o interesse público presente no caso, tendo em vista a inexistência de penitenciária na cidade de Bruno e Tiago e a necessidade de garantia da dignidade da pessoa humana, assegurada pelo princípio da humanidade, pois a única Cadeia Pública existente está superlotada.

Avançando na prática

Princípios fundamentais do direito penal

Descrição da situação-problema

Imagine a seguinte situação-problema: Beatriz, inconformada com o término de seu namoro e com o fato de seu ex-namorado Victor ter enviado

via WhatsApp vídeos e fotos comprometedoras do casal a todos os colegas, resolve se suicidar e ingere um tipo de veneno para controle de pragas. Ocorre que a quantidade de veneno ingerida é insuficiente para causar a morte de Beatriz, que é socorrida a tempo por seus pais. Pergunta-se: a tentativa de suicídio praticada por Beatriz será punida? Por quê?

Analisar o princípio da lesividade, bem como o art. 122 do CP.

Resolução da situação-problema

De acordo com o princípio da lesividade, o Direito Penal não pode intervir em situações cujo comportamento não afronte direito de terceiros. Não cabe ao Direito Penal a educação moral dos indivíduos.

Beatriz agiu em prejuízo próprio, não podendo ser punida pela tentativa.

Só será punido pelo crime de suicídio consumado ou tentado o agente que auxilia a vítima. A vítima do suicídio, como age contra si própria, não será punida em nenhuma situação.

Além do mais, o suicídio não é tipificado como crime no Brasil e a justificativa para tal (no caso de tentativa) é o princípio da lesividade, isto é, somente será possível punir uma conduta que lese direitos de terceiros. Tratando-se de conduta gravosa a si próprio não haveria razão para se criminalizar. No entanto, sendo caso de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, há previsão legal constante no art. 122 do CP.



Pesquise mais

Observe-se que em razão da situação caótica que se encontra o sistema penitenciário brasileiro o STF editou a súmula vinculante n. 57 que tendo como precedente o RE 641320 (repercussão geral) estabeleceu o direito ao sentenciado de cumprir pena em regime menos grave por ausência de vaga no estabelecimento penal. no regime estabelecido pelo juiz.



Faça você mesmo

A posse para o uso de drogas, prevista no art. 28 da Lei 11.343/06, embora tenha sido despenalizada, ainda constitui crime. Tal tipificação fere o princípio da lesividade ou ofensividade.

Analise o art. 28 da Lei de Drogas (Lei nº 11.346/2003) de acordo com as premissas do Princípio da Lesividade e, com suas palavras, explique por que não há punição propriamente grave para o uso de drogas.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente, a:

I - admoestação verbal; II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Faça valer a pena

1. Esse princípio é o núcleo do sistema penal e garante que ninguém será processado ou punido por crime que não esteja previamente definido em lei:

- a) Princípio da intervenção mínima.
- b) Princípio da reserva legal.
- c) Princípio da humanidade.
- d) Princípio da individualização da pena.

2. Analise as assertivas a seguir e assinale a alternativa que apresenta o conceito do princípio da reserva legal:

- a) Não há crime sem lei que o defina; não há pena sem prévia cominação legal.
- b) A pena só pode ser imposta a quem, agindo com dolo ou culpa, e merecendo juízo de reprovação, cometeu um fato típico e antijurídico.
- c) A criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico.
- d) Nenhuma pena passará da pessoa do condenado.
- e) A pena deve estar proporcionada ou adequada à magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e à medida de segurança à periculosidade criminal do agente.

3. Com base no princípio da anterioridade da lei, assinale a alternativa correta:

- a) O Direito Penal intervém somente nos casos de maior gravidade, protegendo uma parte dos interesses jurídicos.
- b) Para que haja crime e seja imposta pena, é preciso que o fato tenha sido cometido após a entrada em vigor da lei que o define como conduta delituosa.
- c) A lei posterior mais severa tem efeito ex nunc.
- d) Apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal, não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada.
- e) O Direito Penal só deve ser aplicado quando a conduta defende um bem jurídico, não sendo suficiente que seja imoral ou pecaminosa.

Princípios do Direito Penal

Diálogo aberto

Caro aluno,

Na seção anterior, você aprendeu alguns princípios fundamentais do Direito Penal: reserva legal; intervenção mínima; lesividade; humanidade; culpabilidade. Foi possível perceber a importância desses princípios para a compreensão e interpretação das normas penais e do significado histórico, político e social do ordenamento jurídico penal, cujas bases repousam na Constituição Federal e têm como fim a construção e a efetividade do Estado Democrático de Direito.

A partir do estudo dos princípios fundamentais, você pôde compreender os pilares do Direito Penal e suas consequências práticas para a aplicação das normas penais. Em razão do princípio da reserva legal, ninguém poderá ser punido por crime não definido por lei anterior e cuja pena não possua prévia cominação legal. O princípio da intervenção mínima impõe que o Direito Penal seja reservado apenas para os casos de ofensa grave aos bens jurídicos tutelados, e dele decorrem outros dois princípios, a saber, da subsidiariedade e fragmentariedade do Direito Penal. Já o princípio da lesividade exprime que só poderá ser objeto de punição o comportamento que no mínimo coloque em perigo um bem jurídico relevante tutelado. O princípio da humanidade, por sua vez, impõe a racionalidade na aplicação da pena, de modo que são proibidas penas cruéis e degradantes. Por fim, o princípio da culpabilidade determina uma análise subjetiva da responsabilidade penal, ou seja, a pena deve ser aplicada no caso concreto de acordo com os limites legais. Derivam da culpabilidade outros dois importantes princípios: da intranscendência e da individualização da pena.

Nesta seção, você continuará conhecendo e aprendendo sobre outros princípios aplicáveis ao Direito Penal. Não se esqueça de que, além de auxiliar na interpretação das normas, os princípios também são importantes ferramentas na elaboração das leis, sendo que estão previstos em grande parte na Constituição e, muitas vezes, decorrem de Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Foi apresentada a você na última seção uma situação-problema em que, após a condenação, o juiz determinou a transferência de Bruno e Tiago, com a concordância do Ministério Público, para uma Penitenciária em cidade diversa, pois onde residem e praticaram o crime não há penitenciária e a

Cadeia Pública está superlotada. Alegando violação do direito à assistência familiar, os parentes de Bruno e Tiago procuraram Beatriz, advogada dos réus, solicitando que tomasse as providências cabíveis para impedir a transferência. A situação-problema era: qual foi o princípio utilizado pelo magistrado para fundamentar a transferência? A decisão foi adequada?

Ao auxiliar Beatriz, foi possível perceber que o princípio da humanidade determina que a pena aplicada, bem como o seu cumprimento, devem obedecer a critérios racionais e proporcionais, ou seja, não são permitidas penas cruéis ou degradantes. Na situação-problema proposta, o juiz agiu discricionariamente ao transferir os dois presos para um estabelecimento prisional em outra cidade. O direito à assistência familiar não é absoluto, tendo em vista o interesse público envolvido. No caso, a superlotação do sistema penitenciário permitiu a transferência para outro município como medida para garantir a dignidade e a integridade física e psicológica dos condenados no cumprimento da pena, de modo que a decisão foi corretamente fundamentada no princípio da humanidade.

No entanto é preciso lembrar do enunciado sumular vinculante n. 57 do STF que analisamos anteriormente na Seção 1.2. Diante disso, apresento a você a situação-problema desta seção: imagine que, no dia em que Antonio registrou o boletim de ocorrência pelo furto de seu aparelho celular, praticado em conjunto por Bruno e Tiago, erroneamente o Delegado instaurou dois inquéritos policiais pelo mesmo fato. Assim, já condenados e cumprindo pena pelo furto do celular de Antonio mediante concurso de agentes, Bruno e Tiago são novamente citados para responder outra ação penal pelo mesmo fato. Sem entender o que ocorreu, Bruno e Tiago entram em contato com Beatriz, advogada recém-formada que os representa, para que ela esclareça a situação. Para auxiliar Beatriz, você deve investigar se é possível responder a dois processos pelo mesmo fato. Além disso, será preciso responder: qual princípio irá embasar o pedido de trancamento da nova ação penal, ou seja, qual princípio permite encerrar o novo processo?

Para ajudar Beatriz a solucionar a situação-problema você precisará:

- 1º Compreender os princípios penais trabalhados na seção e a função de cada um para o Direito Penal.
- 2º Descobrir se há possibilidade de mover mais de uma ação penal pelo mesmo fato e qual é o princípio aplicável a esse tipo de situação.
- 3º Entender que há diferença entre ser denunciado duas vezes por causa do mesmo fato, ou seja, responder a um processo criminal pelo mesmo fato duas vezes, e responder a mais de um processo criminal pelo mesmo tipo de crime, mas em razão de fatos (condutas e resultados) diversos.

Agora que você conheceu a situação-problema proposta, é importante que faça a leitura desta seção para aprender sobre novos princípios e auxiliar Beatriz a descobrir de que modo poderá ajudar Bruno e Tiago.

Não pode faltar

1) Princípio da Lesividade ou ofensividade: Este princípio impõe que para a punição de uma conduta deve esta ser efetivamente gravosa, ou seja, ela deve ofender e provocar uma lesão real e concreta ao bem jurídico tutelado. Sua previsão no ordenamento jurídico é implícita. Ademais, somente poderá ser objeto de punição o comportamento que afronte o direito de outros indivíduos. Não cabe ao direito penal ou muito menos está ele legitimado para a educação moral dos indivíduos. Condutas internas ou individuais, embora sejam pecaminosas, imorais, escandalosas ou diferentes do senso comum, estão destituídas de lesividade e, portanto, não estão aptas a legitimar a intervenção penal.



Refleta

Considerando o princípio da ofensividade, é possível dizer que os crimes de perigo abstrato são inconstitucionais? Por quê?

Note que o princípio da ofensividade é um importante limitador do direito de punir do Estado (*jus puniendi*), visto que objetiva impedir a criminalização ou a punição de condutas reconhecidas como inofensivas. É um importante instrumento para os aplicadores, pois permite adequar a norma ao caso concreto, evitando que as imperfeições legislativas repercutam no caso concreto.



Assimile

A posse ou o porte de arma desmuniçada configura crime? Para o STJ e STF, sim. Por se tratar de crime de perigo abstrato, a mera posse ou porte de arma desmuniçada configura crime, tendo em vista que o bem jurídico tutelado é a segurança pública e a paz social.

Veja recente decisão do STF sobre a inexistência de crime quando o agente porta uma munição como pingente. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=316821>>. Acesso em: 11 ago. 2016.



Faça você mesmo

Pesquise na doutrina e na jurisprudência as seguintes questões: constitui crime quando o agente porta somente a munição sem a arma? E quando a arma está quebrada? A arma deve ter sido apreendida e periciada?

2) Princípio da Insignificância ou Bagatela: Trata-se de uma construção jurisprudencial, ou seja, não está previsto no ordenamento jurídico pátrio e decorre de reiteradas decisões dos Tribunais. Ademais, tal princípio só pode ser aplicado de acordo com as características do caso concreto. Está sedimentado no pressuposto da tipicidade penal material, isto é, será insignificante aquela conduta que não lesionar um bem jurídico penalmente protegido. Portanto, a natureza jurídica do princípio da insignificância é de causa supralegal de exclusão da tipicidade material.



Pesquise mais

Qual é a distinção entre o princípio da insignificância e a infração bagatelar imprópria?

A aplicabilidade do princípio da insignificância deve ser analisada diante do caso concreto, razão pela qual mostram-se inadequadas as afirmativas de que esse princípio somente se aplica às infrações de menor potencial ofensivo ou que se baseia tão somente no valor patrimonial do bem. Vários fatores devem ser levados em consideração para se verificar sua incidência (ou não).



Refleta

Qual é a distinção entre furto insignificante e furto de pequeno valor?

O Min. Celso de Mello, no HC 84.412-0/SP, trouxe quatro postulados objetivos a serem analisados conjuntamente para a incidência do princípio da insignificância. Vejamos:

- Mínima ofensividade da conduta do agente;
- Nenhuma periculosidade social da ação;
- Grau reduzido de reprovabilidade do comportamento;
- Inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Assim como nas demais decisões judiciais (art. 93, IX, CF), ao aplicar o princípio da insignificância o juiz ou Tribunal deverá de modo fundamentado

indicar a presença dos quatro requisitos acima, pois a aplicação do princípio da insignificância exige uma análise criteriosa do caso concreto, tendo em vista que sua aplicação de forma indiscriminada pode funcionar como incentivo à prática de pequenos delitos, especialmente os de cunho patrimonial.



Atenção

1. Quando configurada a habitualidade na conduta, ou seja, a reincidência delitiva, tal princípio pode ser aplicado? Não é possível fixar uma regra sobre essa questão, devendo ser analisado o caso concreto. No entanto, a jurisprudência tem se posicionado no sentido de inadmitir o princípio da insignificância em se tratando de réus reincidentes.
2. Segundo a jurisprudência do STJ, não se aplica o princípio da insignificância aos crimes praticados contra a Administração pública, por menor que seja a reprovabilidade da conduta e o valor apropriado, tendo em vista que além da proteção ao bem jurídico patrimônio está em jogo a moral administrativa, que deve ser preservada. No entanto, o STF possui decisões admitindo o princípio da insignificância nos crimes contra a administração pública, como no âmbito do HC n. 107370.
3. Quando se tratar de crime contra o meio ambiente, ao analisar o caso concreto, o aplicador deverá ter em mente a potencialidade lesiva de ofensa ao meio ambiente como um todo e não apenas o dano em razão de seu valor. Assim, em matéria ambiental é cabível o princípio da insignificância, mas deve ser feita uma análise criteriosa.
4. Nos crimes contra a ordem tributária, qual o valor é considerado insignificante? Para o STJ, o valor de dez mil reais, enquanto para o STF será insignificante aquilo que não ultrapassar o valor de vinte mil reais.
5. O princípio da insignificância aplica-se aos atos infracionais? Sim, desde que verificados todos os requisitos no caso concreto.
6. O princípio da insignificância aplica-se aos casos envolvendo lesão corporal leve praticada sob a égide da Lei Maria da Penha? Não, uma vez que a violência física é incompatível com os postulados desse princípio.
7. É possível a aplicação do princípio da insignificância no crime de tráfico de drogas? Não, uma vez que o tráfico é crime de perigo abstrato praticado em detrimento da saúde pública.
8. O porte de droga para consumo pessoal é passível de aplicação do princípio da insignificância? Há divergência nesse ponto. O STJ entende que não é possível a aplicação da insignificância nesse delito,

tendo em vista que se trata de crime de perigo abstrato. O STF, por sua vez, no HC n. 110475, entendeu que é possível tal aplicação.

Pesquise na jurisprudência e na doutrina outras hipóteses em foram (ou não) aplicados o princípio da insignificância ao caso concreto.

3) Princípio da proporcionalidade: segundo esse princípio, a pena não pode ser maior que o grau de responsabilidade previsto na norma penal para a prática do fato criminoso. Implica dizer que para cada tipo de crime há um tratamento previsto e que, ao aplicar a pena, o juiz deve considerar todas as peculiaridades do caso concreto. É reflexo da intervenção mínima e da fragmentariedade, que exigem que todos os instrumentos do direito penal sejam dotados de proporcionalidade (adequação + necessidade + proporcionalidade em sentido estrito). Portanto, a proporcionalidade pode ser entendida como um sinônimo de justa retribuição. Dessa forma, a pena não pode ser excessiva, mas também não pode ser insuficiente.



Lembre-se

Para cada tipo de crime a lei prevê um tratamento específico. A própria Constituição exprime o sentido do princípio da proporcionalidade ao determinar que os crimes de menor potencial ofensivo tenham tratamento mais brando que os crimes considerados mais gravosos, que estão no topo da pirâmide de reprovabilidade social. Veja só:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; [...]

Art. 5º.

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

4) Princípio da igualdade: previsto no caput, do art. 5º, da CF, determina que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade

do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

5) Princípio do estado de inocência: também oriundo da Constituição (art. 5º, inciso LVII), prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Tal princípio também é conhecido como princípio da presunção de não culpa.

Pelo princípio da presunção de inocência, o cidadão que comete um crime ou é acusado da prática só será efetivamente considerado culpado após o término do processo e tendo sido esgotados todos os recursos possíveis. Antes da condenação transitada em julgado o acusado é considerado inocente e sem antecedentes criminais.



Refleta

A utilização de algemas fere o princípio do estado de inocência?



Assimile

Questão interessante sobre esse ponto refere-se à execução provisória da pena. Imagine a seguinte situação: Clarissa foi condenada a uma pena privativa de liberdade de 10 anos pelo Juízo de 1º grau, podendo recorrer em liberdade. Em sede de apelação, Clarissa conseguiu ter sua pena reduzida para 7 anos. Contra esse acórdão, o advogado de Clarissa manejou simultaneamente Recurso Especial (STJ) e Recurso Extraordinário (STF). Clarissa poderá aguardar o julgamento de tais recursos solta? Mesmo sem haver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, Clarissa será compelida a iniciar a execução provisória de sua pena?

Pelas decisões que vinham sendo tomadas pelo STF até fevereiro de 2016, a resposta seria NÃO. Isso porque, pendente qualquer recurso, ainda vigoraria em favor do réu o princípio da presunção de inocência, de modo que seria incabível a execução provisória da pena. Nesse caso, o réu só poderia estar preso preventivamente, se presentes os requisitos do art. 312 do CPP.

Contudo, em 17/02/2016, no âmbito do HC n. 126.292/SP, de relatoria do Min. Teori Zavascki, o STF entendeu que seria possível a execução provisória da pena após a prolação de acórdão condenatório no 2º grau de jurisdição. Isso não ofenderia o princípio da presunção de inocência, tendo em vista que o Resp e o Rext não possuem efeito suspensivo, permitindo a execução provisória da pena. Ademais, tais recursos limitam-se a discutir direito e não prova.



Refleta

A lei da ficha limpa fere o princípio do estado de inocência?

6) Princípio do *in dubio pro reo*: em caso de dúvida do aplicador diante do caso concreto, opta-se pela absolvição a fim de evitar que um abuso seja praticado contra um inocente.



Refleta

Tratando-se de crime de competência do juiz, se houver dúvida no momento de proferir a sentença, tendo em vista que no direito penal se objetiva alcançar a verdade real no processo, deverá o juiz absolver o réu.

Entretanto, tratando-se de crimes contra a vida, cuja competência é do Tribunal do Júri - ou seja, serão os jurados (leigos) que proferirão o veredicto -, em caso de dúvida do juiz vigora o princípio *in dubio pro societate* (decisão em favor da sociedade). Assim, após o encerramento da primeira fase do processo pelo rito do Júri, estando o magistrado em dúvida, deverá proferir uma sentença de pronúncia e encaminhar o réu para julgamento em Plenário, pelos seus pares.

7) Princípio do *ne bis in idem*: impõe a proibição de dupla condenação e acusação. Isso significa que uma pessoa não pode ser acusada por fato que já foi julgado em definitivo por sentença absolutória. E também não poderá ser perseguida criminalmente em dois processos distintos baseados na mesma imputação.

Não se deve confundir a impossibilidade de dupla punição do princípio em análise com os casos de reincidência delitiva, ou seja, quando o agente pratica o mesmo tipo de crime por diversas vezes (vários furtos em circunstâncias distintas). O princípio do *ne bis in idem* proíbe a dupla punição exclusivamente em relação à mesma conduta. Portanto, condutas diversas ou repetidas, embora constituam o mesmo tipo de crime, serão indubitavelmente alvo de tutela penal.



Assimile

O sujeito que, após 5 anos do término do cumprimento da pena, for novamente condenado com trânsito em julgado por novo crime será considerado reincidente. Nesse caso, na segunda fase da dosimetria o

Juiz aumentará a pena do agente em razão da agravante da reincidência. Diante disso, é possível afirmar que a punição com a agravante da reincidência constitui bis in idem?

1ª corrente: SIM, uma vez que o Juiz considera o mesmo fato duas vezes ao aplicar a pena.

2ª corrente: NÃO, pois a maior punição daquele que é reincidente, contumaz na prática de delitos, é justificada em razão da maior reprovabilidade de sua conduta. Essa segunda corrente é adotada pelo STJ e pelo STF.

8) Princípio da aplicação da lei penal mais favorável: encontra-se previsto no art. 5º, inciso XL, da CF, e no art. 2º do CP, e possui dois desdobramentos: a) Irretroatividade da Lei mais Grave; e b) Retroatividade da Lei mais Benéfica:

Art. 5º.

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

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

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.

- *Novatio legis incriminadora*: se surgir uma nova lei tornando típico fato anteriormente não punível, será aplicável somente aos fatos praticados posteriormente a sua entrada em vigor;

- *abolitio criminis*: caso a nova lei deixe de incriminar fato anteriormente considerado como crime, retroagirá beneficiando todos os fatos praticados antes de sua vigência, pois não há mais, por parte do Estado, interesse na punição daquela conduta. Portanto, a nova lei mais benéfica alcança inclusive os casos em que já houve julgamento e afasta os efeitos da condenação;

- *novatio legis in pejus*: na hipótese de nova lei mais severa que a anterior, por exemplo, que aumente a punição para determinado crime, não retroagirá aos fatos praticados antes de sua vigência, sendo aplicável apenas aos fatos futuros;

- *novatio legis in melius*: configura-se no caso de surgimento de lei nova mais benéfica, por exemplo, que diminua a pena para determinado crime, retroagindo para beneficiar o acusado, mesmo que o fato tenha sido

praticado antes de sua vigência.

Em síntese, havendo conflito de leis, será sempre aplicada a lei penal mais favorável ao acusado.

Como você pôde perceber, há inúmeros princípios aplicáveis ao Direito Penal e todos eles se entrelaçam, buscando sempre a segurança jurídica e a efetividade das premissas que compõem o Estado Democrático de Direito.



Pesquise mais

Sugestões para aprofundar seus conhecimentos:

Para saber mais sobre como funciona o Tribunal do Júri, acesse: <http://www2.tjdft.jus.br/imp/docImp/TRIBUNALDOJURI_comofunciona.pdf>. Acesso em: 8 set. 2015. (São de competência do Tribunal do Júri os seguintes delitos: homicídio doloso, infanticídio, participação em suicídio, aborto – tentados ou consumados – e seus crimes conexos. O procedimento adotado pelo Júri é especial e possui duas fases: 1ª fase – “judicium accusationis” ou juízo de acusação, e 2ª fase – “judicium causae” ou juízo da causa).

Para saber mais sobre os princípios constitucionais penais. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25158/principios-constitucionaispenais>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

FILME: **RISCO duplo**. Direção: Bruce Beresford. Roteiro: Douglas S. Cook e David Weisberg. EUA, 2000. (105 min); língua inglesa; drama. (O filme auxilia na reflexão sobre o princípio do ne bis in idem. Após ser acusada, condenada e cumprir pena pelo assassinato de seu marido, a protagonista parte em busca da verdade). O filme deve ser entendido sob a ótica do direito brasileiro.



Exemplificando

Vamos analisar a decisão a seguir e depois entender o que ocorreu:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CP. ABSOLVIÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NESTA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. SÚMULA Nº 7/STJ. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça há muito se consolidou no sentido de que, em se tratando de crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima tem alto valor probatório, considerando que delitos dessa natureza geralmente não deixam vestígios e, em regra, tampouco

contam com testemunhas. 2. No caso, contudo, o tribunal distrital, competente pela análise do conteúdo probatório dos autos, concluiu pela ausência de credibilidade da acusação, eis que a palavra da vítima não teria sido corroborada pelas demais provas produzidas, razão pela qual aplicou o princípio *in dubio pro reo* para absolver o ora recorrido com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. 3. A reforma do aresto impugnado demandaria o necessário reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado no julgamento do Recurso Especial por esta corte superior de justiça, que não pode ser considerada uma terceira instância revisora ou tribunal de apelação reiterada, a teor do enunciado nº 7 da Súmula deste sodalício. 4. Agravos regimentais improvidos (STJ; AgRg-REsp 1.494.344; Proc. 2014/0279270-3; DF; Sexta Turma; Relª Minª Maria Thereza Assis Moura; DJE 01/09/2015). Como você aprendeu estudando os princípios, nos crimes de competência do juiz, havendo dúvida, o Juiz, deverá absolver o acusado em razão do princípio do *in dubio pro reo*. No caso retratado, tendo em vista que nenhuma das provas produzidas confirmou o relato da vítima, e considerando as consequências nefastas de uma condenação infundada, o STJ – Superior Tribunal de Justiça optou por manter a decisão do juiz de primeira instância do Distrito Federal que houve por bem em absolver o acusado da prática do delito de estupro.



Faça você mesmo

Analise a jurisprudência a seguir e considere o conteúdo estudado na seção para interpretar a decisão e reescrevê-la com suas palavras: PENAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REINCIDÊNCIA. 1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça estabeleceram os seguintes requisitos para a aplicação do princípio da insignificância como causa supralegal de exclusão da tipicidade: a) conduta minimamente ofensiva; b) ausência de periculosidade do agente; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) lesão jurídica inexpressiva, os quais devem estar presentes, concomitantemente, para a incidência do referido instituto. 2. Esta corte superior de justiça possui o entendimento de que não se aplica o princípio da insignificância quando configurada a habitualidade na conduta criminosa. 3. Hipótese em que não há que se falar em reduzido grau de reprovabilidade no comportamento do agente, já que não se pode considerar apenas o valor do objeto furtado, mas também o fato de ostentar condenações anteriores transitadas em julgado. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ; AgRg-REsp 1.486.798; Proc. 2014/0267326-7; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Gurgel de Faria; DJE 02/09/2015).

Nesta Seção 1.3, foi proposta a você a seguinte situação-problema: imagine que no dia em que Antonio registrou o boletim de ocorrência pelo furto de seu aparelho celular, praticado em conjunto por Bruno e Tiago, erroneamente o Delegado instaurou dois inquéritos policiais pelo mesmo fato. Assim, já condenados e cumprindo pena pelo furto do celular de Antonio mediante concurso de agentes, Bruno e Tiago são novamente citados para responder outra ação penal pelo mesmo fato. Sem entender o que ocorreu, Bruno e Tiago entram em contato com Beatriz, advogada recém-formada que os representa, para que ela esclareça a situação. Para auxiliar Beatriz, você deve investigar se é possível responder a dois processos pelo mesmo fato. Além disso, será preciso responder: qual princípio irá embasar o pedido de trancamento da nova ação penal, ou seja, qual princípio permite encerrar o novo processo?

Para ajudar Beatriz a solucionar a situação-problema, é preciso que você percorra o caminho a seguir:

1º Compreender os princípios penais trabalhados na seção e a função de cada um para o Direito Penal.

2º Descobrir se há possibilidade de mover mais de uma ação penal pelo mesmo fato e qual é o princípio aplicável a esse tipo de situação.

3º Entender que há diferença entre ser denunciado duas vezes por causa do mesmo fato, ou seja, responder a um processo criminal pelo mesmo fato duas vezes, e responder a mais de um processo criminal pelo mesmo tipo de crime, mas em razão de fatos (condutas e resultados) diversos.



Lembre-se

É terminantemente vedado pelo ordenamento jurídico penal que uma pessoa responda a mais de um processo, seja condenada ou cumpra pena duas vezes em razão do mesmo fato criminoso.



Atenção

Não se deve confundir a impossibilidade de dupla punição do princípio com os casos de reincidência delitativa, ou seja, quando o agente pratica o mesmo tipo de crime por diversas vezes.

Considerando a situação-problema proposta e os princípios estudados na seção, é possível concluir que Bruno e Tiago não podem responder

novamente a uma ação penal pela prática do furto do celular de Antonio em razão do princípio do *ne bis in idem*, que veda a dupla punição pelo mesmo fato. Desse modo, Beatriz deverá demonstrar ao juiz que eles já responderam a um processo por este fato e, inclusive, já estão cumprindo pena, devendo a nova ação penal ser extinta.

Avançando na prática

Princípios penais

Descrição da situação-problema

Imagine a seguinte situação-problema: Joaquim, morador de uma vila rural no interior do Rio Grande do Sul, a fim de alimentar seus familiares, furta 2 galinhas de sua vizinha Benedita, que, inconformada, registra um boletim de ocorrência. Após a conclusão do inquérito policial, o Ministério Público resolve oferecer denúncia pela prática do delito previsto no art. 155, caput, do CP. A denúncia é aceita pelo juiz, que ao final do processo condena Joaquim pelo crime de furto. Joaquim é réu primário e sem antecedentes criminais. Pergunta-se: como advogado de Joaquim, qual seria sua tese de defesa no recurso visando à reforma da condenação?

Analisar o princípio da insignificância e seus requisitos, bem como o art.

155, caput, do CP.

Resolução da situação-problema

De acordo com o princípio da insignificância, Joaquim preenche os requisitos que autorizam a absolvição pela prática do crime de furto, ou seja, é primário e possui bons antecedentes. Os bens subtraídos são de pequeno valor, sua conduta não oferece perigo social e seu comportamento conta com mínimo grau de reprovabilidade perante os demais indivíduos da sociedade.

Situação semelhante foi apreciada pelo STF – Supremo Tribunal Federal em 2014:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA DECISÃO DE RELATOR DE TRIBUNAL SUPERIOR QUE INDEFERIU PLEITO CAUTELAR EM IDÊNTICA VIA PROCESSUAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE. SÚMULA Nº 691/STF. SUPERAÇÃO. FURTO (ART. 155, CAPUT, DO CP). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. HABEAS CORPUS EXTINTO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O princípio da

insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas:

(a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. A aplicação do princípio da insignificância deve, contudo, ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais. 3. In casu, a) o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 155, caput, do Código Penal (furto), por ter, em tese, subtraído um galo e uma galinha, avaliados em R\$ 40,00 (quarenta reais); b) tratase de condenado primário e que possui bons antecedentes; c) os bens subtraídos são de pequeno valor. 4. Destarte, o reconhecimento da atipicidade da conduta, pela adoção do princípio da insignificância, é medida que se impõe, em razão da ausência da periculosidade social da ação, do reduzido grau de reprovabilidade da conduta e da inexpressividade da lesão jurídica provocada. 5. O Supremo Tribunal Federal não é competente para julgar habeas corpus impetrado em face de decisão de relator de tribunal superior que indefere pedido de liminar em idêntica via processual (Súmula nº 691/STF). A supressão de instância inequívoca revela-se a malferir o princípio do juiz natural (art. 5º, xxxvii e liii) na hipótese em que o writ impetrado nesta corte versa a mesma fundamentação submetida ao tribunal inferior. Precedentes: HC 107.053 - AgR, Primeira Turma, relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 15.04.11; HC 107.415, Segunda Turma, relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 23.03.11; HC 104.674 - AgR, Primeira Turma, relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 23.03.11; HC 102.865, Segunda Turma, relatora a Ministra Ellen Gracie, jd de 08.02.11. 6. Habeas corpus extinto por inadequação da via eleita. Ordem concedida de ofício a fim de determinar o trancamento da ação penal. (STF; HC 121.903; MG; Primeira Turma; Rel. Min. Luiz Fux; Julg. 20/05/2014; DJE 01/07/2014; Pág. 60)



Lembre-se

Para aplicação do princípio da insignificância, que não possui previsão legal, deverá ser realizada minuciosa análise do caso concreto, devendo ser preenchidos os 4 requisitos estabelecidos pela jurisprudência.

Ao contrário do que se imagina, o princípio da insignificância não se aplica apenas aos crimes contra o patrimônio. Dependendo do caso concreto, pode ser aplicado aos crimes ambientais, tributários etc.



Faça você mesmo

Considerando a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância em matéria ambiental, pesquise na jurisprudência um caso concreto em que foi aplicado o referido princípio em benefício do acusado.

Faça valer a pena

1. Analise as assertivas e assinale a alternativa correta:

I – Segundo o princípio da intranscendência, se o juiz tiver dúvida no momento de proferir a sentença o réu deverá ser absolvido.

II – A *Novatio Legis Incriminadora* é aplicável somente aos fatos praticados posteriormente a sua entrada em vigor.

III – Configura *Abolitio Criminis* a hipótese da nova lei que deixa de incriminar fato anteriormente considerado como crime.

- a) Somente I e II estão corretas.
- b) Somente I e III estão corretas.
- c) Somente II e III estão corretas.
- d) Todas estão corretas.
- e) Nenhuma está correta.

2. Analise as assertivas e assinale a alternativa correta:

I – Tratando-se de nova lei mais benéfica, ela irá alcançar inclusive os casos em que já houve julgamento e afastar os efeitos da condenação.

II – Tratando-se de nova lei mais severa que a anterior, não retroagirá aos fatos praticados antes de sua vigência, sendo aplicável apenas aos fatos futuros.

III – Em hipótese alguma a lei nova será aplicável a fatos passados.

- a) Somente I e II estão corretas.
- b) Somente I e III estão corretas.
- c) Somente II e III estão corretas.
- d) Todas estão corretas.
- e) Nenhuma está correta.

3. Quanto ao princípio da proporcionalidade:

I – a pena não pode ser maior que o grau de responsabilidade previsto na norma penal para a prática do fato criminoso.

II – É reflexo da intervenção mínima e fragmentariedade.

III – Pode ser entendido como um sinônimo de justa retribuição.

- a) Apenas I e II estão corretas.
- b) Apenas II e III estão corretas.
- c) Apenas I e III estão corretas.
- d) Todas as afirmativas estão corretas.
- e) Nenhuma das afirmativas está correta.

Infrações penais, sujeitos das infrações penais e validade temporal da lei penal

Diálogo aberto

Caro aluno,

Na seção anterior, você concluiu os estudos sobre os princípios orientadores do Direito Penal: ofensividade; insignificância; proporcionalidade; igualdade; estado de inocência; *in dubio pro reo*; *ne bis in idem*; aplicação da lei penal mais benéfica. A compreensão dos princípios é de extrema importância para que você entenda o processo de elaboração, aplicação e interpretação das normas penais. Conhecer os princípios é conhecer os parâmetros de atuação do Estado no exercício do *jus puniendi*. Sabe-se que o Estado, representado em matéria penal pelo Ministério Público, tem o dever de punir as condutas que ofendam os bens jurídicos tutelados. Contudo, essa tarefa deve ser realizada de acordo com os princípios constitucionais-penais, sob pena de afronta ao Estado Democrático de Direito e à segurança jurídica.

Antes de iniciar os estudos desta seção, é importante que você relembre a função de cada princípio estudado. O princípio da ofensividade impõe que, para a punição de uma conduta, deve esta ser efetivamente gravosa, ou seja, ela deve ofender e provocar uma lesão real e concreta ao bem jurídico tutelado. O princípio da insignificância ou bagatela é uma construção jurisprudencial e só pode ser aplicado de acordo com as características do caso concreto, quando houver uma ofensividade mínima ao bem jurídico e desde que preenchidos os requisitos estabelecidos pela jurisprudência pátria dos Tribunais Superiores. O princípio da proporcionalidade determina que a pena não pode ser maior que o grau de responsabilidade previsto na norma penal para a prática do fato criminoso. O princípio da igualdade se traduz na máxima de que todos são iguais perante a lei. O princípio do estado de inocência prevê que até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ninguém poderá ser considerado culpado. O princípio do *in dubio pro reo* vincula o magistrado a optar pela absolvição nos casos de dúvida. O princípio do *ne bis in idem* se traduz em uma proibição inafastável à dupla punição pelo mesmo fato. E, por fim, o princípio da aplicação da lei penal mais favorável determina a observância de dois possíveis desdobramentos: irretroatividade da lei mais grave; e retroatividade da lei mais benéfica.

Já que você concluiu seus estudos sobre os princípios que norteiam o

Direito Penal, é hora de aprender sobre os tipos de infração penal, os sujeitos da infração penal e a validade temporal da lei penal.

Foi apresentada a você, na última seção, uma situação-problema em que o Delegado responsável pela instauração do inquérito policial para apurar o furto de celular praticado por Bruno e Tiago contra Antonio erroneamente realizou a abertura de dois procedimentos criminais. Assim, já condenados e cumprindo pena pelo furto do celular de Antonio mediante concurso de agentes, Bruno e Tiago foram novamente citados para responder outra ação penal pelo mesmo fato. A situação-problema proposta era a seguinte: como auxiliar Beatriz, uma advogada recém-formada contratada pela família de Bruno e Tiago, a impedir que ambos respondessem novamente pelo mesmo fato? Qual princípio se aplicaria ao caso?

Como você aprendeu, aplica-se no caso o princípio do *ne bis in idem*, segundo o qual ninguém poderá ser duplamente processado pelo mesmo crime, de modo que não há possibilidade de prosseguimento da ação penal, visto que Bruno e Tiago já responderam ao processo pelo furto do celular de Antonio e inclusive já estão cumprindo pena.

Diante disso, apresento a você uma nova situação-problema: refletindo sobre tudo o que está acontecendo em sua nova vida como advogada, sobre as batalhas que enfrentou para se formar e ser aprovada no exame de ordem e sobre a quantidade de coisas que tem aprendido na prática profissional, surgiu uma dúvida que fez Beatriz levantar questionamentos em relação ao seu primeiro caso criminal, o furto de celular praticado por Bruno e Tiago. Beatriz se lembra de ter aprendido que há dois tipos de infração penal: as reconhecidas como crime ou delito e as chamadas contravenções penais, porém não sabe dizer com certeza qual modalidade de infração penal constitui o fato praticado por Bruno e Tiago em prejuízo de Antonio.

Ao pensar nisso, surgiu em sua mente outra dúvida. Beatriz se recorda que, para cada infração penal, existem as figuras do sujeito ativo e do sujeito passivo, porém, não consegue afirmar com certeza quem é o sujeito ativo e quem é o sujeito passivo do furto de celular praticado por seus clientes.

Para ajudar Beatriz a solucionar suas dúvidas na situação-problema, você precisará:

- 1º) Compreender o conceito de infração penal e suas espécies.
- 2º) Aprender a diferença entre sujeito ativo e sujeito passivo de infrações penais.

Agora que você conheceu a nova situação-problema proposta, é importante aprofundar seus conhecimentos teóricos, que o auxiliarão a solucionar a questão e também a aprender sobre a validade temporal da lei penal.

As escolas penais surgiram num período histórico relativamente recente. Sob perspectivas diversas, todas elas tentam, de uma forma ou de outra, criar um conjunto de premissas que formam, cada uma com peculiaridades próprias, concepções sobre o fenômeno do crime, fundamentos e finalidades do sistema penal. Neste trabalho, vamos destacar algumas delas.

Embora possamos contestar a existência de “**Escola Clássica**”, como se os integrantes dela tivessem (o que não tinham) desejo de nela pertencerem, segundo a autora Miranda Santos (2018) é possível extrair elementos comuns que identificariam autores com afinidades filosóficas próximas sobre o direito penal. Seus representantes afirmavam, dentre outras convicções, que a pena seria um mal necessário imposto ao indivíduo que, por ter agido de forma consciente e voluntária contra o contrato social estabelecido para manter a ordem e a moral, mereciam sofrer um castigo. Apesar disso, essa visão filosófica orientava-se no sentido de interromper a notória barbárie que o direito penal medieval se transformou ao longo dos séculos. Isso se fazia com a introdução de um tratamento mais humanitário em favor dos acusados e condenados em geral por meio da adoção de princípios e métodos racionais de exame sobre o crime. Os autores dessa doutrina eram, em geral, contrários à tortura, a investigações/processo autoritários e propunham a legalidade como limite das reações do Estado. Como um dos maiores expoentes podemos destacar Cesare Beccaria (1780) que escreveu uma obra que é, ainda hoje, referência na doutrina penal, chamada *Dos Delitos e das Penas*. Outro autor igualmente reconhecido dessa escola é Francesco Carrara que sugere ser o crime uma conduta que viola o direito e que pelo direito deve vir também a solução. Segundo este último autor italiano, a pena é a resposta jurídica para a proteção do direito de todos, sendo que ela está condicionada à noção de justiça. Isso significa que a sanção precisa ser orientada pela racionalidade e sua medida deve ser proporcional ao dano. Outro autor que merece destaque e pertenceria a esse grupo é Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach que criou o famoso brocardo *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. É dele também a concepção preventiva da pena que serviria para dissuadir o potencial delinquentes a desistir de iniciar a prática criminosa ciente das consequências provenientes do ato. Defendeu igualmente que a existência do crime no ordenamento estava condicionada à tutela de um interesse (BRANDÃO, 2010).

Em seguida, veio a **Escola Positivista Penal**, inspirada na filosofia de Augusto Comte. Seus seguidores acreditavam que o criminoso era fruto de fatores biológico-físicos, antropológicos e sociais. Veja que interessante, enquanto a escola anterior visava a punição do crime em razão do fato, limitando-se o poder punitivo estatal, os positivistas do século XIX e início do século

XX acreditavam que deveriam consolidar o poder punitivo estatal e expandi-lo o suficiente para atingir o criminoso como causa do delito (SANTOS, 2018). A alteração radical do paradigma não foi sem propósito. A Europa sofria com um estado socialmente caótico. Havia só na França dois milhões de indigentes, 300 mil mendigos e 130 mil menores abandonados. Enfim, a miséria e a criminalidade incentivaram o surgimento na sociologia de estudos que defendiam a necessidade de estabelecimento da ordem e progresso, como forma de legitimar a moral e a convivência entre o capital e o trabalho. Nesse sentido, Lombroso (1889) defendia que o homem delinquente portava sinais que indicavam sua predisposição ao crime (como: o tamanho das mandíbulas e do crânio, peso do cérebro, critérios psicológicos etc). Já Enrico Ferri teria classificado o criminoso em cinco grupos: natos (por razões físicas nasciam com pouco senso moral e predisposição ao crime) loucos; habituais (indivíduos que se transformaram em criminoso em razão do ambiente em que foram criados); ocasionais (que esperam uma oportunidade aparecer para praticarem o crime); e, por fim, passionais (devido à imaturidade deixavam-se ser dominados por uma emoção que os conduzia a praticar um delito). De acordo com Aguiar (2018), os membros dessa escola defendiam o crime como um fato de ordem social e natural que determina o destino do indivíduo. Embora a sociedade possa ser responsabilizada pelo resultado, alguns doutrinadores positivistas defendiam a aplicação da pena de morte e outras punições severas como defesa de direitos de todos os membros sociais.

Terza Scuola: A terceira via do direito penal surge como forma de tentar reduzir a distância entre as duas escolas anteriores, tentando conciliar elementos típicos de cada uma. Embora tenha decidido pela divisão entre imputáveis e inimputáveis, essa escola não aceita o livre-arbítrio como fundamento para a responsabilização penal, nem tampouco o determinismo incutido na ideia de criminoso nato. Acreditam que a pena serve como defesa social e tem funções preventivas. Além disso, a pena não seria apenas a retribuição, mas serviria para a correção dos condenados.

Com Arturo Rocco surgiu a **Escola Técnico-jurídica**. Seu objetivo era eliminar as confusões provocadas pelo positivismo do século XIX que misturava as áreas do direito penal com a criminologia e políticas criminais. Essa escola preferiu abordar a ciência penal como um ramo autônomo do conhecimento que deveria, em razão dessa característica, usar objeto e métodos próprios. Isso significa que a ordem jurídica não era apenas uma das características do direito, mas o direito positivo deveria ser a única fonte de estudos sobre o Direito Criminal. O delito seria assim uma forma de relação jurídica prevista em lei que prevê uma consequência diante da sua incidência, qual seja: a pena. Essa se justificaria por razões preventivas (especial e geral). Enfim, dizia-se que o ser humano expressa sua moral pelos atos que pratica, pelo que ele é livre para

agir contra ou conforme o direito. Assim, distanciava-se do determinismo da escola anterior, priorizando a ideia de livre arbítrio e independência científica.

Crise do positivismo: De acordo com Cláudio Brandão (2010), o positivismo jurídico que perdurou de forma absoluta provocou situações de absoluta injustiça. A simples subsunção dos fatos às normas, desprezando as peculiaridades do caso concreto, era insuficiente para permitir uma solução adequada e coerente aos fins e funções das próprias penas. Bitencourt (2017) chega a afirmar que o método indutivo e formalista do positivismo deu lugar às considerações axiológicas e materiais, como o Neokantismo propõe. Entretanto, para um desenvolvimento histórico considera-se esta breve e generalista introdução satisfatória para lhe despertar interesse sobre as escolas penais. Outras que discutirão com mais profundidade o Neokantismo, o funcionalismo e o pós-funcionalismo você poderá estudar mais à frente no nosso material. Não deixe também de ler sobre as Escolas Correccionalista, a Escola Moderna Alemã, dentre outras. Isso você poderá pesquisar na obra do autor Cezar Roberto Bitencourt, disponível em: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** - Parte Geral, 23ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2017, pp. 105/125

1.4.1 Infração Penal

O Brasil adotou o sistema binário/bipartido/dualista para definição das espécies de infração penal. Assim, a infração penal divide-se em crime (delito) e contravenção penal. A infração penal, ou seja, o descumprimento por ação ou omissão de uma norma penal pode caracterizar a prática tanto de um crime ou delito quanto de uma contravenção penal. Ontologicamente não há distinção entre as espécies de infrações penais, sendo certo que tal divisão baseia-se na gravidade de ambos.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2014, p. 277), os crimes ou delitos possuem um conceito formal, material e analítico. A concepção formal define como crime toda ação ou omissão proibida por lei, sob ameaça de pena. Já a concepção material conceitua o crime como toda ação ou omissão que afronta os valores ou interesses do corpo social, exigindo sua proibição com ameaça de pena.

Ainda, é possível dizer, pelo conceito analítico, que o crime é o fato típico, ilícito e culpável.

Por sua vez, a contravenção, também chamada de crime-anão ou delito liliputiano, pode ser conceituada como uma violação de menor gravidade à norma penal, definida a critério do legislador.

Para facilitar a compreensão das principais diferenças entre os crimes e as contravenções, veja o quadro comparativo a seguir:

CRIMES OU DELITOS	CONTRAVENÇÕES PENAIS
<ul style="list-style-type: none"> - Estão previstos no Código Penal ou em leis esparsas: - Maior gravidade da conduta praticada. - Admitem pena de reclusão e detenção. - Admitem todos os tipos de ação penal. - Admitem a tentativa. - Limite de cumprimento de pena: 30 anos. - Regimes de cumprimento de pena: fechado, semiaberto e aberto. - O período de prova no sursis varia de 2 a 4 anos. - A competência para processo e julgamento será da Justiça Estadual ou da Justiça Federal. 	<ul style="list-style-type: none"> - Estão previstas na Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688/1941) - Baixa Gravidade da conduta praticada - Admitem apenas a prisão simples, que em termos mais claros significa ausência de rigor penitenciário - Admitem apenas a Ação Penal Pública Incondicionada - Embora admitam a tentativa, não será punível - Limite de cumprimento de pena: 5 anos - Regimes de cumprimento de pena: semiaberto e aberto - O período de prova no sursis varia de 1 a 3 anos. - A competência para processo e julgamento será da Justiça Estadual.



Atenção

Há 04 principais modalidades de Ação Penal e elas serão objeto de estudo da disciplina de Direito Processual Penal:

- Ação Penal Pública Incondicionada.
- Ação Penal Pública Condicionada a representação.
- Ação Penal Privada.
- Ação Penal Privada Subsidiária da Pública.

É importante entender que, além das contravenções penais previstas no Decreto-lei nº 3.688/1941, existem também os chamados crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, crimes cuja pena máxima prevista não ultrapassa 2 anos. Esses crimes podem estar previstos tanto no Código Penal quanto em legislações penais especiais.



Refleta

Quando o contraventor possui foro por prerrogativa de função, em sendo o caso, há deslocamento de competência para a Justiça Federal?

Dada a baixa gravidade das condutas definidas como contravenção e crime de menor potencial ofensivo, a Constituição Federal de 1988, em observância ao princípio da proporcionalidade, determinou a criação dos Juizados Especiais para o julgamento dessas infrações penais.

“ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Portanto, as contravenções penais e os crimes de menor potencial ofensivo são objeto de apreciação pelos Juizados Especiais Criminais.



Pesquise mais

Sugestões para aprofundar seus conhecimentos:

Para saber mais sobre as contravenções penais e conseguir visualizar a diferença entre crimes e contravenções, conheça os tipos penais previstos no Decreto-lei nº 3.688/1941 e os compare com os tipos penais previstos no Código Penal a partir do art. 121.

DOCUMENTÁRIO: Juízo. Direção de Maria Augusta Ramos. Brasil. Ano 2007, duração 90min, drama. (O filme auxilia na reflexão sobre a aplicação da lei aos menores infratores).

1.4.2 Sujeito Ativo x Sujeito Passivo

Para avançar nos estudos iniciais de Direito Penal, é necessário diferenciar a figura do sujeito ativo da figura do sujeito passivo do crime.

Será o sujeito ativo aquele que pratica o fato criminoso. Em regra, é a pessoa física quem sofre os danos decorrentes do fato delituoso praticado. É o que ocorre no homicídio, por exemplo, em que a vítima é o sujeito passivo e a família é quem sofre o dano da perda.



Assimile

Pessoa jurídica pratica crime? Existem quatro correntes:

1ª corrente: Adotada por Bitencourt, essa corrente entende que pessoa jurídica NÃO pode ser responsabilizada criminalmente. Caso fosse admitida tal responsabilização haveria violação ao princípio da responsabilidade subjetiva e outros.

2ª corrente: Defendida por Zaffaroni e Luiz Flávio Gomes, para essa

corrente a pessoa jurídica NÃO pratica crime, tendo em vista que tal responsabilização é incompatível com a teoria do crime adotada no Brasil. **3ª corrente:** Adotada pelo STJ e pelo STJ, essa corrente defende que é possível SIM a pessoa jurídica ser responsabilizada criminalmente pela prática de crimes ambientais.

4ª corrente: Para essa corrente, a pessoa jurídica será SIM responsabilizada pela prática de crimes ambientais quando a ordem for emanada na pessoa jurídica e em seu benefício.

O sujeito passivo pode ser:

Sujeito passivo formal/constante: É o Estado.

Sujeito passivo material/eventual: É o titular do bem jurídico atingido.

Sujeito passivo próprio: Ocorre quando o tipo penal exige uma qualidade essencial do sujeito passivo. Exemplo: art. 123 do CP.

Crime bipróprio: Exige uma qualidade essencial tanto da vítima como do autor. Exemplo: art. 123 do CP.

Dupla subjetividade passiva: São crimes em que obrigatoriamente há mais de um sujeito passivo.



Lembre-se

Não é possível ser sujeito ativo e passivo do crime ao mesmo tempo. O animal não pode ser sujeito passivo do crime, mas pode ser considerado objeto material.



Pesquise mais

A pessoa jurídica pode ser vítima de crime contra a honra?

1.4.3 Vigência e Revogação da Lei Penal

A lei penal, assim como as demais legislações pátrias, está sujeita às previsões do art. 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, também conhecida como LINDB:

“ Art. 1º Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada.

§ 1º Nos Estados estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia três meses depois de oficialmente publicada.

§ 2º (dispositivo revogado)

§ 3º Se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada a correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação.

§ 4º As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova.

Como se vê, a Lei nova entrará em vigor na data indicada em seu texto, e caso haja omissão, em 45 dias a contar de sua publicação.

Tratando-se de lei brasileira cuja aplicação é admitida em outros países, a vigência se dará em 3 meses a contar da publicação.

É importante lembrar que se denomina *vacatio legis* o período compreendido entre a publicação da nova lei e sua entrada em vigor.

Ainda quanto às regras de vigência e revogação da Lei, veja os arts.

2º e 3º da LINDB:

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

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

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

Há dois tipos de revogação da Lei: a total, denominada ab-rogação, e a parcial, denominada derrogação.



Refleta

Não há revogação da lei penal pelo desuso, ou seja, só porque um crime ou contravenção cai em desuso não quer dizer que ninguém mais poderá ser punido pela prática. Enquanto a lei que o prevê não for revogada, a punição prevista será aplicável.

Para o aprofundamento do tema da vigência da lei penal, é importante que você tenha sempre em mente as regras de aplicação da lei penal estudadas na seção anterior, refletidas no princípio da aplicação da lei penal mais benéfica.

1.4.3.1 Lei Excepcional e Lei Temporária

Dispõe o 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”.

Segundo Fernando Capez (2014, p. 80), a lei excepcional é feita para vigorar em períodos anormais, como época de guerra, calamidade pública, epidemia etc. Sua duração se dará enquanto persistirem as condições que ensejaram sua criação. A lei temporária, por sua vez, é feita para vigorar durante um período de tempo prefixado pelo legislador. Na própria lei, está prevista a data de sua cessação, ou seja, desde sua entrada em vigor já se sabe a data de sua revogação. São exemplos de leis temporárias a Lei Seca do período eleitoral e recentemente a Lei Geral da Copa (Lei 12.663/2012 – art. 36).

Assim, tratando-se de lei excepcional ou temporária, não há se falar em retroatividade da lei penal, ainda que benéfica. Caso fosse possível, restaria inviabilizada as razões pelas quais editadas tais leis.



Exemplificando

Vamos analisar a decisão a seguir e depois entender o que ocorreu: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. FATO PRATICADO SOB A VIGÊNCIA DA LEI 9.437/97. PRETENSÃO À EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE POR VACATIO LEGIS INDIRETA. IRRETROATIVIDADE DE LEI TEMPORÁRIA. DECISÃO CONFIRMADA. 1. Reeducando que pretende extinguir a punibilidade de uma das execuções alegando a retroatividade benéfica de *abolitio criminis temporalis*. 2. A extinção da punibilidade do artigo 32 do Estatuto do Desarmamento é regra da lei temporária, atraindo a incidência do artigo 3º do Código Penal: “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. Trata-se da ultra-atividade gravosa, em que a lei impede a retroação benéfica. 3. Quem incorreu no crime de posse ilegal de arma de fogo em período anterior à publicação da Lei 10.826/03 não foi beneficiado com a extinção de punibilidade. Precedente do Supremo Tribunal Federal de Repercussão Geral (RE 768494/GO).

4. Agravo desprovido (TJ-DF - RAG: 20140020276620 DF 0028186-76.2014.8.07.0000, Relator: GEORGE

LOPES LEITE, Data de Julgamento: 22/01/2015, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 05/02/2015. P. 85).

As leis excepcionais e temporárias serão aplicáveis a todos os fatos ocorridos durante a sua vigência independentemente de terem sido revogadas e da lei posterior ser benéfica.

No caso da ementa reproduzida anteriormente, o condenado pretendia que fosse reconhecida a extinção de sua punibilidade pela prática do crime de posse ilegal de arma de fogo durante a vigência da Lei nº 9.437/97. Entretanto, o novo Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/03) impediu a retroação da lei em benefício dos autores do crime de posse ilegal de arma de fogo praticado anteriormente a sua entrada em vigor. Trata-se de típica aplicação da regra da ultratividade em prejuízo do condenado.



Faça você mesmo

Como você já deve ter percebido, a formação do profissional do Direito demanda conhecimento técnico, raciocínio crítico, um amplo vocabulário e uma escrita lapidada, etc. Tais instrumentos serão capazes de auxiliá-lo na interpretação e resolução adequada dos casos concretos que você enfrentará no dia a dia da profissão, independentemente da área de atuação escolhida. Sob este aspecto, a jurisprudência ocupa um papel de destaque em sua formação, pois transporta para diferentes situações práticas em que foram aplicados os conteúdos estudados.

Agora é sua vez de analisar, interpretar e reescrever um caso concreto: RECLAMAÇÃO. CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. PARCELAMENTO DO DÉBITO. SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. LEI TEMPORÁRIA. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. 1. A LEI TEMPORÁRIA PREVÊ EM SEU PRÓPRIO TEXTO A DATA FINAL DE SUA VIGÊNCIA, ASSIM, NÃO PODE SER UTILIZADA PARA ALCANÇAR CONDUTAS PRATICADAS FORA DO LAPSO TEMPORAL ALI ESTABELECIDO. 2. RECURSO PROVIDO (TJ-DF - RCL: 32624020108070000 DF 0003262-40.2010.807.0000, Relator: JOÃO TIMOTEO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 21/10/2010, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 10/11/2010, DJ-e Pág. 175).

As leis excepcionais e temporárias possuem duas importantes características (CAPEZ, 2014, p. 80-81):

a) São autorrevogáveis, o que significa dizer que ao contrário das demais

leis, que dependem de outra lei para serem revogadas, elas perdem sua vigência automaticamente, sem precisar de outra lei para revogá-las. No caso da lei temporária, sua vigência se encerra na data prevista no texto legal, e no caso da lei excepcional, sua vigência acaba quando cessadas as condições anormais que autorizaram sua criação;

b) São ultrativas, o que implica na possibilidade de aplicação futura a um fato ocorrido durante sua vigência, mesmo que sua revogação já tenha se consumado. Em síntese, um fato praticado durante a vigência de uma lei temporária ou excepcional será sempre regulado por ela, ainda que em prejuízo do réu.

Podem ocorrer de a lei posterior e mais benéfica fazer menção ao período anormal ou temporário e, assim, regular os fatos praticados durante a vigência da lei temporária ou excepcional.



Refleta

A regra da ultratividade *in pejus* representa uma exceção ao princípio constitucional que determina a retroatividade da lei penal mais benéfica em favor do réu, visto que a lei penal excepcional ou temporária continua a ser aplicável ao réu, mesmo após sua revogação.

A exceção tem como fundamento o curto tempo de duração dessas modalidades de leis, tendo em vista que sem a regra da ultratividade perderiam toda a sua força intimidativa e conseqüentemente não surtiriam o efeito desejado.

Sem medo de errar

Nesta Seção 1.4., foi proposta a você a seguinte situação-problema: refletindo sobre tudo o que está acontecendo em sua nova vida como advogada, sobre as batalhas que enfrentou para se formar e ser aprovada no exame de ordem e sobre a quantidade de coisas que tem aprendido na prática profissional, surgiu uma dúvida que fez Beatriz levantar questionamentos em relação ao seu primeiro caso criminal, o furto de celular praticado por Bruno e Tiago. Beatriz se lembra de ter aprendido que há dois tipos de infração penal, as reconhecidas como crime ou delito e as chamadas contravenções penais, porém não sabe dizer com certeza qual modalidade de infração penal constitui o fato praticado por Bruno e Tiago em prejuízo de Antonio.

Ao pensar nisso, surgiu em sua mente outra dúvida. Beatriz se recorda que, para cada infração penal, existem as figuras do sujeito ativo e do sujeito passivo, porém, não consegue afirmar com certeza quem é o sujeito ativo e quem é o sujeito passivo do furto de celular praticado por seus clientes.

Para ajudar Beatriz a solucionar suas dúvidas na situação-problema, você precisará:

1º Compreender o conceito de infração penal e suas espécies.

2º Aprender a diferença entre sujeito ativo e sujeito passivo das infrações penais.



Lembre-se

Para diferenciar o crime ou delito das contravenções penais, é necessário analisar a pena aplicável: reclusão e detenção para os crimes e prisão simples para as contravenções.

Furto

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.



Atenção

Entende-se por sujeito ativo aquele que pratica o fato criminoso.

Quando o sujeito ativo for pessoa jurídica, serão cabíveis as penas de multa, restrição de direitos e prestação de serviços à comunidade.

O sujeito passivo, por sua vez, é a vítima do crime e pode ser uma pessoa, um grupo de pessoas, uma entidade e até mesmo a administração pública em todas as suas esferas.

A partir da leitura do art. 155 do CP e da análise dos critérios de diferenciação dos crimes e contravenções, verifica-se que a infração penal praticada por Bruno e Tiago é um crime, e que Bruno e Tiago são os sujeitos ativos e Antonio é o sujeito passivo.

Avançando na prática

Infrações penais

Descrição da situação-problema

O Capítulo II do Código Penal trata dos Crimes contra o Respeito aos

Mortos. Considerando a prática do crime previsto no art. 212, identifique o sujeito passivo.

Art. 212 - Vilipendiar cadáver ou suas cinzas: Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Resolução da situação-problema

Primeiramente, você deve entender o significado de vilipêndio, que seria o desrespeito, a ofensa ou o ultraje a cadáver ou suas cinzas. De acordo com o estudado na seção, o sujeito passivo é a pessoa, o grupo de pessoas ou a entidade que sofre os efeitos do delito.

Nesse caso, portanto, o desrespeito aos mortos configura uma ofensa a toda a coletividade, que será o sujeito passivo do delito disposto no art. 212, do CP.



Lembre-se

Para identificar o sujeito ativo e o sujeito passivo da infração penal, você precisará analisar o caso concreto, ou seja, o tipo de delito praticado e quem foi atingido pela ação ou omissão.

Ao contrário do que se imagina, a pessoa jurídica pode ser sujeito ativo (crimes ambientais) ou sujeito passivo das infrações penais.

Igualmente, há tipos penais que objetivam resguardar o sentimento da coletividade, de modo que nessas situações a coletividade será o sujeito passivo.



Faça você mesmo

Considerando os conceitos trabalhados, identifique o sujeito passivo do delito tipificado no art. 321 do CP:

Art. 321 - Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa. Parágrafo único - Se o interesse é ilegítimo:

Pena - detenção, de três meses a um ano, além da multa.

1. Analise as assertivas a seguir e assinale a alternativa correta:

I – A contravenção penal representa uma violação à norma penal de menor gravidade, estabelecida a critério do legislador e também conhecida como crime anão.

II – A regra da ultratividade representa uma exceção ao princípio constitucional que determina a retroatividade da lei penal mais benéfica em favor do réu.

III – Não há possibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito passivo de uma infração penal, salvo se for a administração pública ou seus entes.

- a) Apenas I e II estão corretas.
- b) Apenas I e III estão corretas.
- c) Apenas II e III estão corretas.
- d) Todas estão corretas.
- e) Nenhuma está correta.

2. Analise as assertivas a seguir e assinale a alternativa correta:

I – Ao contrário do que se imagina, a pessoa jurídica pode ser sujeito ativo ou sujeito passivo das infrações penais (segundo o STJ e STF).

II – As leis excepcionais e temporárias, em razão da regra da ultratividade, serão aplicáveis a todos os fatos ocorridos durante sua vigência, independentemente da revogação já ter se consumado.

III – Há tipos penais que objetivam resguardar o sentimento da coletividade, de modo que nessas situações a coletividade será o sujeito passivo.

- a) Apenas I e II estão corretas.
- b) Apenas I e III estão corretas.
- c) Apenas II e III estão corretas.
- d) Todas estão corretas.
- e) Nenhuma está correta.

3. Analise as assertivas a seguir e assinale a alternativa correta:

I – As leis temporárias e excepcionais são autorrevogáveis, o que significa dizer que não dependem de outra lei para serem revogadas.

II – No caso da lei temporária, sua vigência se encerra na data prevista no texto legal, e no caso da lei excepcional, sua vigência acaba quando cessadas as condições anormais que autorizaram sua criação.

III – As leis temporárias e excepcionais são ultrativas, o que implica na possibilidade de aplicação futura a um fato ocorrido durante sua vigência.

- a) Apenas I e II estão corretas.
- b) Apenas I e III estão corretas.
- c) Apenas II e III estão corretas.
- d) Todas estão corretas.
- e) Nenhuma está correta.

- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral** 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 5. ed. São Paulo: RT, 2013.
- PRADO, Luis Regis. **Bem jurídico penal e constituição**. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.
- AGUIAR, Leonardo. Escolas Penais. Disponível em: <<https://leonardoaaguair.jusbrasil.com.br/artigos/333110363/escolas-penais>>, acesso em 10 dez. 2018.
- BECCARIA, Cesare. Dei Delitti e delle pene. Disponível em: <http://www.letteraturaitaliana.net/pdf/Volume_7/t157.pdf>, acesso em 10 dez 2018.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Geral**, 23ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2017.
- BRANDÃO, Claudio. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- LOMBROSO, Cesare. **L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, giurisprudenza e alle discipline carcerarie**. Roma: Fratelli Boca, 1878.
- SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. **A defesa social, as escolas penais e as relações de poder no sistema punitivo**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?coed=1b356667c9a682f8>>. Acesso em 10 dez 2018.

Unidade 2

Direito penal

Convite ao estudo

Na Unidade 1, aprendemos sobre as origens e fundamentos do Direito Penal a partir do objeto e da função ético-profissional. Para entendermos a função do Direito Penal no Estado Democrático de Direito, vimos os princípios penais limitadores, dentre eles, a irretroatividade da lei penal, a intervenção mínima, a subsidiariedade, a fragmentariedade, a insignificância, o *ne bis in idem*, a proporcionalidade, a culpabilidade, o *in dubio pro reo*, a taxatividade e a humanidade.

Aprofundamos o estudo do princípio da legalidade e suas implicações como medida de segurança jurídica, conteúdo material e analogia da lei penal mais benigna, e conhecemos algumas importantes escolas penais. Tudo isso, sob o pano de fundo da história de Bruno e Tiago, jovens envolvidos no furto do celular de Antônio.

Agora, nesta Unidade, vamos, juntamente com Júlio, enfrentar diversas situações da realidade profissional de um estagiário de escritório de advocacia, que se vê diante de diversos casos de clientes de sua professora Lívia, os quais requerem a aplicação da lei penal. Vamos realmente conhecer o que é infração e o que é crime, além de sua classificação, os sujeitos envolvidos e o critério temporal, a validade da lei penal e a sucessão de leis penais. Veremos ainda a lei penal no espaço: conheceremos o que é território para fins de aplicação das leis penais brasileiras e as hipóteses de ultraterritorialidade, extraterritorialidade e lugar do crime (teoria da ubiquidade). Apreendidos tais conceitos, estudaremos sobre a responsabilidade penal e as teorias da conduta, em especial o finalismo.

Vamos lá?

Tempo do crime, conflito aparente de normas e contagem do prazo penal

Diálogo aberto

Caro Aluno,

Na seção anterior, você concluiu os estudos da Unidade 1 e aprendeu a diferença entre os crimes/delitos e as contravenções, que são espécies do gênero infração penal. Também foi possível entender os critérios que diferenciam o sujeito ativo do sujeito passivo quando da prática de uma infração penal. Além disso, a última seção tratou do importante tema da vigência e revogação da lei penal e da aplicabilidade das leis excepcionais e temporárias, previstas no art. 3º do CP, que possuem como características a autorrevogação e a ultratividade.

Esta nova seção abordará assuntos igualmente relevantes em matéria penal: a combinação de leis penais, o tempo do crime, ou seja, em qual momento considera-se praticada a infração penal; os preceitos que se aplicam quando se estabelece um conflito entre duas ou mais normas de natureza penal; e, por fim, as regras para contagem do prazo penal.

Foi apresentada a você na última seção uma situação geradora de aprendizagem (SGA) que o incitava a ajudar Beatriz a descobrir qual tipo de infração penal seus clientes praticaram (crime ou contravenção) e se eram sujeitos ativos ou passivos do furto do celular de Antônio.

Considerando que a pena prevista para o furto qualificado pelo concurso de agentes, ou seja, praticado em conjunto e com igualdade de desígnios, é de reclusão de dois a oito anos, e multa (art. 155, § 4º, do CP), Beatriz chegou à conclusão de que Bruno e Tiago praticaram um crime e não uma contravenção, pois esta, como visto, só admite prisão simples. Igualmente, Bruno e Tiago são os sujeitos ativos do crime, pois praticaram a conduta de subtrair coisa alheia móvel. Por sua vez, Antônio é o sujeito passivo do crime, ou seja, a vítima do ato delituoso praticado e também quem sofreu o dano decorrente da conduta.

Com a resolução desta situação-problema você encerrou os estudos da primeira unidade do livro didático, em que lhe foram apresentadas quatro situações-problema enfrentadas por Beatriz, uma advogada

recém-aprovada no exame de ordem, no início da prática profissional. Assim, é chegada a hora de você conhecer a nova situação geradora aprendizagem, que lhe guiará na resolução das quatro situações-problema desta Unidade 2.

Júlio sempre frequentou escolas públicas e, desde pequeno, foi um aluno exemplar, provavelmente em razão do incentivo constante de seus pais, que não tiveram condições de estudar, mas gostariam que o filho trilhasse um caminho diferente, com mais oportunidades. Quando lhe perguntavam qual vestibular iria prestar, Júlio respondia sem titubear que seu sonho era fazer o curso de Direito. A escola de Júlio foi convidada para participar do giro de profissões da Faculdade Pitágoras, um evento vocacional que possibilita aos alunos do ensino médio conhecer um pouco do lado prático de cada profissão. Na oportunidade, Júlio efetuou sua inscrição para o vestibular, a fim de testar seus conhecimentos. Para sua surpresa, foi aprovado em 1º lugar e ganhou uma bolsa integral. Imagine a alegria de Júlio e o orgulho de seus pais. Júlio iniciou o curso e desde logo se mostrou um aluno muito dedicado e com grandes perspectivas. Embora Júlio tivesse concluído apenas o primeiro semestre do curso, a professora Lívia, observando seu potencial, o convidou para estagiar em seu escritório, especializado em causas criminais. Este é o desafio de Júlio: enfrentar situações-problema da realidade profissional concomitantemente aos estudos iniciais de direito penal no segundo semestre do curso.

Diante disso, apresento a você a primeira situação-problema (SP) desta Unidade 2: Em seu primeiro dia como estagiário, a professora Lívia pediu a Júlio que analisasse a situação de um cliente chamado Felipe e lhe apresentasse a solução. Na pasta do cliente consta uma anotação dizendo que o Código Penal só admite a responsabilização pela prática de uma infração penal do agente maior de 18 anos. Ocorre que Felipe alega ter sido preso em flagrante por tráfico de drogas exatamente no dia em que atingiu a maioridade, contudo, uma hora antes de completar 18 anos, segundo o horário constante de sua certidão de nascimento. Logo, seu desafio é ajudar Júlio a descobrir se Felipe é responsável penalmente ou não.

Para solucionar a situação-problema você precisará:

- 1º) Compreender os conceitos aplicáveis ao tempo do crime.
- 2º) Identificar qual lei determina a idade das pessoas e se é aplicável na responsabilidade penal.

Agora que você conheceu a nova situação-problema proposta, aprofunde seus conhecimentos teóricos, pois eles o auxiliarão a solucionar o desafio.

Inicialmente, cumpre relembrar alguns pontos estudados quando do estudo do princípio da aplicação da lei penal mais favorável. Vamos lá?



Assimile

Tais conceitos são importantes quando a ação ou omissão for praticada sob a vigência de uma lei X e o fato for submetido a julgamento perante uma lei Y. Qual lei será aplicada?

O art. 5º, XL, da CR/88 dispõe que a lei penal não retroagirá, salvo se for para beneficiar o réu. Já o art. 2º do CP prevê que 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. Ainda, pelo parágrafo único tem-se que lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Dos dispositivos supramencionados extraem-se os conceitos de **irretroatividade da lei mais grave** e de **retroatividade benéfica**.



Assimile

Súmula 611 do STF - Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna.

A regra é a de que se aplica ao fato a lei vigente ao tempo da ação ou omissão, conhecido pelo brocardo *tempus regit actum*. Dessa forma, a regra é que a lei penal não retroage.

No entanto, a regra da irretroatividade comporta uma exceção, consubstanciada no fato da lei posterior ser benéfica ao réu. Sendo para beneficiá-lo será possível a retroatividade da lei penal.



Exemplificando

Quando foi realizado o fato não havia lei prevendo tal ação como crime. Posteriormente foi editada uma lei incriminando a referida conduta. Essa lei é irretroativa e alcançará somente os fatos praticados após a sua vigência – *novatio legis incriminadora*.

Quando foi realizado o fato a lei previa uma pena de 3 a 6 anos.

Quando foi prolatada a sentença, a lei que regia o mesmo fato previa uma pena de 4 a 8 anos. Essa nova lei será irretroativa, tendo em vista que oferece situação mais gravosa para o réu – *novatio legis in pejus*.

Quando foi realizado o fato a lei previa uma pena de 1 a 3 anos. Contudo, posteriormente essa lei foi abolida. Essa lei será retroativa, tendo em vista que apresenta situação evidentemente mais favorável ao réu, alcançando, inclusive, os efeitos penais da sentença condenatória. Ressalte-se que os efeitos extrapenais permanecem – *abolitio criminis*.

Quando foi realizado o fato a lei previa uma pena de 4 a 6 anos. Quando foi prolatada a sentença, a lei que regia o mesmo fato previa uma pena de 1 a 3 anos. Essa lei será retroativa, já que trouxe situação mais benéfica para o réu – *novatio legis in mellius*.



Pesquise mais

Que tal você pesquisar quais são os efeitos penais e extrapenais da sentença penal condenatória?

Combinação de leis

Imagine a seguinte situação: Antonieta praticou o crime X em 2001, sendo que tal conduta era punida pela lei A com pena de 3 a 6 anos de reclusão e 5 a 25 dias-multa. Entretanto, na data da sentença, o mesmo fato cometido por Antonieta estava regido pela lei B com pena de 4 a 8 anos de reclusão e 5 a 15 dias-multa. Será possível a combinação de leis a fim de reunir a parte mais benéfica ao réu de cada uma delas? Ou seja, é possível que a sentença prolatada leve em consideração a pena de reclusão da lei A (3 a 6 anos) e a pena de multa da lei B (5 a 15 dias-multa)?

Tal questão é controversa, surgindo, assim, as seguintes correntes:

1ª corrente: NÃO, pois, ao se criar uma terceira lei (*lex tertia*), o Juiz estaria legislando.

2ª corrente: SIM, pois quem pode o mais pode o menos. Ou seja, se o Juiz pode ignorar uma lei a fim de aplicar a mais benéfica ao réu também poderá desconsiderar apenas parte dela.

3ª corrente: NÃO, sendo facultado ao réu escolher a qual lei deseja ser submetido.

4ª corrente: NÃO, sendo certo que o Juiz, verificando o caso concreto, deve aplicar aquela que no todo é mais favorável ao réu sem, contudo, combiná-las. Essa é a posição adotada pelo STF.



Exemplificando

A Lei n. 6.368/76, antiga Lei de Drogas, previa no art. 12 a pena de 3 a 15 anos para o tráfico de drogas, sem, contudo, consagrar a figura do tráfico privilegiado. A Lei n. 11.343/06 prevê no art. 33 a pena de 5 a 15 anos para o tráfico de drogas, contendo, no parágrafo quarto a figura do tráfico privilegiado. Sendo primário e possuidor de bons antecedentes e não havendo indícios de que o criminoso se dedica às atividades criminosas nem integra organização criminosa, sua pena poderá ser reduzida de 1/6 a 2/3.

Questiona-se: O agente que praticou o crime de tráfico de drogas sob a égide da Lei n. 6.368/76 terá direito à causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da nova lei de drogas?

O STF, no Informativo n. 727, entendeu que é vedada a incidência da causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, combinada com as penas previstas na Lei n. 6.368/76, no tocante a crimes praticados durante a vigência dessa norma.

O STJ, nesse mesmo sentido, prolatou a súmula n. 501, que prevê que é cabível a aplicação retroativa da Lei 11.343/06, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/76, sendo vedada a combinação de leis.

Tempo do crime

Segundo o art. 4º do Código Penal:

tempo do crime

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

A partir da leitura do artigo 4º do Código Penal, pergunto a você: em que momento considera-se praticado o delito?

A resposta para essa pergunta depende da análise de três teorias que versam sobre o momento do crime. São elas:

a) Teoria da Atividade: considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão.

b) Teoria do Resultado (do evento ou efeito): considera-se praticado o crime no momento do resultado.

c) Teoria Mista ou da Ubiquidade (mista ou eclética): considera-se praticado o crime tanto no momento da ação ou omissão, quanto no momento do resultado.

Como é possível perceber, **no Brasil adotou-se a Teoria da Atividade**, de modo que não importa o momento em que ocorreu o resultado, mas sim o momento da ação ou omissão praticada pelo agente.

É importante saber que a Lei nº 9.099/95, aplicável no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, dispõe em seu art. 63 que: “A competência do Juizado será determinada pelo lugar em que foi praticada a infração penal”. Assim, o JECRIM também adota, quanto ao lugar do crime, a Teoria da Atividade, ou seja, o local onde foi praticada a ação ou omissão. Fernando Capez (2014) elenca alguns elementos necessários para que se instale o conflito aparente de normas, bem como as formas de solução:



Exemplificando

Imagine a seguinte situação: Alexandre, dois dias antes de completar os 18 anos, disparou um tiro de arma de fogo em direção a Carlita, que faleceu após uma semana. No momento em que praticou o crime, Alexandre era menor de 18 anos, contudo, quando adveio o resultado, já havia alcançado a maioridade. Ele responderá como imputável ou como imputável? Alexandre responderá como imputável, tendo em vista que se analisa o momento em que foi praticada a ação ou omissão, consoante teoria da atividade adotada no Brasil.



Assimile

A jurisprudência vem entendendo que a maioridade penal afere-se no dia em que o agente completou os dezoito anos, isto é, no dia do nascimento, pouco importando a hora da natividade.

Ao tratar da prescrição dos crimes, que significa, em termos simplificados, a perda do direito de exercer a pretensão punitiva por parte do Estado em razão do decurso do tempo, o Código Penal optou por algumas exceções à regra da teoria da atividade. Segundo Capez (2014, p. 85):

- Em matéria prescricional adota-se a teoria do resultado, o que significa dizer que o lapso temporal para que o Estado exerça o *jus puniendi* começa a correr a partir da consumação do delito, e não do dia em que ocorreu a ação ou omissão.

Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

I - do dia em que o crime se consumou.

- Tratando-se de **menor** de 21 anos, hipótese de redução do prazo prescricional em benefício do agente, aplica-se a teoria da atividade, ou seja, considera-se o momento da ação ou omissão.

Art. 115 - São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

- Por último, em sendo caso de crime contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, o prazo prescricional inicia-se no dia em que a vítima completar 18 anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta ação penal por iniciativa de seus responsáveis.

Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

V - nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.



Assimile

É o Código Civil quem determina a idade das pessoas para todos os efeitos:

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

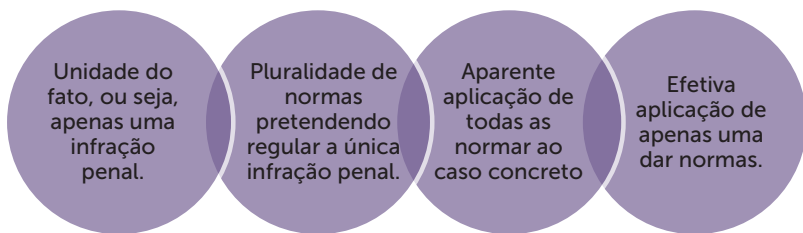
Portanto, não há possibilidade de alguém ter 18 anos completos pela lei civil (Código Civil), e não pela lei penal (Código Penal) ou tributária (Código Tributário Nacional).

Conflito aparente de normas

Haverá conflito sempre que houver duas ou mais normas de natureza penal aplicáveis ao mesmo fato. Denomina-se conflito aparente porque, na verdade, apenas uma delas será aplicável na prática.

Fernando Capez (2014) elenca alguns elementos necessários para que se instale o conflito aparente de normas, bem como as formas de solução:

Figura 2.1- Conflito aparente de normas



Fonte: A autora.

Quando verificada, no caso concreto, a presença dos elementos acima descritos estar-se-á diante de um conflito aparente de normas, cuja solução dependerá da utilização de um dos princípios a seguir elencados. Antes, porém, cumpre destacar que a maioria dos doutrinadores não inclui a alternatividade dentre os princípios do conflito aparente de normas, mas aqui está destacado em razão da necessidade de ampliar o seu conhecimento sobre o tema.



Refleta

No caso da alternatividade não há propriamente um conflito de normas, mas, sim, um conflito interno em uma única norma.

Figura 2.2- Princípios penais



Fonte: A autora

O critério da **especialidade** implica na máxima *Lex Specialis Derogat Generali*, que significa que a lei especial deve prevalecer sobre a lei geral, visto que trata aquela determinada situação. Exemplo: o crime de infanticídio (art. 123, CP) possui tudo o que o homicídio (art. 121, CP) prevê, no entanto, traz consigo alguns elementos a mais, específicos, tais como o estado puerperal, o fato da vítima tratar-se do próprio filho e da necessidade do crime ocorrer no parto ou logo após. Veja:

Art. 123

Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:

Pena - detenção, de dois a seis anos.

Outro exemplo do critério da especialidade é o feminicídio, incorporado ao art. 121 do Código Penal pela Lei nº 13.104/2015, que assim prevê:

Femicídio

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

§ 2º Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;

III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.



Lembre-se

A norma especial pode descrever tanto uma sanção mais grave quanto mais leve que a norma geral. Ela é especial simplesmente porque foi elaborada para situações específicas. Ou seja, não é melhor ou pior, ou mais ou nem menos importante que a lei geral.

No que se refere ao princípio da **subsidiariedade**, aplica-se a máxima *Lex Primaria Derogat Subsidiariae*, que importa na prevalência da lei primária sobre a subsidiária. Por primária entende-se a norma mais ampla, que descreve o fato integralmente, ao contrário da subsidiária, em que estará prevista apenas uma parte ou fase da infração penal e que consagra um grau de violação menor ao mesmo bem jurídico. Assim, a lei primária absorve a lei subsidiária, pois esta última cabe dentro dela. Exemplo: sequestro (art. 148, CP) versus extorsão mediante sequestro (art. 159, CP).

É importante ter em mente que para a aplicação do princípio da subsidiariedade será necessária a analisar o caso concreto.

Esse princípio comporta duas espécies, quais sejam:

Expressa: A própria norma estabelece o seu caráter subsidiário, dispondo geralmente no corpo do texto a expressão ‘desde que o fato não constitua delito mais grave’.

Tácita: A norma nada estabelece, no entanto, diante do caso concreto verifica-se o seu caráter subsidiário.

Por sua vez, o princípio da **consunção**, cuja representação se dá com o termo *Lex Consumens Derogat Consumptae*, determina que o fato **mais amplo e grave** absorva os demais fatos **menos amplos e menos graves**, que seriam os atos de preparação ou execução ou ainda de mero exaurimento.

Há três hipóteses em que se verifica a ocorrência da consunção:

Crime progressivo: o agente objetiva uma única conduta decorrente de uma só vontade, porém, para alcançá-la precisa praticar vários atos. Exemplo: imagine um homicídio com emprego de arma de fogo em que o agente dispara 15 projéteis contra a vítima e apenas o último causa sua morte, de modo que os disparos anteriores configuram lesão corporal e não homicídio, resultado alcançado apenas com o último tiro.

Crime complexo: ocorre quando duas ou mais infrações penais autônomas se misturam e transformam-se em elementos do crime complexo. Exemplo: latrocínio (art. 157, § 3, do CP), em que estão inclusos os crimes de roubo e homicídio.

Progressão criminosa: inicialmente, o agente objetiva a consumação de um só crime, porém, após alcançar o resultado, decide continuar e produzir resultado mais grave. Ou seja, após produzir o resultado almejado, o agente é tomado por um novo desígnio. Exemplo: o agente planeja inicialmente o estupro da vítima (art. 213, do CP), e após a consumação da conjunção carnal surge a intenção de matá-la (art. 121, do CP). Assim, o crime mais leve (estupro) será absorvido pelo mais grave (homicídio).



Atenção

Cuidado para não confundir o princípio da Consunção com o princípio da Subsidiariedade!

- No princípio da consunção é realizada a comparação dos fatos de modo a identificar o mais grave. Não há na consunção um fato único buscando se adequar, e sim vários fatos.
- Na subsidiariedade comparam-se as normas a partir do caso concreto.

Por último, o princípio da **alternatividade**, a qual, como afirmado anteriormente, não representa um princípio do conflito aparente de normas para grande parte da doutrina, aplica-se quando uma única norma descreve várias condutas típicas, situação em que a prática de qualquer uma das condutas ou de várias implica na responsabilização por um só crime. A esse tipo de norma dá-se o nome de tipos mistos alternativos, pois versam sobre delitos de ação múltipla ou variável. Exemplo: art. 33, *caput*, da Lei de Drogas e receptação (art. 180, CP).

Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:

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

Receptação qualificada

§ 1º - Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa. (...)

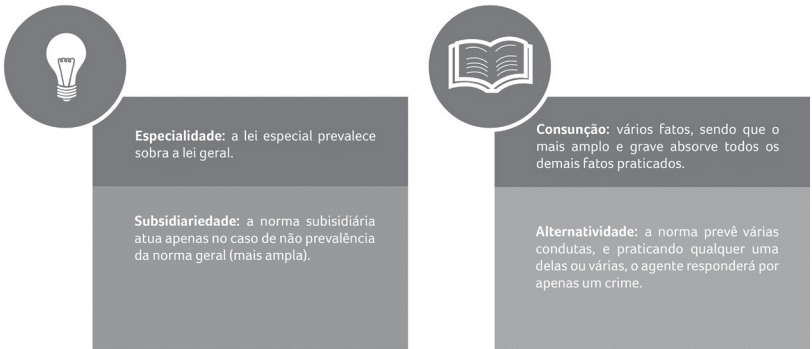
Em razão do princípio da alternatividade, mesmo que o agente pratique mais de uma conduta prevista no tipo (ex: adquirir, transportar e ocultar), responderá por apenas uma delas.



Refleta

No caso da alternatividade não há propriamente um conflito de normas, mas sim um conflito interno em uma única norma.

Figura 2.3- Princípios penais e conflito aparente de normas.



Fonte: A autora.

Contagem do prazo penal

Prevê o Código Penal que:

Contagem de prazo

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

Frações não computáveis da pena

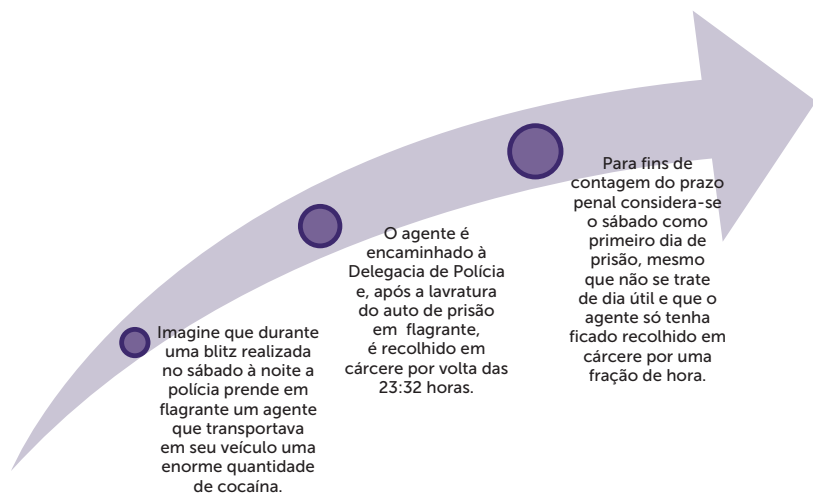
Art. 11 - Desprezam-se, nas penas privativas de liberdade e nas restritivas de direitos, as frações de dia, e, na pena de multa, as frações de cruzeiro.

Legislação especial

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

Para identificar se o prazo é penal ou processual penal, é necessário verificar se ele está relacionado ao direito de punir do Estado (prisão ou encarceramento, livramento condicional, *sursis*, prescrição, duração da pena, etc.). Sendo penal, o prazo terá como início o dia do começo, independentemente do horário. Igualmente, em se tratando de prazo penal, para o seu cômputo não tem relevância se o início se deu em domingo ou feriado.

Figura 2.4- Contagem do prazo de direito penal material



Fonte: A autora.

Se o Código Penal e o Código de Processo penal versarem sobre a mesma matéria, como é o caso da decadência (art. 103 do CP e 38 do CPP), aplica-se o prazo mais favorável ao réu, no caso o prazo penal.

O prazo penal pode ser **suspenso** (hipótese em que a contagem recomeça pelo tempo faltante) ou **interrompido** (hipótese em que a contagem inicia-se novamente do primeiro dia).



Pesquise mais

Sugestões para aprofundar seus conhecimentos:

Para saber mais sobre a contagem de prazo, leia o art. 798, § 1º, do Código de Processo Penal.

FILME: **UM ESTRANHO NO NINHO**. Direção de Milos Forman. Roteiro de Ken Kesey. Língua inglesa. Ano: 1976. Duração 2h e 14min, Drama. (Considerado um clássico, esse filme, estrelado por Jack Nicholson, conta a história de um prisioneiro que se passou por insano e, ao ser transferido para um manicômio judicial, incita os demais pacientes a se rebelarem contra as normas. Uma excelente reflexão sobre a imputabilidade penal).



Exemplificando

Vamos analisar a decisão a seguir e depois entender o que ocorreu: Prazo de Contagem da Decadência – “Por se tratar de causa extintiva de punibilidade, o prazo para a contagem da decadência tem caráter penal, devendo, portanto, obedecer aos ditames do art. 10, do Código Penal”. (STJ - 5ª Turma – Rel. Gilson Dipp – HC 8.978 – j. 05.10.1999 – DJU 25.1099 – p. 102).

Como você aprendeu estudando a contagem dos prazos penais, para identificar o prazo é necessário verificar se está relacionado ao direito de punir do Estado. No caso, o STJ reconheceu o caráter penal da decadência tendo em vista que se trata de matéria relacionada à extinção da punibilidade do agente.



Faça você mesmo

Agora é sua vez de analisar, interpretar e reescrever um caso concreto: Prorrogabilidade de prazo decadencial terminado em domingo. “Expirado o prazo decadencial num domingo, é autorizada por lei a sua dilação para o dia útil imediato”. (STF – RT 517/398).

Sem medo de errar

Nesta Seção 2.1 foi proposta a você a seguinte situação-problema: No primeiro dia de Júlio como estagiário, a professora Lívia pediu a ele que analisasse a situação de um cliente chamado Felipe e lhe apresentasse a solução. Na pasta do cliente consta uma anotação dizendo que o Código Penal só admite a responsabilização pela prática de uma infração penal do agente maior de 18 anos. Ocorre que Felipe alega ter sido preso em flagrante por tráfico de drogas exatamente no dia em que atingiu a maioridade, contudo, uma hora antes de completar 18 anos, segundo o horário constante de sua certidão de nascimento. Logo, seu desafio é ajudar Júlio a descobrir se Felipe é responsável penalmente ou não.

1º) Para ajudar Júlio a solucionar a situação-problema, você precisará: 1º) Compreender os conceitos aplicáveis ao tempo do crime.

2º) Identificar qual lei determina a idade das pessoas e se é aplicável na responsabilidade penal.



Lembre-se

Em relação ao tempo do crime, o Brasil adota a Teoria da Atividade, que reflete diretamente na determinação da lei aplicável à época dos fatos, bem como na verificação da imputabilidade do agente.

Dispõe o Código Penal:

Inimputáveis

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

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.

Menores de dezoito anos

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



Atenção

A jurisprudência vem entendendo que a maioridade penal afere-se no dia em que o agente completou os dezoito anos, isto é, no dia do nascimento, pouco importando a hora da natividade.

Portanto, considera-se maior de idade aquele que completa 18 anos, ou seja no dia do seu nascimento, pouco importando para a lei civil o horário constante da certidão de nascimento.

Em relação ao tempo do crime, o Brasil adota a Teoria da Atividade, conforme se verifica da leitura do art. 4º, do CP: “considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão ainda que outro seja o momento do resultado”.

Felipe praticou o crime no dia exato em que completou 18 anos, portanto, é penalmente responsável, independentemente do horário de nascimento constante de sua certidão de nascimento.

É a lei civil quem determina a idade das pessoas, de modo que não cabe interpretação diversa em matéria penal.

Tempo do Crime

Descrição da situação-problema

Supondo que um menor de idade, com 17 anos e 11 meses, pratica o crime de sequestro de sua ex-namorada, pois está inconformado com o término do namoro, e a mantém em cárcere até completar a maioridade penal.

Nesta situação hipotética, o agente responderá ou não pelo crime de sequestro?

Resolução da situação-problema

Tendo em vista que se considera praticado o crime no momento da ação ou omissão e que, no caso em análise, a consumação se estendeu no tempo alcançando a maioridade penal do agente, sim, ele responderá pelo crime de sequestro, pois iniciou a prática da infração quando ainda menor, porém, continuou a praticá-la até atingir a maioridade.

Trata-se de típico caso de crime permanente.



Lembre-se

A Teoria da Atividade adotada pelo Direito Penal pátrio para determinar o tempo do crime impõe que seja analisado caso a caso o momento em que se operou a ação ou omissão, ainda que outro seja o momento da consumação/resultado.



Faça você mesmo

Imagine a seguinte situação: Um menor de idade, com 17 anos e 11 meses, esfaqueia a vítima que vem a óbito apenas três meses depois. Na hipótese, o menor irá ou não responder pelo crime de homicídio?

1. Sobre o princípio da consunção, julgue os itens a seguir:

I – No crime progressivo, o agente objetiva uma única conduta decorrente de uma só vontade, porém, para alcançá-la precisa praticar vários atos.

II – No crime complexo, duas ou mais infrações penais autônomas se misturam e transformam-se em elementos do crime.

III – Na progressão criminosa, o agente objetiva a consumação de um só crime, porém, após alcançar o resultado decide continuar e produzir um outro resultado

mais grave.

Assinale a alternativa CORRETA:

- a) Apenas I está correta.
- b) Apenas II está correta.
- c) Apenas III está correta.
- d) Todas as afirmativas estão corretas.
- e) Nenhuma das afirmativas está correta.

2. O Brasil adotou a teoria da atividade quanto ao tempo do crime. Assinale a alternativa que aponta o principal reflexo da teoria da atividade adotada no Brasil para definir o tempo do crime:

a) A consequência principal da adoção da teoria da atividade reflete-se na imputabilidade do agente, que deve ser determinada no exato momento em que o crime foi praticado.

b) Considerar-se-á praticado o crime tanto no momento da ação ou omissão quanto no momento do resultado.

c) Para definir o momento exato do crime é necessário conhecer o resultado obtido pelo agente com sua conduta.

d) Para definir o tempo do crime o Brasil adotou a teoria da ubiquidade.

e) O principal reflexo da teoria da atividade é a verificação da prescrição da pretensão punitiva do Estado diante do caso concreto.

3. Quanto ao tempo do crime, julgue os itens a seguir:

I – Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu o resultado, sendo irrelevante o local onde deveria produzir-se o resultado.

II – Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão.

III – Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu o resultado da conduta.

Assinale a alternativa CORRETA:

- a) Apenas I está correta.
- b) Apenas II está correta.
- c) Apenas III está correta.
- d) Todas as afirmativas estão corretas.
- e) Nenhuma das afirmativas está correta.

Territorialidade e extraterritorialidade da lei penal brasileira, eficácia de sentença estrangeira e lugar do crime

Diálogo aberto

Caro aluno,

Na seção anterior, você aprendeu sobre a combinação de leis, sobre as teorias que versam sobre o tempo do crime, as regras aplicáveis ao conflito aparente de normas e a contagem do prazo penal. Foi possível perceber que o sistema penal pátrio adotou a Teoria da Atividade, que considera praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado (art. 4º do CP). A determinação do tempo de ocorrência do crime é de suma importância para auferir a imputabilidade do agente ao tempo do delito, determinar a norma penal aplicável, bem como averiguar a ocorrência da prescrição do jus puniendi. Você também descobriu que para cada crime, via de regra, existe somente um tipo penal aplicável. Assim, quando ocorrer o chamado conflito aparente de normas, o aplicador do direito deverá decidir aplicando ao caso concreto os princípios da alternatividade, consunção, especialidade e subsidiariedade. No que se refere à contagem de prazos no Direito Penal, será sempre incluído o dia do começo e excluído o dia do término. Além disso, os dias, meses e anos são computados pelo calendário comum. É importante não esquecer que os prazos penais consideram a fração de dia no cômputo do prazo.

Esta nova seção abordará questões interessantes e curiosas em matéria penal: Territorialidade e Extraterritorialidade da lei penal brasileira, ou seja, a delimitação espacial da lei penal brasileira; a aplicabilidade de sentença penal estrangeira no Brasil; e, por último, as teorias aplicáveis ao Lugar do Crime e as consequências da Teoria da Ubiquidade, adotada pelo direito penal pátrio.

Apresento a você uma nova situação-problema: Na tentativa de mudar de vida, pois a situação econômica do país está instável e o ingresso de um ex-detento no mercado de trabalho é ainda mais difícil, Bruno viajou ilegalmente para o Paraguai para tentar iniciar uma nova vida. Após alguns dias perambulando pela cidade de Assunção sem qualquer êxito, Bruno tomou conhecimento de que a cidade estava sediando um evento oficial do Governo Paraguai no qual o Presidente do Brasil seria o conferencista do dia. Em um ato de revolta contra a corrupção e demais negligências do governo, em posse

de uma arma de fogo, Bruno disparou contra o Presidente da República, sem, no entanto, atingir o alvo. Por absoluta sorte, Bruno conseguiu escapar e evadiu-se novamente para o Brasil, vindo por fronteira seca a refugiar-se na casa dos pais. Pergunto a você: considerando o crime praticado em território estrangeiro, será possível a condenação de Bruno pela lei penal brasileira e no território nacional?

Para solucionar a situação-problema você precisará:

1º) Compreender o que se entende por território brasileiro e qual é sua extensão.

2º) Entender as regras de aplicação da lei penal no território brasileiro e fora dele.

3º) Aprender quais são as consequências de um crime praticado contra o Presidente da República.

Agora que você conheceu a nova situação-problema proposta, é importante aprofundar seus conhecimentos teóricos, que o auxiliarão a solucionar a questão.

Não pode faltar

É possível que um crime afete o interesse de dois ou mais Estados soberanos. Nesse caso, é importante verificar no caso concreto em quais casos será aplicada a lei brasileira. Para tanto, necessária a análise dos princípios que regem a aplicação da lei penal no espaço. Vejamos:

Territorialidade: Aplica-se a lei penal do local em que ocorreu o crime. É adotada no Brasil como regra.

Nacionalidade ativa: Aplica-se a lei penal da nacionalidade do sujeito ativo.

Nacionalidade passiva: Aplica-se a lei penal da nacionalidade do sujeito ativo, desde que tenha sido atingida vítima ou bem jurídico de mesma nacionalidade.

Defesa (ou real): Leva-se em consideração a nacionalidade do bem jurídico atingido.

Justiça penal universal: Sendo o crime um mal universal, aplica-se a lei do local em que o agente for encontrado.

Representação (ou bandeira): Aplica-se a lei nacional quando o crime for praticado em aeronaves e embarcações privadas e o país em que foi

praticado o crime demonstrando desinteresse em puni-lo.

1. Territorialidade

Dispõe o art. 5º do Código Penal:

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

§ 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 vôo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil.

O ordenamento penal brasileiro optou pela adoção do princípio da territorialidade temperada, matizada ou mitigada, segundo o qual a lei penal brasileira aplica-se, em regra, ao crime praticado no território nacional. No entanto, de modo excepcional aplicar-se-á a lei penal estrangeira aos crimes praticados no território nacional quando assim previsto em tratados e convenções internacionais.



Atenção

O fenômeno de aplicação da lei estrangeira no território nacional denomina-se **intraterritorialidade**. Pense em um embaixador da França que pratica um crime no território brasileiro. Todavia, em razão da Convenção de Viena, ele não será julgado segundo a lei penal brasileira.

E o que se considera território nacional para fins de aplicação da lei penal? Primeiramente, é importante distinguir o conceito material ou comum do conceito jurídico de território. Para Fernando Capez (2014), o conceito material compreende o espaço delimitado por fronteiras geográficas, e o conceito jurídico compreende todo o espaço em que o Estado pode exercer sua soberania.



Assimile

Compõem o território nacional (CAPEZ, 2014, p. 97-99):

- Solo ocupado pela corporação política.
- Rios, lagos, mares interiores, golfos, baías e portos.
- O mar territorial se estende por **12 milhas marítimas de largura**, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular brasileiro, conforme prevê o art. 1º da Lei nº 8.617/93. Neste espaço, o Brasil exerce de modo pleno sua soberania, cuja única exceção é o chamado “**direito de passagem inocente**”, em que os navios mercantes ou militares de outros Estados podem transitar livremente, embora sujeitos ao poder de polícia costeiro.
- A zona contígua ao território nacional, também prevista na Lei nº 8.617/93, compreende uma faixa que se estende das 12 milhas às 24 milhas marítimas. Embora **a zona não configure território nacional**, o Brasil poderá exercer dentro de seu espaço medidas de fiscalização, a fim de evitar a ocorrência de infrações às leis e aos regulamentos aduaneiros, fiscais, de imigração ou sanitários, no seu território ou mar territorial.
- A zona econômica exclusiva, igualmente prevista na Lei nº 8.617/93, permite ao Brasil os direitos de exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais compreendidos na faixa das 12 às 200 milhas marítimas, contadas a partir das linhas de base que servem para medir a largura do mar territorial. A zona econômica, tal como a zona contígua, **não é considerada território para fins de aplicação da lei penal**.
- Será considerado espaço aéreo nacional, nos termos do art. 11, da Lei nº 7.565/86, a camada atmosférica que cobre o território nacional e o mar territorial, de modo que o Estado brasileiro exerce sua soberania também sobre o espaço aéreo correspondente.
- O espaço cósmico, conforme dispõe o Decreto nº 64.362/69, não pode ser objeto de apropriação nacional, de modo que sua exploração é livre e em condições de igualdade com todos os demais Estados.
- Os navios e as aeronaves, quando públicos, são considerados como extensão do território nacional, mas quando privados, só serão considerados extensão do território nacional quando estiverem em mar territorial brasileiro, em alto-mar ou no espaço aéreo correspondente a um ou outro.

O alto-mar e o espaço aéreo correspondente não estão sujeitos à soberania de qualquer Estado. Portanto, os crimes praticados a bordo dos

navios e aeronaves privados nessas condições serão de responsabilidade do país de origem da embarcação, ou seja, do país em que o navio ou aeronave estiver registrado ou matriculado. Por exemplo: ao crime ocorrido em uma aeronave privada do Brasil quando esta se encontra em espaço aéreo sobre a imensidão do mar, aplicar-se-á a lei penal brasileira. Caso o crime seja praticado a bordo de um navio francês em alto-mar, a lei aplicável será a francesa.

A competência para processar e julgar os crimes comuns praticados a bordo de navios e aeronaves com autorização para viagens internacionais é da Justiça Federal de primeiro grau, conforme dispõe o art. 109, inciso IX, da CF, ressalvada a competência da Justiça Militar.

Sobre a passagem inocente é importante ter em mente que se um crime é praticado a bordo de um navio ou aeronave estrangeira privada enquanto ela está apenas de passagem pelo território nacional, a lei penal nacional não será aplicada, salvo se o crime de alguma forma afetar o interesse nacional. Para que não restem dúvidas, imagine as seguintes situações:

a) Uma aeronave privada da Rússia estava a caminho da Bolívia. Porém, quando a referida aeronave sobrevoava o espaço aéreo nacional do Brasil, Antônio praticou dentro da aeronave um crime de furto contra um cidadão russo. Neste caso não há qualquer interesse do Brasil em apurar o fato.

b) Ao navegar pelo mar territorial brasileiro, um navio do Afeganistão recebe sinalização da polícia costeira, no entanto, a fim de evitar a abordagem, o navio avança sobre a embarcação da polícia costeira, causando dano ao patrimônio público e lesões na tripulação. Não há dúvidas de que, neste caso, configura-se o interesse nacional.

1.1 Hipóteses de não incidência da lei penal brasileira a fatos cometidos no território nacional

- **Imunidade Diplomática:** as sedes diplomáticas são invioláveis, não podendo ser objeto de busca, requisição, embargo ou medida de execução, conforme prevê a Convenção de Viena, ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 56.435/65. Portanto, as autoridades nacionais não podem adentrar nas sedes diplomáticas sem autorização, salvo se o crime tenha sido praticado em seu interior por alguém que não faça parte do corpo diplomático, ou seja, um comum. Também são dotados de imunidade os agentes diplomáticos, embaixadores, secretários da embaixada, pessoal técnico e administrativo das representações, seus familiares, funcionários da ONU, OEA e demais organizações internacionais (quando em serviço), o Chefe de Estado estrangeiro que visita o país e, inclusive, os membros da

sua comitiva. O agente diplomático só será obrigado a prestar depoimento na qualidade de testemunha sobre fatos que envolvam o exercício de sua função.

- **Imunidade Parlamentar:** decorre do art. 53 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional 35/2001:

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

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

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

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

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

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

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

§ 7º A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva.

§ 8º **As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio,** só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida.

- **Inviolabilidade do Advogado:** prevê a Constituição, no art. 133, que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Nesse sentido, dispõe o art. 7º, § 2º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 8.906/94, que “o advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria ou difamação puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer. A inviolabilidade restringe-se à ofensa proferida entre as partes litigantes.



Atenção

O desacato que constava na redação original do art. 7º, §2º, do Estatuto da OAB foi declarado inconstitucional pelo STF na ADIn nº 1127/06. Assim, o tipo penal do desacato, se praticado pelo advogado, mesmo que no exercício profissional, será punível.

2. Extraterritorialidade

Segundo o art. 7º do Código Penal, são exceções ao princípio geral da territorialidade:

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.



Faça você mesmo

Qual tal verificar quais são os princípios que regem cada uma das situações acima mencionadas?

Os casos previstos no inciso I configuram extraterritorialidade incondicionada, enquanto os previstos no inciso II caracterizam a extraterritorialidade condicionada.

Ressalte-se que, ao se falar em extraterritorialidade incondicionada, como o próprio nome já diz, tem-se que não há nenhuma condição para que a lei brasileira seja aplicada ao caso. Todavia, tratando-se de extraterritorialidade condicionada, a aplicação da lei brasileira depende do preenchimento de certos requisitos. Frisa-se que para que a lei brasileira seja aplicada, no que tange à extraterritorialidade condicionada, faz-se necessária a cumulação de todos os requisitos presentes no art. 7º, § 2º, do CP.

É importante dizer que nesse cenário a extradição configura importante ferramenta de cooperação internacional na luta contra o crime. Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2014, p. 234), a extradição é um instrumento por meio do qual “um Estado entrega a outro alguém acusado ou condenado

pela prática de determinado crime, para que seja julgado, ou para que a pena seja executada”.



Vocabulário

Extradição

Descrição do Verbetes: (EXT) É o processo que pede ao Brasil para entregar um indivíduo a outro Estado (país), para que lá seja processado e julgado por crime que tenha cometido. A concessão de extradição baseia-se em convenções internacionais, por meio das quais os países acordam extraditar pessoas em condições equivalentes.

Partes no processo de extradição:

O pedido normalmente é feito via diplomática de governo a governo, e o Supremo Tribunal Federal é a autoridade competente a se pronunciar sobre o pedido. Em regra, é concedida a extradição de cidadão do país requisitante, salvo em casos de crime político. Brasileiros natos não podem ser extraditados. Os naturalizados podem sofrer o processo, nos casos previstos pela Constituição (Art. 5º, inciso II).

O indivíduo a ser extraditado é chamado de “extraditando”.

(Fonte: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbetes.asp?letra=E&id=152>>. Acesso em: 24 dez. 2015.)

A extradição pode ser ativa em relação ao Estado que a reclama, e passiva em relação ao Estado que a concede. Pode, ainda, ser voluntária, quando há concordância do extraditando, ou imposta, quando ocorre oposição por parte do extraditando. Por fim, pode ocorrer a reextradição, que resta configurada quando o Estado que obteve a extradição é requerido por um outro Estado, que solicita a entrega da pessoa que lhe foi extraditada (BITENCOURT, 2014).

Conforme assevera Bitencourt (2014, p. 235-237), a extradição se submete a alguns princípios e condições:

- Princípio da legalidade: não haverá extradição se o crime imputado ao extraditando não estiver especificado em tratado ou convenção internacional. Esse princípio pode ser mitigado caso os dois países envolvidos na extradição assumam o compromisso de tratamento igualitário em casos semelhantes.
- Princípio da Especialidade: o extraditado não poderá ser julgado por fato diverso daquele que motivou a extradição. Existe, no entanto, a possibilidade de pedido de extensão dos fundamentos da extradição para inclusão de outras infrações.

- Princípio da Identidade da Norma: o fato criminoso que origina a extradição deve ser considerado crime também no país ao qual a extradição foi solicitada.
- Princípio da Comutação: a extradição concedida pelo Brasil condiciona-se à não aplicação de pena de morte, prisão perpétua ou pena corporal pelo país requerente.
- Princípio da Jurisdicionalidade: visa impedir que o extraditando seja julgado no país de origem por Tribunal de exceção.
- Princípio do *Non Bis in Idem*: em caso de conflito positivo de competência, o país requerente deverá assumir a obrigação de comutar o tempo de prisão cumprido pelo extraditando em relação ao mesmo fato.
- Princípio da Reciprocidade: a extradição envolve dois aspectos convenientes e recíprocos a ambos os Estados envolvidos. Por um lado, o delito será punido no local de origem, e por outro, afasta-se do território nacional um delincente.



Atenção

- As condições para concessão da extradição estão previstas no Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80), mais especificamente nos artigos 77 e 78.
- Além dos princípios elencados, é indispensável o preenchimento de alguns requisitos para que se concretize a extradição (BITENCOURT, 2014, p. 237-239):
 - a) Exame prévio pelo STF (art. 102, inciso I, alínea “g”, da CF).
 - b) Existência de convenção ou tratado firmado com o Brasil, ou, na sua falta, o oferecimento de reciprocidade.
 - c) Ser o extraditando estrangeiro.
 - d) Existência de sentença final condenatória ou decreto de prisão cautelar.
 - e) O fato imputado deve constituir crime perante o Estado brasileiro e o Estado requerente.



Pesquise mais

Veja um caso emblemático julgado pelo STF sobre o tema “extradição”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116280>>. Acesso em: 24 dez. 2015.

3. Lugar do crime

Para a adoção do princípio da territorialidade é preciso identificar o

lugar do crime, o que nem sempre é tarefa fácil diante do caso concreto.

Existem três teorias que tratam do lugar do crime:

1. Teoria da Atividade: considera-se lugar do crime aquele em que ocorreu a ação ou omissão, ainda que em outro tenha se produzido o resultado.

2. Teoria do Resultado: considera-se lugar do crime aquele em que se produziu o resultado, ainda que outro seja o local da conduta.

3. Teoria da Ubiquidade ou Mista: considera-se lugar da infração tanto aquele em que ocorreu a ação ou omissão quanto o do resultado.

Depreende-se do art. 6º do CP que o Brasil adota 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”.



Assimile

L: Lugar do crime

U: Ubiquidade

T: Tempo do crime

A: Atividade

Quanto ao lugar do crime, o CP adota a teoria da ubiquidade. Quando ao tempo do crime, o CP adota a teoria da atividade.

A teoria da ubiquidade é de suma importância para a aplicação da lei penal nos crimes a distância, ou seja, entre fronteiras.



Lembre-se

A eventual duplicidade de julgamento é solucionada pela regra do art. 8º do CP, que possibilita a compensação de penas:

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

4. Eficácia da lei penal em relação às pessoas

Em regra, a lei penal se aplica a todas as pessoas indistintamente. No entanto, determinadas pessoas possuem imunidade, seja em virtude da função que ocupa ou em virtude de regras internacionais. Vejamos:

Imunidade Diplomática: As sedes diplomáticas são invioláveis, não podendo ser objeto de busca, requisição, embargo ou medida de execução, conforme prevê a Convenção de Viena, ratificada pelo Brasil pelo Decreto

nº 56.435/65. Portanto, as autoridades nacionais não podem adentrar nas sedes diplomáticas sem autorização, salvo se o crime tenha sido praticado em seu interior por alguém que não faça parte do corpo diplomático, ou seja, um comum. Também são dotados de imunidade os agentes diplomáticos, embaixadores, secretários da embaixada, pessoal técnico e administrativo das representações, seus familiares, funcionários da ONU, OEA e demais organizações internacionais quando em serviço, o Chefe de Estado estrangeiro que visita o país, e inclusive, os membros da sua comitiva.



Refleta

O diplomata pode renunciar à sua imunidade?

O agente diplomático só será obrigado a prestar depoimento na qualidade de testemunha sobre fatos que envolvam o exercício de sua função.



Assimile

O cônsul tem imunidade apenas quanto aos crimes cometidos em razão de suas funções.

Imunidade Parlamentar: Decorre do art. 53 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional 35/2001:

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

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

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

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

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

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

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

§ 7º A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva.

§ 8º **As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio**, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida.

Os parlamentares tem imunidade **formal e material**.

Pela imunidade material, tem-se que os deputados e senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. Nesse caso, o fato praticado deve ocorrer no exercício ou em razão das funções desempenhadas pelo parlamentar. Já a imunidade formal adverte que desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Tais questões serão trabalhadas detalhadamente na disciplina de Direito Constitucional.

Inviolabilidade do Advogado: Prevê a Constituição, no art. 133 que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Nesse sentido, dispõe o art. 7º, § 2º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 8.906/94 que a imunidade profissional do advogado abrange os crimes de injúria ou difamação qualquer manifestação de sua parte no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer. A inviolabilidade restringe-se a ofensa dirigida entre as partes litigantes.



Atenção

O desacato que constava na redação original do art. 7º, §2º do Estatuto da OAB foi declarado inconstitucional pelo STF na ADIn nº1127/06. Assim, o tipo penal do desacato, se praticado pelo advogado, mesmo que no exercício profissional, será punível.

I. Da eficácia de sentença estrangeira

O Código Penal, em seu art. 9º, dispõe que:

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. Parágrafo único - A homologação depende:

a) para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada;

b) para os outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça.

Ao abordar o tema, Capez (2014) afirma que o fundamento da homologação da sentença estrangeira reside no fato de que o Direito Penal é essencialmente territorial, de modo que uma sentença proferida por outro Estado deve ser homologada para que produza efeitos fora do país que a criou. Segundo ele (2014, p. 116), “a execução de sentença é um ato de soberania”.



Refleta

A competência para homologação da sentença penal estrangeira é do STJ, nos termos do art. 105, inciso I, alínea “i”, da CF, acrescentado pela EC 45/2004.

A homologação aprecia apenas os requisitos formais previstos no art. 788, do CPP, ou seja, não analisa o conteúdo material da sentença estrangeira.



Pesquise mais

Sugestões para aprofundar seus conhecimentos:

Procure ler sobre o Tribunal Penal Internacional, que se trata de uma Justiça supranacional e cuja competência não se restringe aos limites territoriais das respectivas soberanias. Sua função é punir crimes contra a humanidade e a ordem internacional. Recomenda-se o livro de Valério de Oliveira Mazzuoli, intitulado Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro. São Paulo: Premier, 2005.

FILME: **JULGAMENTO DE NUREMBERG**. Direção de Stanley Kramer. Roteiro de Abby Mann. Língua inglesa e alemã. Ano: 1961. Duração 3 horas e 6 minutos. Drama. (Três anos após a 2ª Guerra Mundial, um juiz aposentado americano assume a árdua tarefa de presidir o julgamento de quatro juizes nazistas, que usaram seus cargos para permitir e legalizar as atrocidades nazistas praticadas contra o povo judeu).



Exemplificando

Vamos analisar a decisão a seguir e depois entender o que ocorreu:

“Conflito de Competência. Falsificação e uso de documento falso. Lugar

da Infração. Havendo os crimes de que se trata sido praticados em território nacional, embora tenham sido descobertos no estrangeiro, determina-se a competência pelo lugar da infração (...)" (STJ – CC 4.002-3 – Rel. Fláquer Scartezini – DJU de 21.06.1993 – p. 12.338).

Segundo o art. 6º do CP, considera-se lugar do crime tanto aquele em que se deu a ação ou omissão quanto aquele em que se produziu o resultado. Assim, embora o cidadão brasileiro tenha sido descoberto apenas no estrangeiro (local do resultado), a falsificação se deu no Brasil (local da ação), de modo que será responsabilizado pelo crime. Caso ocorresse o inverso, ou seja, a falsificação no estrangeiro e o uso de documento falso no Brasil, igualmente o agente seria responsabilizado, pois a Teoria da Ubiquidade permite a punição tanto pela ação ou omissão quanto pelo resultado praticados no Brasil. da ação), de modo que será responsabilizado pelo crime. Caso ocorresse o inverso, ou seja, a falsificação no estrangeiro e o uso de documento falso no Brasil, igualmente o agente seria responsabilizado, pois a Teoria da Ubiquidade permite a punição tanto pela ação ou omissão quanto pelo resultado praticados no Brasil.



Faça você mesmo

Agora é sua vez de interpretar e reescrever o caso concreto após a análise da jurisprudência e das normas aplicáveis:

“O processo e julgamento de furto praticado por brasileiro em país estrangeiro competem à autoridade judiciária nacional ex vi do disposto no art. 5º, II, b, do CP – atual art. 7º, II, b” (STF – CJ – Rel. Djaci Falcão – RT 474/382).

Sem medo de errar

Vamos juntos buscar a solução para a situação-problema exposta nesta seção?

Foi apresentado a você o seguinte caso: na tentativa de mudar de vida, pois a situação econômica do país está instável e o ingresso de um ex-detento no mercado de trabalho é ainda mais difícil, Bruno viajou ilegalmente para o Paraguai para tentar iniciar uma nova vida. Após alguns dias perambulando pela cidade de Assunção sem qualquer êxito, Bruno tomou conhecimento de que a cidade estava sediando um evento oficial do Governo Paraguai no qual o Presidente do Brasil seria o conferencista do dia. Em um ato de revolta contra a corrupção e demais negligências do governo, em posse de uma arma de fogo, Bruno disparou contra o Presidente da República, sem, no entanto, atingir o alvo. Por absoluta sorte, Bruno conseguiu escapar e

evadiu-se novamente para o Brasil, vindo por fronteira seca a se refugiar na casa dos pais. Pergunto a você: considerando o crime praticado em território estrangeiro, será possível a condenação de Bruno pela lei penal brasileira e no território nacional?

Para responder a esta questão, você deverá compreender bem o que se entende por território brasileiro e qual é sua extensão, bem como as regras de aplicação da lei penal no território brasileiro e fora dele. Por fim, deverá entender quais são as consequências de um crime praticado contra o Presidente da República.

Qual é a lei aplicável ao presente caso? Como você analisa essa questão?

Segundo o art. 7º, inciso I, alínea “a”, do CP, aplicar-se-á a lei brasileira, ainda que o crime seja cometido no estrangeiro, sempre que o fato atentar contra a vida ou a liberdade do Presidente da República.

Trata-se, pois, de hipótese de extraterritorialidade incondicionada, isto é, não é necessário o atendimento a nenhum requisito ou condição para que a lei nacional seja aplicada.

Avançando na prática

Tempo do Crime

Descrição da situação-problema

Suponha que seja praticado o crime de envenenamento de parte da tripulação em um avião brasileiro, pertencente à FAB – Força Aérea Brasileira, durante um voo para o Paquistão, enquanto transitava pelo espaço aéreo internacional, onde não há jurisdição de nenhum país.

Nesta situação hipotética, será ou não aplicável a lei penal brasileira ao agente que praticou o crime?

Resolução da situação-problema

Como visto, a lei penal brasileira aplica-se a todo o território nacional. Tendo em vista que as embarcações e aeronaves brasileiras públicas ou a serviço de nosso governo são consideradas extensões do território nacional, então sim, o agente será responsabilizado.



Lembre-se

A competência para processar e julgar os crimes comuns praticados a bordo de navios e aeronaves com autorização para viagens internacionais é da Justiça Federal de primeiro grau, conforme dispõe o art. 109, inciso IX, da CF.



Faça você mesmo

Imagine a seguinte situação: Um passageiro argentino agride fisicamente um passageiro colombiano, causando-lhe lesões corporais de natureza grave, a bordo de uma aeronave panamenha privada, sobrevoando o território brasileiro de passagem, com destino a Miami. No caso relatado aplica-se ou não a lei penal brasileira? Por quê?

Faça valer a pena

1. O Brasil adota a teoria da territorialidade _____, nos termos do art. 5º do Código Penal: “Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional”.

Assinale a alternativa que completa corretamente a lacuna por se referir à espécie de teoria da territorialidade adotada no Brasil:

- a) Plena.
- b) Ubíqua.
- c) Matizada.
- d) Fraca.
- e) Mista.

2. (Adaptada – UEC – Polícia Civil/GO, 2013) Para Fernando Capez (2014, p. 97), o conceito material deste princípio compreende o espaço delimitado por fronteiras geográficas, e o conceito jurídico compreende todo o espaço em que o Estado pode exercer a sua soberania.

Em tema de aplicação da lei penal no espaço, tem-se como princípio reitor o princípio da:

- a) Proteção.
- b) Personalidade passiva.
- c) Personalidade ativa.
- d) Passagem inocente.
- e) Territorialidade.

3. A intraterritorialidade é o fenômeno a partir do qual observa-se a aplicação da legislação penal estrangeira dentro do território de uma nação (território brasileiro, no nosso caso). Como exemplo temos o caso dos embaixadores, que por força do direito internacional não responderão por crimes praticados no Brasil no exercício de suas funções.

A regra de direito internacional aplicável a tais casos é:

- a) A Convenção de Viena.
- b) O Tratado de Maastrich.
- c) A Convenção de Paris.
- d) O Tratado de Versalhes.
- e) O Tratado de Madri.

Fato típico: conduta, resultado, nexa causal e tipicidade penal

Diálogo aberto

Caro aluno,

Na seção anterior, você aprendeu sobre a lei penal no espaço, com a consequente abordagem dos princípios da territorialidade (art. 5º do CP) e extraterritorialidade (art. 7º do CP). Foi possível perceber que o Brasil adota a teoria da territorialidade mitigada, pois, embora a regra seja a aplicação da lei brasileira aos crimes cometidos em território nacional, é admitida, excepcionalmente, a utilização de lei penal estrangeira nos crimes praticados no território nacional quando assim previsto em tratados e convenções internacionais. Também foram delimitadas as hipóteses em que não se aplica a lei penal brasileira a fatos cometidos em território nacional, tais como as imunidades diplomáticas, imunidades parlamentares por quaisquer de suas opiniões e palavras ou, por fim, inviolabilidade do advogado. Ademais, você descobriu as três mais importantes teorias acerca do lugar do crime, sendo que o Brasil adota a teoria mista (ou ubiquidade), na qual se considera praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação/omissão ou onde se produziu ou deveria ter sido produzido o resultado (art. 6º do CP).

Até o momento você estudou os princípios basilares aplicáveis ao Direito Penal e todo o conteúdo da teoria da norma penal. Terão início, neste momento, os seus estudos sobre a teoria do crime, o que demandará maior esforço e dedicação de sua parte, uma vez que o domínio de todas as nuances do fato criminoso certamente importará na resolução de problemas profissionais futuros com maior facilidade.

Nesta nova seção você aprenderá todos os requisitos objetivos caracterizadores do fato típico, quais sejam, a conduta, o resultado, o nexa de causalidade e a tipicidade penal. Expostos todos estes elementos, você analisará nas próximas seções a presença de dolo ou culpa, que são os requisitos subjetivos do tipo penal.

Conheça uma nova situação próxima da realidade profissional: Ana Cristina estava trafegando em seu veículo automotor na Avenida Nossa Senhora do Carmo, em Belo Horizonte/MG, quando, de repente, deparou-se com um transeunte que tinha acabado de invadir a pista. O abaloamento do veículo contra a vítima foi a causa suficiente da morte do transeunte, que

teve traumatismo craniano e faleceu poucos minutos antes da chegada do socorro, conforme atestado por exame de corpo delito. Pelas imagens do acidente, pôde-se constatar que o transeunte atravessou a referida avenida sem observar a sinalização (não observou a faixa de pedestre). No mesmo dia foi realizada perícia no local, tendo sido constatado que Ana Cristina conduzia seu veículo na velocidade de 57 km/h, portanto, dentro da velocidade máxima permitida no local, que é de 60 km/h.

Findas as investigações, o Ministério Público Estadual de Minas Gerais ofereceu denúncia em desfavor de Ana Cristina como incurso na prática do crime previsto no art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro. A denúncia foi recebida pelo Juízo da 1º Vara Criminal de Belo Horizonte e, após citação, Ana Cristina procurou Livia para que a defendesse.

Pergunta: Qual é a teoria que Júlio, sob coordenação de Livia, poderá utilizar para fazer a defesa de Ana Cristina?

Para responder a esta indagação, você deverá compreender:

- O nexos de causalidade.
- A teoria da *conditio sine qua non* e a utilização do método hipotético de eliminação.

Imputação objetiva e a concepção de risco permitido.

Diante disso, é importante o aprofundamento do conteúdo a fim de facilitar a resolução da situação próxima da realidade profissional anteriormente mencionada.

Está curioso? Vamos começar!

Não pode faltar

O art. 1º da Lei de Introdução do Código Penal Brasileiro (Decreto- lei nº 3.914/41) diferencia o crime e a contravenção penal utilizando o critério quanto à natureza da pena, sem, contudo, estabelecer uma definição própria. Veja:

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

Infere-se desse artigo que o crime é punido com pena privativa de liberdade de reclusão ou detenção, enquanto a contravenção penal é sancionada

com pena de prisão simples, conforme visto na Unidade 1. Verifica-se, então, que a lei não dispõe acerca do que é considerado crime ou contravenção, mas tão somente em relação à sanção aplicada, ficando a cargo da doutrina a formulação conceitual.

Conforme assevera Cezar R. Bitencourt, o Brasil adota a teoria **bipartida** ou **dicotômica**, pois as condutas puníveis são classificadas em crimes (ou delitos) e contravenções penais. Todavia, há países que adotam a teoria **tripartida**, dividindo as condutas em crimes, delitos e contravenções, como a França, Rússia e Alemanha. Ainda, o autor acrescenta que a diferença substancial entre ambas as condutas é que as contravenções apresentam menor gravidade em relação aos crimes (2011, p. 253).

A fim de conceituar o crime, a doutrina atribui-lhe várias acepções.

Vamos analisar cada uma delas?

- **Conceito formal:** Crime é toda ação/omissão proibida pela lei penal.
- **Conceito material:** Crime é toda ação/omissão que viola um bem jurídico penalmente protegido.



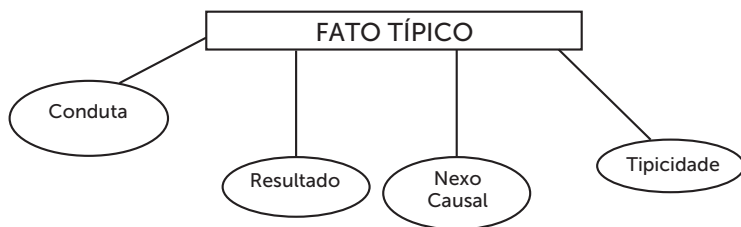
Lembre-se

Para a maioria dos doutrinadores, a função do Direito Penal é a proteção de bem jurídico, que são aqueles valores relevantes e imprescindíveis para o indivíduo e para a sociedade como um todo. Exemplos: vida, liberdade, dignidade sexual, propriedade, etc.

- **Conceito analítico de crime:** Crime é toda ação/omissão típica, ilícita e culpável.

A partir deste último conceito apresentado, dividiremos os estudos das categorias do delito (fato típico, ilícito e culpável) a fim de facilitar a sua compreensão. Iniciaremos pelo fato típico, que, por sua vez, se decompõe em conduta, resultado, nexa causal e tipicidade.

Figura 2.5- Elementos do fato típico.



Fonte: A autora.

Antes, porém, cumpre retomar conceitos que serão utilizados comumente em sua vida profissional e que serão abordados ao longo deste material, quais sejam:

- *Crime comum*: é aquele que pode ser praticado por qualquer pessoa, pois não exige nenhuma qualidade especial (Ex: homicídio, lesão corporal e furto).
- *Crime próprio*: é aquele que só pode ser praticado por uma pessoa que detém uma qualidade ou condição especial (Ex: peculato a condição especial é ser funcionário público).
- *Crime de mão própria*: é aquele que só pode ser praticado pelo agente de forma pessoal, ou seja, não pode haver intermediação de outrem (Ex: falso testemunho).
- *Crime doloso*: é a reunião dos elementos vontade e consciência de produzir o resultado, isto é, o agente quer produzir o resultado ou assume o risco de fazê-lo.
- *Crime culposo*: é a inobservância a um dever objetivo de cuidado, uma vez que o sujeito ativo age com imprudência, negligência ou imperícia.
- *Crime preterdoloso*: o sujeito almeja a prática de um crime, mas o resultado é mais gravoso, pois ele age com dolo no antecedente e culpa no consequente (Ex: lesão corporal seguida de morte).
- *Crime unissubsistente*: é aquele que se perfaz com um único fato e não admite a tentativa (Ex: injúria).
- *Crime plurissubsistente*: é aquele em que a conduta pode ser fracionada em atos, admitindo a tentativa (Ex: roubo).
- *Crime unissubjetivo*: é aquele que pode ser praticado pelo sujeito de modo individual, admitindo, neste caso, o concurso eventual de pessoas (Ex: homicídio).
- *Crime plurissubjetivo*: é exigida a presença de duas ou mais pessoas, sendo necessária a hipótese de concurso necessário (Ex: associação criminosa e rixa).
- *Crime instantâneo*: é aquele que se consuma no mesmo instante em que a ação é praticada, uma vez que não se prolonga no tempo (Ex: furto).
- *Crime permanente*: é aquele cuja consumação se prolonga no tempo (cárcere privado e sequestro).

- *Crime instantâneo de efeito permanente*: é aquele que, embora a ação seja instantânea, seus efeitos perduram no tempo (Ex: homicídio).
- *Crime de dano*: exige a efetiva lesão ao bem jurídico para que o crime seja consumado (Ex: lesão corporal).
- *Crime de perigo*: a consumação ocorre com a simples criação de perigo para um bem jurídico penalmente protegido (Ex: expor alguém a contágio de moléstia venérea).
- *Crime material*: a consumação do crime exige a produção de um resultado naturalístico (Ex: furto).
- *Crime formal*: a consumação do crime não depende do resultado, pois este pode ou não ocorrer (Ex: desobediência).
- *Crime de mera conduta*: não existe resultado naturalístico, de modo que o crime se consuma com a mera atividade do agente.

Agora que você relembrou os principais conceitos da classificação doutrinária dos crimes, passemos à análise individual dos elementos objetivos do fato típico.

1. CONDUTA

O conceito finalista, segundo Bitencourt (2011), dispõe que a ação é um comportamento humano voluntariamente e conscientemente dirigido a um fim.



Pesquise mais

Existem diversas teorias da ação, tais como a causal-naturalista, teoria final (anteriormente mencionada), teoria social, teoria funcional e teoria da ação significativa.

Para aprofundar seus estudos, leia a doutrina de Paulo César Busato (BUSATO, Paulo Cesar. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015).

Depreende-se desse conceito que a ação constitui-se de um comportamento humano, de modo que os animais, por exemplo, não podem ser sujeitos ativos de crimes.



Refleta

A pessoa jurídica pode ser considerada sujeito ativo no caso de crimes ambientais, conforme preconizado pelo art. 225, §3º, da Constituição da República. Reflita se essa possibilidade está em consonância com o conceito tradicional de ação exposto anteriormente.

Ainda, a conduta deve ser exteriorizada, uma vez que o Direito Penal não pune a vontade não realizada, a mera cogitação.

A ação também deve ser voluntária, pois, caso seja forçada por um agente externo, haverá ausência de ação, como nos casos de coação física irresistível, movimentos reflexos ou atos de inconsciência.

A *coação física irresistível* diz respeito à total ausência de voluntariedade na ação, pois a pessoa age pela vontade de um terceiro (não se compara com a coação moral irresistível, que exclui a culpabilidade). Constituem *movimentos reflexos* os ataques epilépticos, por exemplo, uma vez que a conduta decorre de alteração no sistema nervoso. Por sua vez, os atos de inconsciência têm como exemplos o sonambulismo e a hipnose.

Por fim, o conceito de ação demonstra que se trata de um fazer ou não fazer no mundo. Diante disso, é possível verificar que o comportamento é realizado por comissão (fazer algo) ou por omissão (deixar de fazer algo).

Os crimes omissivos subdividem-se em omissivos próprios ou impróprios.

A omissão própria consiste, segundo Bitencourt (2011, p. 280), em “desobediência a uma norma mandamental, norma esta que determina prática de uma conduta, que não é realizada. Há, portanto, a omissão de um dever de agir imposto normativamente, quando possível cumpri-lo, sem risco pessoal”.

São crimes de mera conduta, em que basta a abstenção do **dever de agir imposto a todos de forma genérica** para que o crime se consuma. Um exemplo recorrente é a omissão de socorro, prevista no art. 135 do CP.

Não se espera que o sujeito pratique atos que vão além de suas forças para evitar que ocorra um resultado, mas tão somente que aja de acordo com suas possibilidades em um caso concreto. Assim, deve-se questionar: se o sujeito não tivesse se omitido, prestando o socorro, o resultado seria diverso? Se a resposta for afirmativa, resta clara a relação de causalidade, uma vez que a omissão foi penalmente relevante. Em caso negativo, não há que se falar em atribuição do resultado à omissão do agente, pois esta foi irrelevante no caso.

Situação distinta ocorre nos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão. Nestes, o **dever de agir é direcionado a algumas pessoas que**

exercem a função de garantidor. Tem-se, nos dizeres de Paulo C. Busato (2015, p. 291), “um crime cujo núcleo do tipo (verbo que descreve a ação) é um fazer, porém, a realização concreta do resultado previsto pelo tipo se dá através de uma omissão, ou seja, de um não fazer”.

Nos crimes omissivos impróprios o agente tem a obrigação de agir para evitar a produção do resultado.

Bitencourt (2011) destaca que são pressupostos fundamentais do crime omissivo impróprio o poder de agir – deve haver possibilidade física de agir –, a evitabilidade do resultado – assim como no omissivo próprio, deve-se verificar se o resultado subsistiria no caso de ter sido praticada a conduta devida – e, por fim, o dever de impedir o resultado – a figura do garantidor.

Dispõe o art. 13, §2º, do CP que:

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.

§ 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.**

Neste esteio, são considerados garantidores aqueles que tenham por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, quem assumiu a responsabilidade de impedir o resultado e quem, com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Têm obrigação legal de cuidado, dever ou vigilância os pais com relação aos filhos, os bombeiros e os policiais, por exemplo.



Refleta

Tendo o médico obrigação legal de cuidado, dever ou vigilância, poderá ele deixar de realizar transfusão de sangue em pacientes que são testemunhas de Jeová?

É garante aquele que, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado, como no caso de mães que deixam os filhos sob cuidado de parentes ou vizinhos.

Ademais, também é considerado garantidor aquele que, com o comportamento anterior, cria o risco da ocorrência do resultado, como no caso em que o sujeito deixa um frasco de remédio ao alcance de uma criança, que ingere vários comprimidos de uma vez e, após passar mal, vem a falecer. Ao perceber os sintomas, o sujeito deveria ter agido para evitar que ocorresse o resultado morte.



Faça você mesmo

Com base nos exemplos citados, sugiro que você busque na doutrina outros exemplos em que se tem a figura do garantidor.

2. RESULTADO

O resultado pode ser:

- Natural: é a modificação no mundo exterior provocada pela ação, e subdivide-se em material, formal e de mera conduta, já abordados.

Tabela 2.1- Classificação do crime quanto ao resultado.

CRIME MATERIAL	CONDUTA + RESULTADO = CONSUMAÇÃO
CRIME FORMAL	CONDUTA + RESULTADO* = CONSUMAÇÃO *pode ou não ocorrer
CRIME DE MERA CONDUTA	CONDUTA = CONSUMAÇÃO

Fonte: A autora.

- Jurídico: é a lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico penalmente protegido.

3. NEXO DE CAUSALIDADE

Nexo causal é o liame entre a ação praticada pelo agente e o resultado produzido. Segundo o art. 13 do CP, considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Pode-se afirmar que o Código adotou, para definição do nexo causal, a teoria da equivalência das condições ou *conditio sine qua non* como regra.



Assimile

A teoria da *conditio sine qua non* aplica-se somente aos crimes materiais

Conforme afirmado por Bitencourt (2011), para verificar se o antecedente é causa do resultado é necessário realizar o juízo hipotético de eliminação, no qual se retira determinado comportamento para verificar se o resultado teria surgido ainda assim ou se este desapareceria em decorrência da supressão da referida ação. Se o resultado ocorresse mesmo com a supressão da conduta, não haveria nexa causal. No entanto, se o resultado desaparecesse com a eliminação da conduta, haveria de se falar que esta foi condição indispensável para a determinação do resultado.

Inobstante, a teoria da *conditio sine qua non* sofre críticas no tocante à sua infinitude, ou seja, em virtude do regressus ad infinitum, pode-se chegar ao absurdo de encontrar nexa causal entre o agente que praticou o crime de homicídio e o fabricante da arma que ele, porventura, tenha utilizado no crime. Ora, o Direito Penal consagra a responsabilidade subjetiva, de modo que é necessário encontrar limites à teoria da equivalência das condições.

Como forma de limitar a utilização da referida teoria, existem as causas absolutamente independentes à conduta, que podem ser preexistentes, concomitantes ou supervenientes. São causas exteriores que não possuem vínculo com o ato praticado pelo agente e que, de forma isolada, deram causa ao resultado.

Havendo uma dessas causas, o sujeito não responderá pelo resultado, mas apenas pelos atos já praticados. São elas:

- **Causa absolutamente independente preexistente:** ocorre antes da conduta (Ex: Tício desfere uma facada em Mévio, que vem a falecer. No exame de corpo de delito, foi constatado que a morte de Mévio se deu em razão de envenenamento anterior causado por Tércio).
- **Causa absolutamente independente concomitante:** ocorre de forma simultânea com a conduta (Ex: Tício atira em Mévio, que vem a falecer em razão de um súbito ataque cardíaco que ocorreu no mesmo instante do disparo da arma de fogo).
- **Causa absolutamente independente superveniente:** ocorre posteriormente à conduta (Ex: Tício ministra um veneno e coloca no suco de Mévio. Após ingerir o suco e antes da produção de qualquer efeito, Mévio é alvejado por uma bala perdida e vem a falecer).

Ao contrário do que ocorre nas situações anteriores, em que uma causa

é única e exclusivamente responsável pelo resultado, existem outras que reforçam a atuação humana. Há, no caso, o que a doutrina chama de soma de esforços, que também se decompõem em causas preexistentes, concomitantes e supervenientes. São elas:

- **Causa relativamente independente preexistente:** ocorre antes da conduta (Ex: Tício desferiu uma facada em Mévio, que é portador de hemofilia. Mévio faleceu em razão da hemorragia. Logo, a hemofilia (condição preexistente), sozinha, não teria o condão de causar a morte de Mévio. A facada, então, foi determinante para a realização do resultado).
- **Causa relativamente independente concomitante:** ocorre de forma simultânea com a conduta (Ex: Tício desferiu uma facada em Mévio, causando-lhe apenas ferimentos leves. Assustado, Mévio sai correndo por uma avenida e é atingido por um carro).

Nas causas relativamente independentes, nas modalidades preexistentes e concomitantes, o agente responderá pelo resultado, uma vez que, suprimindo a sua conduta, o resultado desapareceria.

Quanto às causas relativamente independentes supervenientes, faz-se necessária a distinção entre aquelas que não produzem o resultado por si só e aquelas que por si só produzem o resultado.

- **Causa relativamente independente superveniente que não produz o resultado por si só:** ocorre posteriormente à conduta, mas guarda com ela uma relação direta e necessária para a concretização do resultado (Ex: Tício desferiu facadas em Mévio, que logo em seguida é encaminhado para o hospital. Após as intervenções médicas, Mévio faleceu em razão de infecção hospitalar). Neste caso, o sujeito responderá pelo resultado – no caso do exemplo, homicídio).
- **Causa relativamente independente superveniente que por si só produz o resultado:** essa hipótese está prevista no art. 13, §1º, do CP, nos seguintes dizeres:

§ 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.

Aplica-se, neste caso, a teoria da causalidade adequada em detrimento da teoria da *conditio sine qua non*, pois, para essa teoria, causa não é somente aquela imprescindível, mas também a adequada para a produção do resultado. Aqui, verifica-se que o resultado ocorreu em virtude de uma ação que o produziu de forma isolada e sem qualquer interferência da relação antecedente. Há, pois, um desvio do nexo causal.



Exemplificando

Um exemplo recorrente na doutrina é o seguinte: Tício, após ser ferido por Mévio, é levado de ambulância para o hospital. A caminho do hospital, a ambulância cai em um penhasco e Tício bate a cabeça em uma pedra, causando-lhe sua morte. Eliminando-se a conduta de Mévio, há que se advertir que Tício não estaria na ambulância no momento do acidente, de modo que não é possível afirmar que a condição antecedente não foi determinante para o resultado. Contudo, houve uma causa superveniente, qual seja, o acidente da ambulância que levava Tício para o hospital.

Bitencourt (2011) levanta a seguinte questão: essa causa superveniente aliou-se ao ferimento, somando energias na produção do resultado morte, ou a vítima faleceu exclusivamente em virtude da segunda causa – acidente da ambulância? É possível afirmar que a vítima faleceu em razão de uma situação imprevisível em relação à conduta primitiva, não havendo que se falar em soma de energias. Dessa forma, tem-se uma causa relativamente independente que, por si só, produziu o resultado.

Findas as questões envolvendo as concausas independentes, faz-se necessária uma análise sobre a **teoria da imputação objetiva**, cuja importância tem sido destacada nos noticiários e objeto de estudo dos maiores penalistas do mundo.

Para essa teoria, a partir da doutrina funcionalista de Claus Roxin, só pode ser imputado um resultado a alguém que tenha criado um risco não permitido ao bem jurídico penalmente protegido. Desta feita, a conduta será atribuída àquele que criou ou incrementou um risco proibido, desde que o resultado tenha ocorrido em decorrência desse risco.



Pesquise mais

Sugiro duas importantes obras para quem deseja aprofundar os estudos sobre imputação objetiva.

ROXIN, Claus Roxin. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GRECO, Luís. **Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

Assim, não deve ser imputado um resultado a alguém que tenha agido em conformidade com os preceitos normativos. Como exemplos, Paulo C. Busato (2015) destaca as intervenções médicas para salvar pacientes ou a conduta de conduzir veículo em obediência às normas de trânsito, uma vez que representam a ausência de ultrapassagem dos limites toleráveis do risco.

Ademais, o princípio da confiança limita o risco permitido, uma vez que, ao vivermos em sociedade, cria-se a expectativa de que o outro aja de acordo com o seu dever.

Portanto, Paulo Queiroz afirma que a imputação objetiva é mais uma teoria da ‘não imputação’, do que uma teoria ‘da imputação’ (Boletim do ICP, 2000, p.3).



Assimile

Análise interessante decisão do STJ que utilizou a teoria da imputação objetiva: “PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. MORTE POR AFOGAMENTO NA PISCINA. COMISSÃO DE FORMATURA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ACUSAÇÃO GENÉRICA. AUSÊNCIA DE PREVISIBILIDADE, DE NEXO DE CAUSALIDADE E DA CRIAÇÃO DE UM RISCO NÃO PERMITIDO. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA. (...)”

3. Por outro lado, narrando a denúncia que a vítima afogou-se em virtude da ingestão de substâncias psicotrópicas, o que caracteriza uma autocolocação em risco, excludente da responsabilidade criminal, ausente o nexo causal.

4. **Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta dos acusados e a morte da vítima, à luz da teoria da imputação objetiva, necessária é a demonstração da criação pelos agentes de uma situação de risco não permitido, não ocorrente, na hipótese, porquanto é inviável exigir de uma Comissão de Formatura um rigor na fiscalização das substâncias ingeridas por todos os participantes de uma festa.**

5. **Associada à teoria da imputação objetiva, sustenta a doutrina que vigora o princípio da confiança, as pessoas se comportarão em conformidade com o direito, o que não ocorreu in casu, pois a vítima veio a afogar-se, segundo a denúncia, em virtude de ter ingerido substâncias psicotrópicas, comportando-se, portanto, de forma contrária aos padrões esperados, afastando, assim, a responsabilidade dos pacientes, diante da inexistência de previsibilidade do resultado, acarretando a atipicidade da conduta.**

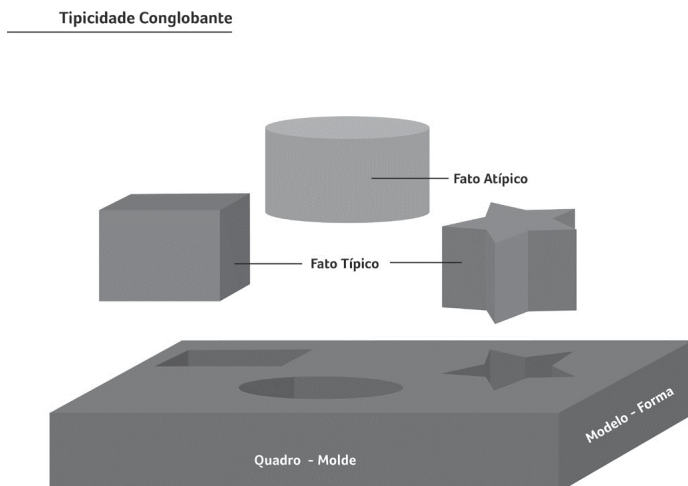
6. Ordem concedida para trancar a ação penal, por atipicidade da conduta, em razão da ausência de previsibilidade, de nexo de causalidade e de criação de um risco não permitido, em relação a todos os denunciados, por força do disposto no art. 580 do Código de Processo Penal (STJ, HC 46.525-MT, Quinta Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves, j. 20.03.06)”.

4. TIPICIDADE

A tipicidade, conforme o conceito formal, é o juízo de adequação da conduta a um tipo previsto em lei. Ainda, deve-se analisar, sob o aspecto material, se aquele fato praticado lesionou um bem jurídico penalmente tutelado.

Pode ocorrer a adequação típica de forma imediata (quando há subsunção imediata no tipo – ex: art. 121 do CP) ou mediata (quando há uma norma de extensão, como é o caso do mencionado art. 13, § 1º, ou do art. 14, ambos do CP).

Figura 2.7- O fato típico



Fonte: <<https://jusesperniandi.wordpress.com/2012/03/01/tipicidade-conglobante/>>. Acesso em: 24 dez. 2015.

Zaffaroni ainda acrescenta a tipicidade conglobante, pela qual se deve analisar a existência de uma conduta antinormativa, ou seja, o fato praticado pelo agente deve ser contrário ao ordenamento jurídico como um todo.



Exemplificando

Um exemplo recorrente na doutrina é o seguinte: certo oficial de justiça, munido de um mandado de apreensão, toma posse de um veículo na residência do proprietário. Formalmente, tal conduta amolda-se no art. 155 do CP (furto), mas constitui causa de exclusão da ilicitude (estrito cumprimento do dever legal). Pela teoria da tipicidade conglobante, não haveria necessidade de analisar a ilicitude, uma vez que o fato não seria típico, pois o ordenamento jurídico deve ser analisado de forma ampla. Não pode ser considerado típico um fato que o ordenamento jurídico admite como válido.



Pesquise mais

Sugiro a leitura do artigo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais acerca da tipicidade conglobante. SALVADOR, Alamiro Velludo. Reflexões Dogmáticas sobre a Teoria da Tipicidade Conglobante. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/4-ARTIGO>. Acesso em: 20 jan. 2016.

Nesta seção, você aprendeu todas as nuances de um fato típico (conduta, resultado, nexos causal e tipicidade) e seus consequentes desdobramentos. Trata-se da parte mais extensa e conceitual da teoria do crime. A partir da próxima seção, quando entrarmos nos elementos subjetivos do tipo (dolo e culpa), teremos situações mais próximas à sua realidade.

Sem medo de errar

Vamos juntos buscar a solução para a situação-problema exposta nesta seção?

Foi apresentado a você o seguinte caso: Ana Cristina estava trafegando em seu veículo automotor na Avenida Nossa Senhora do Carmo, em Belo Horizonte/MG, quando, de repente, deparou-se com um transeunte que tinha acabado de invadir a pista. O abalroamento do veículo contra a vítima foi a causa suficiente da morte do transeunte, que teve traumatismo craniano e faleceu poucos minutos antes da chegada do socorro, conforme atestado por exame de corpo delito. Pelas imagens do acidente, pôde-se constatar que o transeunte atravessou a referida avenida sem observar a sinalização (não observou a faixa de pedestre). No mesmo dia foi realizada perícia no local, tendo sido constatado que Ana Cristina conduzia seu veículo na velocidade de 57 Km/h, portanto, dentro da velocidade máxima permitida no local, que é de 60 Km/h.

Findas as investigações, o Ministério Público Estadual de Minas Gerais ofereceu denúncia em desfavor de Ana Cristina como incurso na prática do crime previsto no art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro. A denúncia foi recebida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal de Belo Horizonte e, após citação, Ana Cristina procurou Lívia para que a defendesse.

Pergunta: Qual é a teoria que Júlio, sob coordenação de Lívia, poderá utilizar para fazer a defesa de Ana Cristina?

Para responder a esta questão, você deverá compreender bem o nexo de causalidade, a teoria da *conditio sine qua non* e principalmente a teoria da imputação objetiva.



Lembre-se

Pela teoria da *conditio sine qua non*, considera-se causa aquela condição sem a qual o resultado não teria ocorrido. Como forma de complementar essa teoria, Claus Roxin trouxe à baila a teoria da imputação objetiva. Neste esteio, é importante você relembrar o conceito de risco permitido e o princípio da confiança com vistas à resolução da situação-problema.

Utilizando-se puramente da teoria da *conditio sine qua non*, é possível absolver Ana Cristina da prática do crime previsto no art. 302 do CTB? Há nexos causal entre a conduta de Ana Cristina e a morte da vítima? Reformulando a pergunta, se fosse suprimida a conduta de Ana Cristina, ainda assim o crime teria ocorrido?

Caso a resposta anterior seja insuficiente para absolver a acusada, é possível afirmar que Ana Cristina ocasionou ou agravou um risco juridicamente proibido? Ainda, pelo princípio da confiança, é possível a Ana Cristina prever a conduta da vítima, que de repente atravessou a avenida sem observar a sinalização?

Como você analisa essas questões? Vamos buscar a resposta?

Inicialmente, é preciso analisar se há nexos causal entre o resultado morte do transeunte e a conduta de Ana Cristina. Pela teoria da *conditio sine qua non* e utilizando-se do juízo hipotético de eliminação, é possível observar que, suprimindo a conduta de Ana Cristina, o resultado morte do transeunte desaparece, motivo pelo qual se pode afirmar que há nexos de causalidade no presente caso. Contudo, embora seja a teoria adotada no Brasil, a teoria da equivalência das condições necessita ser complementada pela teoria da imputação objetiva.

Segundo a teoria da imputação objetiva, sob a ótica de Claus Roxin, a conduta será atribuída somente àquele que criou ou incrementou um risco proibido, desde que o resultado tenha ocorrido em decorrência desse risco. Depreende-se da perícia e das imagens do local que Ana Cristina conduzia seu veículo a 57 km/h, velocidade inferior à máxima permitida no local, bem como que o transeunte invadiu a pista sem observar a sinalização. Assim, tendo agido em conformidade com as regras estabelecidas pela legislação, é possível afirmar que Ana Cristina não criou ou incrementou um risco juridicamente proibido, não podendo ser imputado esse resultado a ela, uma vez que foi derivado de uma autocolocação em risco pela própria vítima. Em virtude do princípio da confiança, a partir do momento em que vivemos em sociedade, devemos confiar que as outras pessoas agirão em conformidade com as regras já estabelecidas, de modo que, no presente caso, não se espera que, ao conduzir seu veículo, alguém invada a pista sem observar a sinalização.

Diante disso, ao elaborar a minuta da defesa, sob a coordenação de Livia, Júlio poderá utilizar a teoria da imputação objetiva com vistas à absolvição de Ana Cristina.

Avançando na prática

Tipicidade Conglobante

Descrição da situação-problema

Anderson Silva é lutador de MMA e, no dia 28 de dezembro de 2013, enfrentou o também lutador de UFC Chris Weidman. No decorrer da luta, Chris Weidman acertou um golpe na perna de Anderson Silva, ocasionando-lhe grave lesão corporal.

Chris Weidman será punido criminalmente pela lesão corporal praticada em face de Anderson Silva?

Resolução da situação-problema

Para resolver a questão, vamos retomar o conceito de tipicidade conglobante. A partir dessa análise, você poderá observar que a referida teoria prima pela coerência interna entre os elementos de um mesmo ordenamento jurídico, de modo que não é possível considerar típico um fato permitido em outro texto legal. Assim, no caso, verifica-se que o ordenamento jurídico permite a prática de MMA, não havendo que se falar em exclusão de ilicitude (exercício regular do direito), mas sim em exclusão do próprio tipo penal em razão da tipicidade conglobante. Logo, o fato praticado por Chris Weidman é atípico.

Faça valer a pena

1. A doutrina criou conceitos diversos de crime, destacando-se os conceitos formal, material e analítico.

I – Segundo o conceito formal, crime é uma conduta que ofende um bem jurídico penalmente protegido.

II – O conceito analítico prevê que o crime é um fato típico, ilícito e punível.

III – O conceito material dispõe que crime é uma conduta proibida pela lei penal.

IV – O conceito analítico prevê que crime é um fato típico, ilícito e culpável.

Assinale a alternativa que contém as assertivas CORRETAS:

- a) Todas as proposições estão incorretas.
- b) Somente está correto o que se afirma na proposição IV.
- c) Somente está correto o que se afirma nas proposições I e III.
- d) Todas as proposições estão corretas.
- e) Somente está correto o que se afirma nas proposições II e IV.

2. “(...) não são poucos os que defendem que a conduta infracional de realizar o jogo do bicho, nos termos do dispositivo legal supra, deveria deixar de ser uma infração penal, em face da ausência de reprovação social, havendo portanto duas posições: 1) a de que a conduta não pode ser considerada contravenção, em face da ausência de reprovação social; e, 2) a de que os costumes não têm força revocatória da lei, mantendo-se a tipificação da conduta”. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7657/Crime-e-contravencao-penal-diferencas-e-semelhanças>>. Acesso em: 24 dez. 2015.

Quanto aos crimes e contravenções penais, assinale a alternativa verdadeira:

- a) A lei não dispõe acerca do conceito de crime, ficando a cargo da doutrina fazê-lo.
- b) O crime e a contravenção penal diferenciam-se pela maior gravidade desta em relação àquele.
- c) Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de prisão simples.
- d) Não é possível a aplicação da pena de multa para a contravenção penal.
- e) O Brasil adota a teoria tripartite, uma vez que há distinção entre crime, delito e contravenção penal.

3. O conceito de crime decorre da compreensão de diversas teorias penais. É INCORRETO o que se afirma em:

- a) O fato típico decompõe-se em conduta, resultado, nexa causal e tipicidade.
- b) O Brasil adota a teoria da *conditio sine qua non* como regra.
- c) A imputação objetiva veio para substituir a teoria da *conditio sine qua non*.
- d) A tipicidade formal é a moldagem da conduta praticada ao fato previsto em lei.
- e) A omissão pode ser própria ou imprópria, existindo nesta última a figura do garantidor.

Fato típico: crime doloso

Diálogo aberto

Caro aluno,

Na seção anterior, você iniciou os estudos da teoria do crime, tomando ciência dos conceitos de delito adotados pela doutrina (formal, material e analítico) e também dos requisitos objetivos do fato típico, bem como de seus desdobramentos. Foi possível perceber que, pelo conceito finalista, a ação é um comportamento humano voluntariamente dirigido a uma finalidade. Aprendeu que a conduta humana pode ocorrer por meio de um agir positivo ou negativo (omissão própria e imprópria) e suas causas de exclusão (coação física irresistível, atos reflexos e atos de inconsciência). Além disso, foi levado a seu conhecimento que o resultado pode ser natural ou jurídico. Ademais, sobre o nexo de causalidade, você descobriu que o Brasil adota, como regra, a teoria da *conditio sine qua non*, mas em razão de suas limitações, há necessidade de ser complementada pela teoria da imputação objetiva. Por fim, foram apresentados os conceitos de tipicidade formal, material e conglobante, sendo esta última preconizada pelo argentino Eugênio Raúl Zaffaroni.

Como explicado na última seção, a análise do fato típico pressupõe a averiguação em concreto dos requisitos objetivos, já analisados, e também dos subjetivos. Terão início, nesta seção, seus estudos sobre os requisitos subjetivos do tipo penal, a começar pelo dolo. A culpa, por sua vez, será o objeto de estudo da Seção 3.1.

Imagine uma nova situação próxima da realidade profissional: Alessandro é frentista de um posto de gasolina e, após embriagar-se na noite da virada de fim de ano, conduziu seu veículo em uma avenida movimentada do Rio de Janeiro/RJ na velocidade de 105 Km/h, quando atropelou e matou cinco pessoas que estavam no ponto de ônibus. Testemunhas que estavam no local ouviram gritos de Alessandro, o qual supostamente teria colocado a cabeça para fora do carro e pronunciado os seguintes dizeres: “- Se não saírem da frente eu atropelo. Azar se matar!”. A família de uma das vítimas procurou Lívia para que ela ingressasse em Juízo como assistente da acusação. Após o aceite, Lívia pediu a Júlio que a ajudasse a compreender a acusação imputada a Alessandro.

Pergunta: A conduta de Alessandro constitui dolo? De qual espécie? Para responder a esta indagação, você deverá compreender:

- O conceito de dolo e seus elementos.
- O dolo eventual e suas principais características.

Diante disso, é importante o aprofundamento do conteúdo a fim de facilitar a resolução da situação próxima da realidade profissional anteriormente mencionada.

Está curioso para saber a resolução desse problema? Vamos começar os estudos desta seção!

Não pode faltar

Conforme conceito analítico, crime é um fato típico, ilícito e culpável.

O fato típico pressupõe a análise de um tipo objetivo e de um tipo subjetivo. Verificada em um caso concreto a presença de ação, resultado, nexos causal e tipicidade, bem como constatada a autoria ou a participação (será analisada na Seção 4.3), passa-se à análise da existência do requisito subjetivo do tipo, consubstanciado no dolo ou na culpa. Esta seção, no entanto, refere-se apenas ao estudo do crime doloso.

Luiz Regis Prado adverte que o dolo é a vontade consciente de realizar os elementos objetivos do tipo penal (2010). Pode-se dizer que o dolo é a regra no ordenamento jurídico, de modo que a modalidade culposa deve vir expressa no tipo penal.

Serão analisadas a seguir as teorias, os elementos e as espécies de dolo.

1. TEORIAS DO DOLO

Ao longo do tempo, diversas teorias tentaram explicitar a definição de dolo, como as teorias da vontade, da representação ou do consentimento. São elas:

- *Teoria da vontade*: Dolo é a vontade em praticar uma ação para causar determinado resultado. Dessa forma, não basta ter o resultado como provável ou possível, é necessário que ele tenha sido desejado pelo agente.
- *Teoria da representação*: Para a configuração do dolo, basta a previsão de um resultado como certo ou provável de ocorrer, isto é, representa a simples probabilidade de ofensa a um bem jurídico penalmente protegido. Trata-se, na verdade, de simples antecipação mental do resultado.

- *Teoria do consentimento*: Configura-se o dolo quando há consentimento na ocorrência do delito ou, ainda, assunção do risco de produzir determinado resultado.

O artigo 18 do CP dispõe que:

Art. 18 - Diz-se o crime:

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

Conforme disposição legal, tem-se caracterizado o dolo quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Isso significa que o Código Penal adotou a teoria da vontade em relação ao dolo direto e a teoria do consentimento no tocante ao dolo eventual.

2. ELEMENTOS DO DOLO

O dolo é a **consciência** e a **vontade** de realizar a infração penal, ou seja, compõe-se de um elemento cognitivo, que é a consciência, e de um elemento volitivo, caracterizado pelo desejo em cometer o delito.

Vamos analisar detalhadamente cada um deles?

- **Elemento cognitivo ou intelectual** – *consciência*: Bitencourt (2011) afirma que, para a configuração do dolo, exige-se previsão ou representação daquilo que se pretende praticar. Tal previsão/ representação significa o conhecimento, pelo autor do delito, de todos os elementos que integram o tipo penal, bem como a consciência em realizá-los. É imprescindível que essa consciência seja atual, isto é, deve existir no momento da prática criminosa. Aqui incide o erro de tipo, uma vez que este consiste na falsa percepção da realidade, o que será estudado em momento oportuno.
- **Elemento volitivo** – *vontade*: a configuração do dolo exige a vontade (o querer) em realizar a ação/omissão para atingir determinado resultado. Bitencourt (2011) afirma que essa vontade pressupõe a possibilidade de influir no curso causal, uma vez que tudo o que estiver fora do âmbito de atuação concreta do agente pode ser desejado ou esperado, mas não significa querer realizá-lo.



Exemplificando

Busato (2015) afirma que em razão dessa necessidade concreta de influir no curso causal, não é possível punir um homem que envia o seu amigo

para comprar pães, às 18 horas, com a pretensão de que, dado o horário de rush, o fluxo exagerado de veículos resulte em seu atropelamento.

Cumpra mencionar que ambos os elementos são cumulativos, sendo imprescindíveis para a configuração do dolo. Assim, de nada adianta a presença da vontade sem a consciência da ação, ou a presença desta sem a vontade.

Por fim, resta esclarecer que uma das maiores contribuições da teoria finalista foi a retirada da análise do dolo e culpa da culpabilidade, terceiro elemento do crime, para sua inclusão no tipo penal.

3. ESPÉCIES DE DOLO

Bitencourt (2011) afirma que a necessidade de diversas espécies de dolo decorre da necessidade de a vontade consciente abranger o objetivo do agente, o meio utilizado, o nexo de causalidade e o resultado.

Assim, o dolo pode ser direto de 1º e 2º graus ou indireto (também chamado de dolo eventual).

- **Dolo direto:** conforme afirmado por Bitencourt (2011), o dolo direto compõe-se de três aspectos, quais sejam:

(i) a representação do resultado, dos meios necessários e das consequências secundárias, (ii) o querer a ação, o resultado, bem como os meios escolhidos para a sua consecução e (iii) o anuir na realização das consequências previstas como certas, necessárias ou possíveis, decorrentes do uso dos meios escolhidos para atingir o fim proposto ou da forma de utilização desses meios. Dessa forma, pode-se dizer que há dolo direto quando o agente almeja alcançar um resultado e, para tanto, escolhe os meios adequados e admite os efeitos que podem advir de sua conduta.

- Considera-se dolo direto de 1º grau quando o agente pratica um ato dirigido tão somente àquele que pretende atingir, ou seja, pratica atos tendentes a alcançar o fim perseguido, abrangendo, assim, os meios propostos. Um exemplo é o sujeito que desfere uma facada em outrem com o intuito de matá-lo.
- O dolo direto de 2º grau, por sua vez, ocorre quando o agente direciona sua ação àquele que pretende atingir, mas, ao escolher os meios necessários para atingir o resultado, assume também seus efeitos colaterais. Exemplo recorrente na doutrina é o seguinte: Antônio, pretendendo matar Carlos, coloca uma bomba em um avião que o conduzia para a Suécia, matando a todos que estavam no transporte. Em relação à morte de Carlos, o agente agiu com dolo direto de primeiro grau, mas no tocante aos demais passageiros do

avião, agiu com dolo direto de segundo grau, já que a morte de todos os outros passageiros foi uma consequência necessária do meio escolhido por Antônio para atingir o resultado (morte de Carlos).



Faça você mesmo

Com base nos exemplos citados, sugiro que você busque na doutrina outros exemplos em que se tem a figura do dolo direto de primeiro e segundo graus.

- **Dolo eventual:** Ocorre quando o agente, embora não queira diretamente o resultado, aceita sua ocorrência como possível ou provável, ou seja, assume o risco de produzi-lo. Para que seja configurada essa modalidade dolosa, é indispensável a presença, no caso concreto, da consciência e vontade em produzir o resultado. Bitencourt, reproduzindo as ideias de Alberto Silva Franco (2011), dispõe que tolerar o resultado e assumir o risco de sua produção nada mais é do que querê-lo.

Atualmente, discute-se com grande veemência a generalização do dolo eventual em detrimento da culpa consciente, principalmente nos casos que envolvem crimes cometidos no trânsito.



Assimile

Para analisarmos essa questão, faz-se necessária a antecipação do conceito de culpa consciente, a qual será abordada detalhadamente na seção 3.1.

O art. 18, inciso II, do Código Penal, dispõe que se considera crime culposo quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

A culpa consciente ocorre quando o agente, embora preveja o resultado, confia que é capaz de evitar que ele ocorra.

Bitencourt (2011) afirma que a distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente constitui um dos maiores problemas da teoria do delito. Há em comum entre eles a previsão do resultado, mas, enquanto no dolo eventual o agente anui com o advento do resultado e assume o risco de produzi-lo, na culpa consciente o sujeito tem convicção de que não haverá superveniência do resultado, contudo, avalia mal e age, causando o resultado.

É importante ressaltar que a intensificação do tráfego de veículos aliada à imprudência dos motoristas tem desencadeado nas últimas décadas um aumento considerável do número de acidentes nas malhas rodoviárias, inclusive com vítimas fatais. Isso atrai, inevitavelmente, o âmbito de aplicação do Direito Penal, que tem enfrentado o seguinte questionamento: o sujeito que ingere bebida alcoólica ou outras substâncias entorpecentes, ou que conduz seu veículo acima da velocidade máxima permitida na via, assume o risco da produção do resultado, agindo com dolo eventual, ou confia na sua perícia a ponto de evitar o resultado, atuando com culpa consciente? É tênue a linha que separa o dolo eventual e a culpa consciente, cabendo à jurisprudência o enfrentamento de tais questões.

Que tal verificarmos como a jurisprudência atual tem tratado essa questão?



Pesquise mais

Recomenda-se a leitura dos artigos indicados a seguir. Disponível em:

- <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14885>. Acesso em: 20 jan. 2016.
- <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI143063,21048-O+julgame+nto+do+HC+107801SP+pelo+STF+dolo+eventual+ou+culpa+consciente>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal concedeu Habeas Corpus nº 107.801/SP a fim de desclassificar o crime de homicídio doloso para homicídio culposo em acidente de trânsito. Nessa decisão, a Turma entendeu que a embriaguez alcoólica somente será punida a título doloso se for preordenada, ou seja, quando for comprovado que o agente se embriagou com o intuito de praticar o crime. Veja:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO QUALIFICADO A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBRIAGUEZ ALCOÓLICA. ACTIO LIBERA IN CAUSA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO. REVALORAÇÃO DOS FATOS QUE NÃO SE CONFUNDE COM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A classificação do delito como doloso, implicando pena sobremodo onerosa e influenciando na liberdade de ir e vir, mercê de alterar o procedimento da persecução penal em lesão à cláusula do due process of law, é reformável pela via do habeas corpus.

2. O homicídio na forma culposa na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB) prevalece se a capitulação atribuída ao fato como homicídio doloso decorre de mera presunção ante a embriaguez alcoólica eventual.

3. **A embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo (...).**

(STF, HC 107801/SP, Min. Rel. Carmen Lucia, julgado em 6/9/2011).

Não obstante a decisão supramencionada, infere-se das mais recentes decisões dos Tribunais Superiores que, havendo embriaguez e velocidade acima da permitida, a jurisprudência tem se posicionado no sentido de aplicação do dolo eventual, uma vez que estes estados representariam, a princípio, anuência com o resultado. A saber:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO PRATICADO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 302 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. DEBATE ACERCA DO ELEMENTO VOLITIVO DO AGENTE. CULPA CONSCIENTE X DOLO EVENTUAL. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. CIRCUNSTÂNCIA QUE OBSTA O ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO. REEXAME

DE PROVA. ORDEM DENEGADA. (...) Naquela hipótese, a Primeira Turma entendeu que o crime de homicídio praticado na condução de veículo sob a influência de álcool somente poderia ser considerado doloso se comprovado que a embriaguez foi preordenada. **No caso sob exame, o paciente foi condenado pela prática de homicídio doloso por imprimir velocidade excessiva ao veículo que dirigia, e, ainda, por estar sob influência do álcool, circunstância apta a demonstrar que o réu aceitou a ocorrência do resultado e agiu, portanto, com dolo eventual.** IV - Habeas Corpus denegado. (STF, HC 115352/DF, Min, Ricardo Lewandowski, julgado em 16/04/2013).



Exemplificando

No dia 1 de dezembro de 2015, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal indeferiu o HC nº 127774, no qual N.A.G., denunciado por homicídio qualificado e tentativa de homicídio em razão de acidente causado na condução de uma caminhonete após a ingestão de bebida alcoólica,

pleiteou a desclassificação para homicídio culposo. O Min. Rel. Teoria Zavascki entendeu que pelas circunstâncias do caso concreto, mormente pela aparente indiferença demonstrada em relação ao resultado lesivo, trata-se de dolo eventual.

Leia mais acessando o link indicado. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=305304>>. Acesso em: 20 jan. 2016.



Refleta

A ingestão de álcool (ou substâncias entorpecentes) ou a condução de veículo automotor em velocidade acima da permitida configura, por si só, dolo eventual?

Destaca-se que a classificação do crime em dolo eventual ou culpa consciente traz sérias consequências para o réu. Isso porque, ao compreender a conduta como dolo eventual, o agente será submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, podendo ser aplicada a pena de 6 a 20 anos (art. 121 do CP), caso o homicídio seja simples. Inobstante, considerando a conduta como culpa consciente, o agente será julgado por um juiz togado e se sujeitará ao art. 302 do CTB, que dispõe que a prática de homicídio culposo na direção de veículo automotor é sancionada com pena de dois a quatro anos de detenção e suspensão ou proibição da obtenção de permissão ou habilitação para dirigir.

A Lei nº 12.971/14 acrescentou o §2º ao art. 302 do CTB, nos seguintes dizeres:

§2º Seoagente conduz veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência ou participa, em via, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente: (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

Penas - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014)

Após a edição dessa lei, muitos juristas defenderam a ideia de que fora impedido o tratamento do homicídio na condução de veículo automotor como doloso (dolo eventual), uma vez que fora acrescentado o §2º ao art. 302 do CTB, o qual dispôs que a condução de veículo sob efeito de álcool (ou outra substância psicoativa) e o racha serão considerados crimes culposos na forma qualificada, eis que alterados os limites mínimos e máximos da pena cominada.

Nesse íterim, o Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente que a nova qualificadora prevista no §2º do art. 302 do CTB não exclui o dolo eventual em homicídios ocorridos no trânsito, pois tal figura aplica-se somente quando não for demonstrado que o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

Sendo assim, você, como futuro jurista, deverá analisar caso a caso para aferir se, aceitando como provável o resultado, o agente assumiu o risco de sua produção, ou se acreditou fielmente que seria capaz de evitar sua ocorrência.



Assimile

Saiba mais sobre essa nova decisão em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=307003>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

Apesar dos conflitos de trânsito gerarem maior polêmica, existem inúmeros outros casos envolvendo a ocorrência ou não, no caso concreto, de dolo eventual.



Refleta

Lembra-se do acidente ocorrido na Boate Kiss, em Santa Maria/RS? O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul denunciou os proprietários da boate e outras pessoas envolvidas por homicídio na modalidade de dolo eventual. Você concorda? Pesquise um pouco mais sobre o caso e discuta com seus colegas.



Pesquise mais

No âmbito da operação lava-jato, o juiz federal Sérgio Moro condenou Ivan Vernon Gomes Torres Jr. a uma pena de cinco anos pela prática do crime de lavagem de dinheiro, utilizando-se, para tanto, do dolo eventual.

Leia mais em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-05/tese-polemica-moro-condena-dolo-eventual-lavagem>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

Acesse também: <<http://s.conjur.com.br/dl/moro-condena-ex-deputado-pedro-correa.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

É importante destacar, como já afirmado, que é necessária a análise do caso concreto para determinar a responsabilização a título de dolo eventual ou a culpa consciente, pois não é possível a existência de decisões preestabelecidas que desprezem as peculiaridades de cada caso.

Ultrapassada essa questão, passemos à análise de outras usuais classificações do dolo.

- **Dolo genérico:** é aquele já visto até o momento, consubstanciado na consciência e vontade de praticar o delito. Ex: art. 121 do CP – “matar alguém”.
- **Dolo específico ou especial fim de agir:** é aquele em que, além do dolo genérico, também há uma finalidade específica. De acordo com Bitencourt (2011), a ausência desses elementos subjetivos especiais descaracteriza o tipo subjetivo, independentemente da presença do dolo, uma vez que constituem elemento subjetivo do tipo de ilícito. Ex: Art. 159 do CP – “Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate”.
- **Dolo geral ou erro sucessivo:** ocorre quando o agente pratica uma ação e supõe erroneamente ter alcançado o resultado. Ocorre que, para encobrir o resultado, realiza nova ação, a qual, de fato, é a responsável pelo resultado lesivo. Um exemplo clássico, emanado por Nelson Hungria, é de um sujeito que, após golpear outrem, atira o corpo em um rio. Com a autópsia, descobre-se que a morte adveio do afogamento, e não das lesões praticadas. O erro quanto ao nexos causal não influi na imputação do agente.
- **Dolo alternativo:** o agente imagina uma pluralidade de resultados e dirige sua conduta à realização de qualquer um deles (Ex: o sujeito deseja praticar lesão corporal ou homicídio).
- **Dolo cumulativo:** o agente pretende alcançar dois resultados, cuja lesão refere-se ao mesmo bem jurídico penalmente protegido (Ex: o sujeito deseja ferir e depois matar).
- **Dolo natural:** é a análise puramente da consciência e vontade, integrantes do tipo penal (defendida pelos finalistas, que propuseram a transposição da análise do dolo e da culpa da culpabilidade para o tipo penal).
- **Dolo normativo:** compreende a consciência, a vontade e a consciência da ilicitude, cuja análise é feita na culpabilidade. É uma teoria adotada pelo sistema clássico e não possui grande aceitação no Brasil.
- **Dolo antecedente:** é aquele que existe antes de iniciada a execução do crime. É indiferente para o Direito Penal, eis que o dolo deve ser atual.
- **Dolo concomitante:** é aquele que existe no momento da execução do crime. É punível para o Direito Penal.

- **Dolo subsequente:** é aquele que existe posteriormente à prática criminosa. Não é punível para o Direito Penal, pois o dolo deve ser atual.

Nesta seção você aprendeu as principais características do crime doloso, sendo apresentadas situações próximas à sua realidade, inclusive em relação ao grande debate existente atualmente na teoria do crime: dolo eventual x culpa consciente nos crimes de trânsito. Na próxima seção serão analisadas todas as nuances do crime culposo.



Faça você mesmo

Pesquise na jurisprudência novas situações em que se verifica o dolo eventual.

Para tanto, sugiro alguns links para auxiliá-lo na busca.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jurisprudência do STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Consulta de Jurisprudência. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Consulta de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/jurisprudencia/consulta-de-jurisprudencia/>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

Sem medo de errar

Vamos juntos buscar a solução para a situação-problema exposta nesta seção?

Foi apresentado a você o seguinte caso: Alessandro é frentista de um posto de gasolina e, após embriagar-se na noite da virada de fim de ano, conduziu seu veículo em uma avenida movimentada do Rio de Janeiro/RJ na velocidade de 105 Km/h, quando atropelou e matou cinco pessoas que estavam no ponto de ônibus. Testemunhas que estavam no local ouviram gritos de Alessandro, o qual supostamente teria colocado a cabeça para fora do carro e pronunciado os seguintes dizeres: “- Se não saírem da frente eu atropelo. Azar se matar!”. A família de uma das vítimas procurou Lívia para que ela ingressasse em Juízo como assistente da acusação. Após o aceite, Lívia pediu a Júlio que a ajudasse a compreender a acusação imputada a Alessandro.

Pergunta: A conduta de Alessandro constitui dolo? De qual espécie?

Para responder a esta questão, você deverá compreender bem o conceito de dolo e seus elementos, bem como as principais características do dolo eventual.



Lembre-se

O dolo compõe-se dos elementos volitivo (vontade) e cognitivo (consciência), isto é, o sujeito deve ter conhecimento quanto à realização de todos os elementos objetivos do tipo penal e a vontade de praticá-los. Por sua vez, tem-se o dolo eventual quando o agente assume o risco da ocorrência do resultado (art. 18, inciso I, CP).

No presente caso, é possível aferir se Alessandro tinha conhecimento de que estava praticando todos os elementos objetivos do tipo penal? E em relação à vontade, Alessandro queria praticar a infração penal? Com sua ação, houve a possibilidade concreta de influir no curso causal?

Ainda que não quisesse diretamente o resultado, Alessandro assumiu o risco de produzi-lo? Aceitou a ocorrência do resultado como provável ou possível?

Como você analisa essas questões?

Destaca-se, inicialmente, que Alessandro tinha conhecimento/ consciência de que estava praticando todos os elementos objetivos do tipo penal, uma vez que praticou uma ação diretamente dirigida a uma finalidade, a qual resultou na morte de cinco pessoas. Utilizando-se o juízo hipotético de eliminação, suprimindo a conduta de Alessandro o resultado desapareceria. Ainda, verifica-se que Alessandro criou ou incrementou um risco juridicamente proibido. Ademais, tal fato amolda-se no art. 121 do CP, pois efetivamente lesionou um bem jurídico.

Neste esteio, verifica-se que Alessandro possuía vontade de praticar a infração penal, consubstanciada na assunção do risco de produzir o resultado. A circunstância de Alessandro conduzir o veículo acima da velocidade máxima permitida (105 km/h) e embriagado, não configura, por si só, o dolo eventual, ao contrário do que tem entendido a jurisprudência.

Devem ser levados em consideração outros fatores, de modo que, no presente caso, aliado à embriaguez e à velocidade excessiva, há o depoimento das testemunhas comprovando que Alessandro disse para as vítimas saírem da frente senão as atropelaria. Além disso, Alessandro pronunciou a

expressão “azar se eu matar”. O resultado morte era plenamente provável e, embora não quisesse diretamente o resultado, Alessandro não se importou com a sua ocorrência.

Assim, a acusação feita a Alessandro será de homicídio doloso em razão do dolo eventual.

Avançando na prática

Crime doloso

Descrição da situação-problema

Jerônimo é inimigo mortal de Cláudio. Certo dia, ao perceber o tempo chuvoso, Jerônimo armou um plano para levar Cláudio a um bosque com o intuito de que ele fosse atingido por um raio.

Jerônimo será punido criminalmente?

Resolução da situação-problema

Para resolver a questão vamos retomar o conceito de dolo.

Dolo é a consciência e vontade de realizar a infração penal. Essa vontade pressupõe a possibilidade concreta de influir no curso causal, isto é, o dolo não pode ser configurado pelo mero desejo distante de ocorrência do resultado. No caso, Jerônimo não será punido criminalmente, uma vez que não atuou no sentido de assegurar o resultado, ou seja, o ato de Jerônimo não influenciou no curso causal de forma concreta.

Faça valer a pena

1. Diversas teorias tentaram explicar o conceito e a abrangência do dolo.

I – Segundo a teoria da representação, configura-se o dolo com a simples probabilidade de ofensa a um bem jurídico penalmente protegido.

II – De acordo com a teoria da vontade, configura-se o dolo quando há consentimento na ocorrência do delito ou, ainda, assunção do risco em produzir determinado resultado.

III – Consoante a teoria do consentimento, o dolo é a vontade em praticar uma ação para causar determinado resultado.

IV – A teoria da vontade prevê que não basta ter o resultado como provável ou possível, é necessário que ele seja desejado pelo agente.

Assinale a alternativa que contém as assertivas CORRETAS:

- a) Todas as proposições estão incorretas.
- b) Somente está correto o que se afirma na proposição IV.
- c) Somente está correto o que se afirma nas proposições I e III.
- d) Todas as proposições estão corretas.
- e) Somente está correto o que se afirma nas proposições I e IV.

2. De acordo com o art. 18, inciso I, do Código Penal, o crime será doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

Quanto às teorias do dolo, assinale a alternativa verdadeira:

- a) O ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria da vontade em relação ao dolo direto e a teoria do consentimento quanto ao dolo eventual.
- b) O Brasil adota somente a teoria da vontade.
- c) O Código Penal Brasileiro adota como regra a teoria da representação.
- d) Não é possível a adoção da teoria do consentimento frente à disposição do art. 18, inciso I, do CP.
- e) O Brasil adota a teoria da representação somente em relação ao dolo eventual.

3. O dolo é formado pelo elemento cognitivo, que é a consciência, e também por um elemento volitivo, consubstanciado na vontade em cometer o delito.

É INCORRETO o que se afirma em:

- a) O autor do delito deve ter o conhecimento de todos os elementos que integram o tipo penal, bem como a consciência em realizá-los.
- b) É desnecessário que a consciência seja atual.
- c) É justamente quanto à consciência que incide o erro de tipo, uma vez que este consiste na falsa percepção da realidade.
- d) A vontade pressupõe a possibilidade de influir no curso causal, uma vez que os atos devem estar dentro do âmbito de atuação concreta do agente.
- e) A configuração do dolo exige a vontade em realizar a ação/omissão e em atingir determinado resultado.

Referências

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BUSATO, Paulo Cesar. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral** 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.
- QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal** . 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. v. 1.

Unidade 3

Elementos e principais características da teoria do crime

Convite ao estudo

Na Unidade 2, você aprendeu os critérios acerca da lei penal no tempo e no espaço, bem como os conceitos de crime e contravenção penal. Adentrou na teoria do crime, compreendendo todos os requisitos objetivos do crime, consubstanciados em conduta (ação/omissão), resultado, nexos causal e tipicidade penal. Você teve a oportunidade de aprofundar seus estudos sobre os elementos subjetivos do tipo penal, quais sejam, o dolo e a culpa. Você verificou que o dolo compõe-se de consciência e vontade, enquanto a culpa é representada pela inobservância de um dever objetivo de cuidado e da previsibilidade objetiva do resultado. Para tanto, você auxiliou o estagiário Júlio a encontrar soluções para os problemas jurídico-penais surgidos no escritório da professora Lívia.

Agora, terão início seus estudos da terceira unidade, a qual é composta por assuntos importantes e atuais do Direito Penal, que serão utilizados com frequência em sua vida profissional. Por esse motivo, dedique-se e aprofunde seus conhecimentos!

Está curioso para saber o que vai aprender? Veja só:

UNIDADE 3 – Elementos e principais características da teoria do crime

Seção 3.1 Características dos crimes culposos

Seção 3.2 Erro de tipo e discriminantes putativas

Seção 3.3 *Iter criminis* e tentativa

Seção 3.4 Desistência voluntária, arrependimento eficaz, arrependimento posterior e crime impossível

Além disso, você acompanhará as situações envolvendo Zé Pedrinha e João do Morro, que ao planejarem um furto na residência de Beatriz, se meterão em diversos outros problemas criminais, os quais serão solucionados por você ao longo da unidade.

Está curioso? Vamos lá!

Características dos crimes culposos

Diálogo aberto

Caro aluno,

Na seção anterior, você concluiu os estudos da Unidade 2 e aprendeu sobre as teorias do dolo (representação, vontade e consentimento), compreendendo inclusive que o Brasil adota a teoria da vontade em relação ao dolo direto e a teoria do consentimento quanto ao dolo eventual. Foi levado a seu conhecimento que o dolo é composto de um elemento volitivo (vontade) e um elemento cognitivo (consciência). Ademais, você percebeu que existem diversas espécies de dolo, como o dolo direto de primeiro e segundo graus e o dolo eventual. Este, por sua vez, foi objeto de um estudo aprofundado, pois foi abordado o grande debate jurisprudencial e doutrinário acerca da aplicação de dolo eventual ou culpa consciente nos acidentes de trânsito. Por fim, foram apresentadas algumas classificações sobre o dolo.

Nesta seção, você aprenderá o conceito, os elementos, as modalidades e as espécies do crime culposo, bem como sobre a (im)possibilidade de concorrência e compensação de culpas no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, será salientada a distinção entre o crime preterdoloso, cujo conceito fora visto anteriormente, e o crime qualificado pelo resultado.

Conheça agora a situação geradora de aprendizagem que acompanhará você ao longo desta unidade: Zé Pedrinha e João do Morro cresceram na comunidade da Rocinha, no Rio de Janeiro, e são amigos desde a infância. Ambos foram presos em 2006 em uma operação policial denominada “Limpendo a Rocinha” e condenados a uma pena de oito anos pelos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico. Finalizado o cumprimento das penas, Zé Pedrinha e João do Morro vagaram dias pelas ruas do Rio de Janeiro buscando emprego. Cientes da dificuldade em arrumar emprego após saírem da prisão, contaram com a ajuda de Henrique, jovem honesto e trabalhador da comunidade, que acreditou na mudança dos colegas e deu a eles um voto de confiança, indicando-lhes para as vagas de porteiro e faxineiro do condomínio em que trabalhava na Zona Sul. Pouco tempo após iniciar o trabalho de faxineiro do condomínio, João do Morro foi contratado por Beatriz, uma senhora de aproximadamente 60 anos e conhecida por ser a mais rica do prédio, para ser o seu motorista. João do Morro ficou muito entusiasmado no início com o trabalho, mas não demorou muito para cair em tentação e praticar pequenos furtos na cidade. Certo dia, teve a ideia de invadir a residência de Beatriz, sua

chefe, pois tinha ouvido falar que ela guardava um verdadeiro tesouro dentro de casa. Contou seu plano para Zé Pedrinha que, surpreendentemente, aceitou participar e começou a fiscalizar todos os passos de Beatriz. Juntos, planejaram todas as etapas da empreitada criminosa, inclusive marcando o dia, o horário e o modo de execução do furto.

Como decorrência dessa situação geradora de aprendizagem, conheça a primeira situação próxima da realidade profissional desta unidade: Zé Pedrinha e João do Morro combinaram que o furto na residência de Beatriz seria realizado no dia 14/01/2016, à noite, pois a milionária estaria em uma festa. João do Morro estava trabalhando nesta noite e, após deixar Beatriz na festa, seguiu para a residência da patroa a fim de aguardar Zé Pedrinha. Este, por sua vez, estava a caminho, mas o trânsito estava lento em razão do número elevado de carros. Zé Pedrinha conduzia sua motocicleta modelo Honda CBX 250 na velocidade de 40 Km/h, quando avistou Adenor, pedestre, saindo do canteiro central para o passeio lateral sem, contudo, observar a faixa de pedestre. Zé Pedrinha acionou a frenagem da motocicleta e tentou desviar a direção, mas acabou acertando Adenor, ocasionando-lhe lesões corporais. Assustado, Zé Pedrinha ligou para João do Morro e disse que o furto à casa de Beatriz não poderia mais ser feito naquele dia. A perícia constatou marcas de frenagem de um metro e meio e que no local não havia sinalização para pedestres. O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ofereceu denúncia em desfavor de Zé Pedrinha em razão da suposta prática do delito previsto no art. 303 do Código de Trânsito Brasileiro.

Zé Pedrinha ficou sabendo por um amigo que você é referência na área de Direito Penal, especialmente em se tratando de crimes de trânsito. Diante disso, procurou você para que o defendesse. Pergunta: Qual tese você poderá utilizar para absolver Zé Pedrinha da prática do crime previsto no art. 303 do CTB? O Juiz que conduz o feito não costuma aplicar a teoria da imputação objetiva, motivo pelo qual você terá que desenvolver uma tese suplementar para resguardar seu cliente. Para responder a esta indagação, você deverá compreender:

- O conceito de culpa e seus elementos;
- As modalidades e espécies de culpa;
- Culpa exclusiva da vítima.

Não pode faltar

O art. 18, inciso II, do Código Penal dispõe que o crime será culposo quando o agente der causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Conforme destacado por Bitencourt (2011), a culpa consiste na inobservância de um dever objetivo de cuidado manifestado na existência de um resultado não desejado pelo agente, mas objetivamente previsível. Isso significa que, ao contrário do que ocorre nos crimes dolosos, a culpa advém de uma conduta normalmente destinada a um fim lícito, mas que fora mal dirigida pelo sujeito ativo. Tem-se caracterizado o crime culposo quando o agente agiu de maneira desatenta, o que desencadeou uma lesão a um bem jurídico penalmente protegido. Desta feita, costuma-se afirmar que nos crimes culposos há uma ligação entre o desvalor da ação, constituído pela inobservância a um dever de cuidado, e o desvalor do resultado.

Ainda, o agente somente será punido por fato previsto como crime quando o agente o praticar dolosamente ou culposamente. Sendo assim, o Direito Penal consagra o princípio da culpabilidade ou responsabilidade subjetiva, de modo que não haverá punição se o agente não tiver agido com dolo ou culpa. Ademais, é importante ressaltar que a culpa é a exceção no ordenamento jurídico, sendo o dolo a regra. Desta forma, a configuração do crime culposo está sujeita à previsão expressa no tipo penal, o que ocorre geralmente em parágrafos com a expressão 'se o crime é culposo'. Exemplo é o art. 121, §3º, do Código Penal.



Refleta

Busato (2015) afirma que a punição pela prática de crimes culposos é reservada para os casos de ataques mais graves aos bens jurídicos, como ocorre no homicídio e na lesão corporal. Afirma, porém, que recentemente têm surgido incriminações relacionadas com resultado de mero perigo, como ocorre no art. 56, §3º, da Lei nº 9.605/98. O que você pensa sobre isso?

Ultrapassadas estas questões, analisaremos detalhadamente os elementos do tipo culposo, as modalidades e espécies de culpa, bem como a (im)possibilidade de concorrência e compensação de culpas e a distinção entre crime preterdoloso e crime qualificado pelo resultado.

ELEMENTOS DA CULPA: o tipo culposo compõe-se da inobservância de um dever de cuidado objetivo, da produção de um resultado, do nexos causal e da previsibilidade objetiva do resultado. É importante ressaltar que é necessária a presença de todos esses elementos para que o tipo culposo seja configurado. Caso exista um requisito, mas outro esteja ausente, não há que se falar em atribuição de um resultado a título culposo a outrem.

Inobservância de um dever de cuidado objetivo

Bitencourt (2011) assevera que o dever objetivo de cuidado consiste em reconhecer o perigo para o bem jurídico penalmente tutelado e preocupar-se com as consequências oriundas de uma ação descuidada, deixando de praticá-la ou optando por somente realizá-la quando adotar as precauções necessárias. Vives Antón (1996), por sua vez, adverte que o dever de cuidado se determina pela normativa vigente, pelas normas socioculturais e pela experiência comum.

Depreende-se dos conceitos supramencionados que no tipo de injusto culposos questiona-se o seguinte: o sujeito ativo observou a diligência devida, ou seja, levou em consideração o dever objetivo de cuidado que é inerente a todos? Se a resposta for afirmativa, não há que se falar em imputação do resultado. Caso contrário, isto é, se a ação do sujeito desencadeou violação a um dever de cuidado, pode-se afirmar que, presentes os outros elementos, há imputação de crime culposos àquele que gerou o resultado.

Ademais, aqui também deve ser observado o princípio da confiança, já tratado quando da análise da imputação objetiva. Por esse princípio, ao vivermos e interagirmos em sociedade, é esperado que cada um comporte-se dentro dos limites tolerados pela lei, isto é, espera-se que o outro aja corretamente. É natural a presunção de que o outro se comportará com prudência, pois, caso contrário, a vida em sociedade restaria inviável.



Exemplificando

Bitencourt (2011) afirma que, em cruzamento de trânsito, é lícito ao motorista da via principal supor/confiar que o outro motorista, o qual trafega em via secundária, aguardará a sua passagem, em obediência às normas convencionais de trânsito.



Pesquise mais

Recomenda-se a leitura do seguinte artigo acerca do princípio da confiança: Disponível em:

- <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,algumas-consideracoes-acerca-do-principio-da-confianca-no-direito-penal,46821.html>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

Desta forma, aquele que age em desconformidade com os preceitos estabelecidos em lei e não observa o dever objetivo de cuidado não pode invocar o princípio da confiança em seu favor. No exemplo supramencionado,

o motorista que trafega em via secundária não pode alegar o princípio da confiança para eximir-se de qualquer ato. Bitencourt (2011) aduz que a análise da observância do dever objetivo de cuidado deve ser criteriosa, uma vez que uma ação arriscada ou perigosa não deve ser considerada necessariamente violação a este dever. Para tanto, deve ser verificado se, no caso concreto, o agir descuidado ultrapassou os limites dos perigos socialmente aceitáveis na atividade.

Produção de um resultado e nexos causal: esse requisito possui importância fundamental e já foi visto detalhadamente quando analisados os elementos objetivos do tipo. É possível em um caso concreto que o agente viole um dever objetivo de cuidado, mas que o resultado não venha a ocorrer. Nessa situação não será imputado nenhum crime àquele que inobservou o cuidado devido, pois o resultado é indispensável para a configuração do crime culposos.

Ademais, pelo nexos causal, deve-se observar se o resultado adveio da inobservância do cuidado devido. Questiona-se, então, o seguinte: ainda que o agente tivesse observado o cuidado devido, o resultado subsistiria? Se a resposta for afirmativa, não há nexos causal entre a conduta descuidada do agente e o resultado danoso, não podendo ser imputado a ele nenhum crime. Caso contrário, desaparecendo o resultado, há nexos causal e o agente deverá responder pelo crime, caso existam os outros elementos.

Portanto, é preciso verificar se a conduta descuidada do agente, o qual agiu com imprudência, negligência ou imperícia, foi a causa do resultado lesivo.

Previsibilidade objetiva do resultado: o resultado deverá ser objetivamente previsível, sendo esta a característica essencial dos crimes culposos. Para que seja avaliado, em um caso concreto, se aquele resultado era previsível, utiliza-se o critério do homem médio, isto é, coloca-se no lugar do autor do fato uma pessoa comum (geralmente esse observador é o Juiz), com reputação idônea e experiência, para verificar se, naquelas condições e circunstâncias específicas, o resultado seria previsível. Em síntese, questiona-se: aquele resultado seria previsível para o homem médio?

Bitencourt (2011) destaca que a previsibilidade deve ser analisada sob o viés objetivo, de modo que a ausência de previsibilidade subjetiva (o agente não prevê o dano ou perigo de sua ação), quando o resultado é objetivamente previsível, não afasta a culpa. Quando não há previsibilidade subjetiva, o autor destaca que pode configurar a culpa inconsciente, a qual se caracteriza justamente pelo fato de o sujeito não prever o previsível.



Assimile

- Previsibilidade objetiva: é a possibilidade de antever o resultado lesivo. Analisa-se se o homem médio (pessoa prudente), no caso concreto, conseguiria prever o resultado previsível;
- Previsibilidade subjetiva: verifica-se se o agente, considerando o seu estado anímico e condições pessoais, é capaz de prever o resultado previsível.

A ausência de previsibilidade subjetiva não exclui o tipo, podendo excluir a culpabilidade do agente, terceiro elemento do crime.

Sendo assim, caso o resultado seja imprevisível (ressalta-se, sob a ótica objetiva), não haverá fato típico, de modo que o resultado deve ser atribuído à força maior ou caso fortuito. No entanto, caso seja previsível, o agente responderá pelo delito.

2. MODALIDADES DE CULPA: ao conceituar o crime culposo, o legislador estabeleceu no art. 18, inciso II, do Código Penal que este ocorrerá quando o agente agir com imprudência, negligência ou imperícia. Alguns autores destacam a desnecessidade de tal diferenciação, uma vez que na prática a consequência será a mesma. Não obstante, vejamos cada uma das modalidades separadamente.

Imprudência: é a falta de atenção e de cuidado, uma vez que o agente se precipita e age de maneira descuidada. Se o sujeito ativo fosse mais atento, certamente conseguiria prever o resultado e evitá-lo. Caracteriza-se principalmente por sua natureza comissiva e ocorre quando, por exemplo, o motorista dirige embriagado ou na contramão.

Negligência: é o desleixo e a indiferença, pois o agente deixa de praticar uma ação e adotar a precaução esperada. Caracteriza-se por sua natureza omissiva.

Imperícia: é a falta de aptidão e qualificação técnica de arte, ofício ou profissão. Bitencourt (2011) assevera que a imperícia não se confunde com o erro profissional, uma vez que este é, em regra, imprevisível e justificável. Um exemplo é quando alguém dirige um carro sem ter os conhecimentos necessários e causa um acidente, lesionando outrem.

3. ESPÉCIES DE CULPA: embora o Código Penal não faça a diferenciação, é importante destacar as principais espécies de culpa elencadas pela doutrina e pela jurisprudência. São elas: culpa consciente, culpa inconsciente, culpa imprópria, culpa indireta e culpa presumida.

Culpa consciente: O agente prevê um resultado, previsível, no entanto, confia em sua capacidade de evitá-lo. Bitencourt (2011) afirma que se o

sujeito estivesse convencido da produção do resultado, certamente desistiria de praticar a ação. É também chamada de culpa com previsão. Exemplo recorrente na doutrina é do atirador de facas de circo, pois, embora previsível, o atirador acredita em sua habilidade de evitar a ocorrência do resultado.



Lembre-se

Na seção anterior, trabalhamos a distinção entre culpa consciente e dolo eventual, cujo debate ocorre principalmente nos acidentes de trânsito, para onde remeto o leitor.

Culpa inconsciente: embora previsível, o agente não é capaz de prever o resultado. Essa ausência de previsão decorre de desatenção ou até mesmo desinteresse. Bitencourt (2011) assevera que na culpa inconsciente o sujeito representa um risco para ele e para a sociedade, pois representa um perigo ambulante em razão do seu “desligamento da realidade”. Destaca, ainda, que essa espécie de culpa caracteriza-se pela inexistência de nexos psicológico entre o autor e o resultado ante a ausência de previsibilidade subjetiva. É também chamada de culpa sem representação.

Culpa imprópria: o agente deseja a ocorrência do resultado, mas age em erro de tipo evitável ou inescusável nas discriminantes putativas ou no excesso nas causas de justificação. O agente supõe que sua ação está acobertada por uma causa excludente de ilicitude que, se de fato existisse, tornaria a ação lícita. Nestes casos o sujeito agiu com dolo, mas será responsabilizado a título de culpa, se prevista, por razões de política criminal. É chamada também de culpa por assimilação, por extensão ou por equiparação, e é o único caso em que se admite a tentativa nos crimes culposos, haja vista que há uma conduta dolosa que causou o resultado, contudo, como já visto, por erro. Não obstante, essa possibilidade ainda gera questionamento por parte da doutrina. Ressalta-se que quando o erro for invencível ou escusável o agente não será responsabilizado, como será visto na próxima seção. Um exemplo é o sujeito que está sozinho em casa e, ao escutar ruídos e passos, dispara tiros acreditando tratar-se de um ladrão e estar acobertado pela excludente de ilicitude da legítima defesa. Após este ato, o atirador verifica que tratava-se de um parente próximo.

Culpa indireta: é a produção de um resultado culposos de maneira indireta. Ocorre quando, por exemplo, um assaltante, ao abordar a vítima, faz com que ela se assuste e saia correndo, sendo atropelada por um veículo. Neste caso, é imprescindível o nexos causal entre o agente e o segundo resultado, bem como o nexos normativo, isto é, que o agente tenha agido com culpa em relação ao segundo evento. É também chamada de culpa mediata.

Culpa presumida: é aquela em que não se exige a comprovação da culpa, pois ela é presumida. Inexiste no Direito Penal brasileiro, tendo em vista proibição da responsabilidade objetiva.

4. CONCORRÊNCIA E COMPENSAÇÃO DE CULPAS: há concorrência de culpas quando dois ou mais agentes agem culposamente, sem nexos entre eles, concorrendo para a prática de um fato definido como crime.

Neste caso, cada um dos agentes responderá de forma isolada pelo resultado lesivo que porventura tenha produzido. Trata-se, na verdade, de hipótese em que há autoria colateral, uma vez que um não sabe da conduta do outro.

Por sua vez, a **compensação de culpas** ocorre quando o agente e a vítima agem em desconformidade com o cuidado objetivo devido, ocasionando um resultado lesivo. O Direito Penal brasileiro não admite a compensação de culpas, de modo que o sujeito responderá ainda assim pelo resultado produzido, independentemente de eventual parcela de culpa da vítima. A conduta da vítima, por sua vez, poderá ser objeto de valoração quando da aplicação da pena-base, nos moldes do art. 59 do Código Penal.

Inobstante, a **culpa exclusiva da vítima** afasta a responsabilização do agente. Esta ocorre quando a vítima for a única responsável pelo evento, sendo a conduta do agente mera infelicidade.

5. CRIME PRETERDOLOSO E CRIME QUALIFICADO PELO RESULTADO: o crime qualificado pelo resultado é aquele em que o legislador, após descrever o fato típico, acrescenta-lhe um resultado lesivo que agrava a sanção penal.

Tal crime comporta as seguintes situações:

a) dolo + dolo; b) culpa + culpa; c) culpa + dolo; d) dolo + culpa.

Pode-se dizer que o crime qualificado pelo resultado ocorre quando há dolo no antecedente e no consequente, culpa no antecedente e no consequente, culpa no antecedente e dolo no consequente e, por fim, dolo no antecedente e culpa no consequente, quando é chamado de crime preterdoloso. O **crime preterdoloso ou preteintencional** insere-se nesta última hipótese, como já afirmado, visto que se costuma dizer que há dolo no antecedente e culpa no consequente. Ocorre quando o agente deseja a produção de um resultado, mas vai além e produz outro resultado a título de culpa. Um exemplo é a lesão corporal seguida de morte, prevista no art. 129, § 3º, do Código Penal. Assim, o crime qualificado pelo resultado é gênero do qual o crime preterdoloso é espécie. Entretanto, Bitencourt (2011) utiliza outro critério para distinção entre os crimes qualificados pelo resultado e os crimes preterdolosos. Segundo o autor, no crime qualificado pelo resultado o resultado mais

grave lesa um bem jurídico que não contém o bem jurídico precedentemente lesado, como é o caso do aborto seguido de morte da gestante. Já no crime preterdoloso o resultado mais grave lesa um bem jurídico contido naquele precedentemente lesado, como na lesão corporal seguida de morte.

Sem medo de errar

Vamos juntos buscar a solução para a situação-problema exposta nesta seção?

Foi apresentado a você o seguinte caso: Zé Pedrinha e João do Morro combinaram que o furto na residência de Beatriz seria realizado no dia 14/01/2016, à noite, pois a milionária estaria em uma festa. João do Morro estava trabalhando nesta noite e, após deixar Beatriz na festa, seguiu para a residência da patroa a fim de aguardar Zé Pedrinha. Este, por sua vez, estava a caminho, mas o trânsito estava lento em razão do número elevado de carros. Zé Pedrinha conduzia sua motocicleta modelo Honda CBX 250 na velocidade de 40 Km/h, quando avistou Adenor, pedestre, saindo do canteiro central para o passeio lateral sem, contudo, observar a faixa de pedestre. Zé Pedrinha acionou a frenagem da motocicleta e tentou desviar a direção, mas acabou acertando Adenor, ocasionando-lhe lesões corporais. Assustado, Zé Pedrinha ligou para João do Morro e disse que o furto à casa de Beatriz não poderia mais ser feito naquele dia. A perícia constatou marcas de frenagem de um metro e meio e que no local não havia sinalização para pedestres. O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ofereceu denúncia em desfavor de Zé Pedrinha em razão da suposta prática do delito previsto no art. 303 do Código de Trânsito Brasileiro.

Zé Pedrinha ficou sabendo por um amigo que você é referência na área de Direito Penal, especialmente em se tratando de crimes de trânsito. Diante disso, procurou você para que o defendesse.

Pergunta: Qual tese você poderá utilizar para absolver Zé Pedrinha da prática do crime previsto no art. 303 do CTB? Para responder a esta indagação, você deverá compreender o conceito de culpa, seus elementos, modalidades e espécies, bem como a aplicabilidade da culpa exclusiva da vítima ao caso concreto.



Lembre-se

Quando a vítima for a única responsável pelo evento, sendo a conduta do agente mera fatalidade, nenhum resultado será imputado ao agente.

No presente caso, é possível afirmar que Zé Pedrinha agiu com culpa no acidente que lesionou Adenor? Houve imprudência, negligência ou imperícia? Zé Pedrinha inobservou um dever objetivo de cuidado? Pelo princípio da confiança, qual é a atitude que se espera do pedestre nessa situação? Seria possível para o homem médio prever que alguém atravessaria a rua naquele momento e naquelas circunstâncias? Houve culpa exclusiva da vítima?

Como você analisa essas questões?

Avançando na prática

Crime culposo – Princípio da confiança

Descrição da situação-problema

Márcio é engenheiro civil de uma grande construtora sediada no Rio Grande do Sul. Dentre todas as funções inerentes ao seu cargo, Márcio também exercia a chefia de alguns setores da empresa, o que lhe dava o dever de fiscalizar as máquinas e outros funcionários. Inobstante, nos últimos meses Márcio não vinha exercendo o dever de fiscalização como lhe fora determinado, alegando, para tanto, o excesso de trabalho. Certo dia, um dos funcionários da empresa teve um descuido e machucou-se em uma das máquinas, que já apresentava defeito há alguns dias.

Márcio, quando chamado para dar explicações sobre o caso em virtude da função que lhe fora atribuída, poderá alegar em seu favor o princípio da confiança?

Resolução da situação-problema

Márcio não poderá alegar em seu favor o princípio da confiança. Isso porque, pelo princípio da confiança, agindo em conformidade com os preceitos normativos, é possível esperar que o outro também dirija sua conduta em observância a tais regras. No presente caso, Márcio não pode invocar esse princípio porque, não exercendo a fiscalização como lhe fora determinado, não pode esperar que os seus subordinados observem o dever objetivo de cuidado.



Lembre-se

É importante destacar que você aprendeu as principais características do crime culposo, sendo imprescindível salientar que o resultado não será atribuído ao agente quando for imprevisível, decorrente de força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima. Foram apresentadas situações próximas à sua realidade profissional, o que lhe auxiliará na resolução de problemas na esfera penal.



Faça você mesmo

Imagine que Mauricinho seja um estudante que, saindo de uma balada alcoolizado e acompanhado de sua namorada, atropela um pedestre que atravessava a via enquanto o semáforo estava verde para Mauricinho e vermelho para os pedestres. Você consegue determinar se Mauricinho praticou um crime na modalidade dolosa ou culposa? Consegue sistematizar as características dessa modalidade aplicável?

Faça valer a pena

1. Quando estamos lendo uma lei penal, temos que tomar cuidado para diferenciar o dolo da culpa. Primeiro, porque as punições contra as modalidades dolosas são bem mais severas, pois o agente quis o resultado, e segundo, porque a regra é que todo delito é punido apenas na forma dolosa (ele não é punido quando a pessoa o cometeu sem querer). Apenas quando a lei disser especificamente que aquele crime também é punido na modalidade culposa é que ele poderá ser punido mesmo se o agente não o quis cometer ou não assumiu tal risco (Disponível em: <<http://direito.folha.uol.com.br/blog/dolo-e-culpa>>. Acesso em: 12 jan. 2016).

I – O crime será culposo quando o agente der causa ao resultado por negligência, imperícia ou imprudência;

II – A culpa é a vontade e consciência em cometer um ilícito penal;

III – Configura-se a culpa quando o resultado não for previsível;

IV – Nos crimes culposos, geralmente o sujeito ativo direciona sua conduta para um fim lícito.

Assinale a alternativa que contém as assertivas CORRETAS:

- a) Todas as proposições estão corretas.
- b) Somente está correto o que se afirma nas proposições I e IV.
- c) Somente está correto o que se afirma nas proposições I, III e IV.
- d) Somente está correto o que se afirma nas proposições I e III.
- e) Todas as proposições estão incorretas.

2. De acordo com o art. 18, inciso II, do Código Penal, o crime será culposo quando o agente der causa ao resultado por negligência, imperícia ou imprudência. Quanto às modalidades da culpa, assinale a alternativa verdadeira:

- a) A imprudência é a falta de atenção e de cuidado e caracteriza-se por sua natureza omissiva.
- b) A imperícia é o desleixo e a indiferença e caracteriza-se por sua natureza comissiva.
- c) É impossível a simultaneidade de imprudência e negligência em um mesmo caso.
- d) A imprudência caracteriza-se por sua natureza comissiva, enquanto a negligência caracteriza-se por sua natureza omissiva.
- e) Na imprudência o agente deixa de praticar uma ação e adotar a precaução esperada.

3. O art. 18, inciso II, do CP prevê a culpa, sendo esta vista como um agir com imprudência, negligência ou imperícia, ou seja, a culpa é um agir desatencioso ou descuidado (Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5745>. Acesso em: 12 jan. 2016).

É CORRETO o que se afirma em:

- a) A culpa é a regra no ordenamento jurídico brasileiro.
- b) O Direito Penal admite a responsabilidade objetiva.
- c) O tipo culposo compõe-se da inobservância de um dever de cuidado objetivo, da produção de um resultado, do nexos causal e da previsibilidade objetiva do resultado.
- d) É desnecessária a presença de todos os elementos para que o tipo culposo seja configurado.
- e) O resultado é dispensável para a configuração do crime culposos.

Erro de tipo e descriminantes putativas

Diálogo aberto

Caro aluno,

Na seção anterior, estudamos as principais características da culpa, inclusive no tocante à sua excepcionalidade no ordenamento jurídico. Vimos que a culpa é composta pela inobservância de um dever objetivo de cuidado, resultado, nexos causal e previsibilidade objetiva do resultado, e verificamos as diversas espécies de culpa, como a culpa consciente, inconsciente, imprópria, presumida e indireta. Por fim, foram abordadas a concorrência e a compensação de culpas, bem como o crime qualificado pelo resultado e o crime preterdoloso.

Foi apresentado a você, na Seção 3.1, o caso de Zé Pedrinha e João do Morro, que planejaram invadir a residência de Beatriz com o intuito de furtar os valiosos bens que supostamente ela guardava dentro de casa. Como desdobramento desse caso, você teve que encontrar uma tese jurídica distinta da teoria da imputação objetiva para absolver Zé Pedrinha da prática do crime previsto no art. 303 do CTB. Qual será essa tese jurídica? Caberia a alegação da teoria da imputação objetiva, pois Zé Pedrinha não criou ou incrementou um risco juridicamente proibido. No entanto, a referida teoria já fora objeto de estudo anterior, e o objetivo é ampliar sua capacidade argumentativa. Em sua vida profissional, caso esteja diante de uma situação semelhante a esta, recomenda-se a utilização de ambas as teses defensivas com vistas a resguardar o direito do seu cliente. Vimos que Zé Pedrinha observou o cuidado objetivo devido, uma vez que estava em velocidade baixa (40 Km/h) e compatível com a via, especialmente em razão do elevado fluxo de veículos. Ao que tudo indica, também estava atento às regras de trânsito. Ademais, pelo princípio da confiança não se espera que um pedestre atravesse a rua de repente sem observar a sinalização e o número elevado de veículos no local. Dessa forma, naquela situação e circunstância, o resultado seria imprevisível para o homem médio, pois não é previsível que um pedestre invadirá a faixa com os veículos em movimento. Zé Pedrinha não agiu com imprudência, negligência ou imperícia, sendo o resultado por culpa exclusiva da vítima. Desse modo, sua conduta não passou de mera infelicidade/fatalidade. Zé Pedrinha ainda acionou os freios e tentou desviar a direção da moto, mas como a vítima invadiu a pista de repente não foi possível evitar o resultado. Assim, concluímos que a tese jurídica suplementar a ser desenvolvida por você é a de que houve culpa exclusiva da vítima, o que afasta a responsabilização do agente pelo resultado.

Nesta seção, estudaremos as principais características do erro de tipo e das discriminantes putativas, especialmente no que se refere à sua natureza jurídica, incidência e formas. Conheça uma nova situação próxima da realidade profissional: no dia em que ocorreu o acidente, Zé Pedrinha e João do Morro ficaram muito decepcionados com o fato de não terem conseguido furtar a casa de Beatriz, já que agora não sabem quando terão nova oportunidade. Parase distrair, combinaram de ir a uma famosa boate do Rio de Janeiro, conhecida pelas belas mulheres, por ter o funk como o principal ritmo e por permitir tão somente a entrada de maiores de idade. Chegando lá, João do Morro conheceu Gabriela, uma jovem atraente, de cabelos longos, roupas curtas, salto alto, maquiagem forte e um corpo escultural. Após conversarem bastante e trocarem telefone, foram para um local reservado e tiveram relações sexuais de forma voluntária. Após quatro meses do ocorrido, João do Morro foi citado para responder a ação penal nº 5.000 movida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em virtude da suposta prática do delito previsto no art. 217-A do CP (estupro de vulnerável). Nesse dia, João do Morro descobriu que Gabriela possuía apenas 13 anos na data em que tiveram relações sexuais.

Pergunta: Como futuro jurista, qual tese de defesa você poderá arguir para absolver João do Morro da suposta prática do crime de estupro de vulnerável?

Para responder a esta indagação, você deverá compreender o crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A do CP, o erro de tipo essencial escusável e suas consequências.

Neste esteio, é importante o aprofundamento do conteúdo a fim de facilitar a resolução da situação próxima da realidade profissional anteriormente mencionada.

Está curioso para saber a resolução dessa situação próxima da realidade profissional? Que tal começarmos o nosso estudo?

Não pode faltar

I. CONCEITO DE ERRO DE TIPO

O erro de tipo diz respeito à falsa percepção da realidade, uma vez que o agente supõe uma realidade distinta daquela que efetivamente existe. É um erro quanto aos elementos constitutivos do tipo penal.

Está previsto no art. 20 do Código Penal, nos seguintes dizeres: “O

erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei”.

Neste esteio, o erro de tipo subdivide-se em erro essencial e erro accidental. No próximo item veremos cada um deles.

II. FORMAS DE ERRO DE TIPO

a) Erro de tipo essencial: o erro de tipo essencial é aquele que recai sobre as elementares ou circunstâncias do fato típico, de modo que o agente, ao praticar a conduta, não tem a consciência de que está incidindo em um crime. Dessa forma, a presença de erro de tipo essencial influi na responsabilização do sujeito ativo.



Exemplificando

Bitencourt (2011) exemplifica com as seguintes situações: No crime de calúnia, o agente imputa falsamente a alguém a prática de um fato definido como crime que, sinceramente, acredita que tenha sido praticado. Nesse caso, falta-lhe o conhecimento da elementar “falsamente”. Se o agente não sabia que a imputação era falsa, não há que se falar em dolo, excluindo o tipo penal. No crime de desacato, se o agente desconhece que a pessoa contra a quem agiu desrespeitosamente é funcionário público, falta-lhe a consciência da elementar “funcionário público”, desaparecendo o dolo e o tipo penal.

O erro essencial divide-se em invencível (ou escusável) e vencível (ou inescusável).

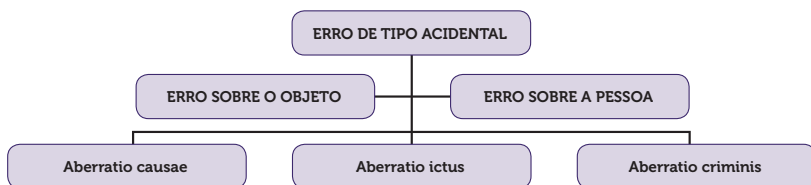
O erro de tipo escusável ou invencível é aquele em que qualquer um incorreria se estivesse sujeito àquela mesma situação e circunstância. Ainda que o agente tivesse tomado todas as cautelas necessárias, incidiria em erro. Nesse caso, devem ser excluídos o dolo e a culpa, o que afasta consequentemente a caracterização do crime.

O erro de tipo inescusável ou vencível é aquele em que, se o agente tivesse tomado todas as cautelas devidas, teria evitado o erro. Nesse caso, há exclusão do dolo, podendo o agente responder pela culpa, caso esteja prevista no tipo penal. Inexistindo a modalidade culposa, o agente não responderá por nada.

Erro de tipo accidental: o erro de tipo accidental ocorre quando há uma falsa percepção da realidade no tocante aos elementos não essenciais do tipo. Recai sobre os elementos secundários e acessórios do tipo penal. Dessa forma, como não diz respeito aos elementos essenciais do tipo, a caracterização do

erro de tipo accidental não influi na responsabilização do agente. São espécies de erro de tipo accidental: erro sobre o objeto, erro sobre a pessoa, erro sobre o nexos causal, *aberratio ictus* e *aberratio criminis*.

Figura 3.1- Erro de tipo accidental



Fonte: A autora.

Erro sobre o objeto: o agente, ciente da ilicitude de seu ato, equivoca-se quanto às características e à natureza do objeto material. Ou seja, o sujeito direciona a sua conduta para um determinado objeto, mas, por erro, acaba atingindo outro.

Erro sobre a pessoa ou erro *in persona*: o erro sobre a pessoa está previsto no art. 20, §3º, do CP, nos seguintes dizeres: “O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime”.

Isso significa que há um erro quanto ao sujeito passivo, isto é, o sujeito ativo pretende atingir determinada pessoa, mas, por erro de representação, equivoca-se e acerta pessoa diversa daquela que inicialmente pretendia. Consoante disposto no artigo supramencionado, o agente responderá como se tivesse atingido a pessoa pretendida.

Erro sobre o nexos causal ou *aberratio causae*: o erro recai sobre o nexos causal empregado para a consecução criminosa, isto é, o agente pratica um ato, mas o resultado decorre de um nexos causal distinto daquele inicialmente previsto pelo agente. Ocorre quando, por exemplo, o sujeito intenciona matar seu desafeto e para isso o atira em um rio, pois ouviu falar que ele não sabe nadar. Quando do exame de corpo de delito, constata-se que a morte foi ocasionada em razão de traumatismo craniano, pois o desafeto bateu a cabeça em uma pedra.

Erro na execução ou *aberratio ictus*: o erro recai sobre o meio de execução. Corresponde a um desvio na execução e é também conhecido como erro na pontaria. O agente direciona sua conduta para atingir determinado resultado contra uma pessoa específica, mas, por erro, acaba atingindo outra não pretendida. É regulado pelo art. 73 do CP.

No exemplo supramencionado, verifica-se que o agente responderá como se tivesse acertado a pessoa a quem pretendia atingir (no caso, o político).

Inobstante, caso tivesse atingido resultado duplo, isto é, alvejado o político e o segurança, o agente responderia conforme o disposto no art. 70 do CP.

Caso o agente não tenha desígnios autônomos (dolos distintos) de praticar a ação contra ambas as pessoas, aplica-se o critério da exasperação, isto é, considera-se a pena mais grave ou, se iguais, somente uma delas acrescida de 1/6 até a 1/2. Trata-se de concurso formal próprio.

Caso comprovado que o agente tinha desígnios autônomos: vontade de atingir ambos os resultados (no exemplo, matar o político e o segurança), aplica-se o critério do cúmulo material e as penas serão somadas. Neste caso, trata-se de concurso formal impróprio.



Assimile

Leia mais sobre o concurso formal impróprio em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13508-13509-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2016.



Refleta

O que distingue a *aberratio ictus* do erro sobre a pessoa?

Aberratio criminis (ou *aberratio delicti*) ou resultado diverso do pretendido: o agente almeja atingir determinado resultado (bem jurídico), mas, por erro, acerta outro. O art. 74 do CP disciplina o resultado diverso do pretendido. Infere-se do art. 74 do CP que o agente somente será responsabilizado pelo resultado não pretendido quando houver previsão legal expressa da modalidade culposa. Caso ocorra o resultado pretendido e, ainda, o resultado não pretendido, o agente responderá nos moldes no art. 70 do CP (concurso formal próprio ou impróprio), já tratado anteriormente quando analisadas as consequências da *aberratio ictus*.



Faça você mesmo

Com base nos exemplos citados, sugiro que você busque na doutrina e na jurisprudência outros exemplos em que seja possível verificar o erro de tipo accidental.

III. TEORIAS DO DOLO E DA CULPABILIDADE

Bitencourt (2011) afirma que para melhor compreensão da teoria do erro, faz-se necessária breve análise acerca das teorias do dolo e das teorias da culpabilidade. São elas: teoria extremada/estrita do dolo, teoria limitada do dolo, teoria extremada/estrita da culpabilidade e teoria limitada da culpabilidade.

Teoria extremada do dolo: o dolo é situado na culpabilidade, e a consciência da ilicitude situa-se no dolo. Como já visto na seção 2.4, trata-se do dolo normativo (vontade, consciência e consciência da ilicitude). Segundo Bitencourt (2011), para essa teoria, o erro de tipo e o erro de proibição excluem o dolo.

Teoria limitada do dolo: de acordo com Bitencourt (2011), pela teoria limitada do dolo, o conhecimento atual da ilicitude foi substituído pelo conhecimento presumido. Mezger introduziu também o polêmico elemento denominado conhecimento presumido, para os casos em que o autor do delito demonstra menosprezo pelos valores consagrados no ordenamento jurídico. Esse conhecimento presumido gerou muitas críticas e deu ensejo ao direito penal do autor, uma vez que o agente era condenado pelo que é, e não pelo que fez.

Teoria extremada da culpabilidade: essa teoria caracteriza-se por separar o dolo da consciência da ilicitude. O dolo passou a integrar o tipo penal, enquanto a consciência da ilicitude faz parte da culpabilidade. Essa foi uma das maiores contribuições do finalismo, como já afirmado em outras ocasiões no Livro Didático.

Para essa teoria, quando o erro incide sobre o elemento cognitivo (consciência) há exclusão do dolo e, conseqüentemente, do tipo penal. Há, neste caso, erro de tipo.

Por sua vez, caso o erro incida sobre a potencial consciência da ilicitude, haverá erro de proibição (será estudado detidamente na Seção 4.2) e conseqüente exclusão da culpabilidade. Ainda, para essa teoria, todo erro incidente sobre uma causa excludente de ilicitude é erro de proibição.



Assimile

No erro de proibição o agente acredita, por erro, que sua conduta é lícita, contudo, na realidade a conduta é ilícita. Exemplo recorrente na doutrina é o seguinte: certo árabe vem para o Brasil e se casa com várias mulheres. O árabe sabe que o Brasil pune a bigamia, no entanto, acredita que para ele, naquela situação e circunstância, é permitido o casamento com várias mulheres.

Teoria limitada da culpabilidade: assim como a teoria extremada da culpabilidade, a teoria limitada da culpabilidade situa o dolo no tipo penal e a consciência da ilicitude na culpabilidade, bem como defende que o erro de tipo exclui

o dolo (e consequentemente o tipo penal) e o erro de proibição exclui a culpabilidade. Contudo, essa teoria se distingue da anterior no que se refere à consequência da incidência de erro sobre as causas excludentes de ilicitude. Bitencourt (2011) afirma que para essa teoria existem duas espécies de erro. O primeiro erro é aquele que recai sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação, e o segundo é aquele que recai sobre a existência ou abrangência de uma causa de justificação. O erro sobre os pressupostos fáticos, também chamado de erro de tipo permissivo (será estudado posteriormente, motivo pelo qual se faz necessária a compreensão dessas teorias), exclui o dolo, mas permite a punição a título culposo caso haja previsão legal. Caso o erro seja sobre a existência ou abrangência de uma causa de justificação, configura-se o erro de proibição. Bitencourt salienta, por fim, que o Código Penal Brasileiro adotou a teoria limitada da culpabilidade, conforme se depreende da exposição de motivos¹.

IV. EFEITOS DO ERRO DE TIPO

Tendo o Código Penal adotado a teoria limitada da culpabilidade, mister destacar outra vez os efeitos do reconhecimento do erro de tipo em um caso concreto. Para tanto, é preciso verificar se no caso concreto se trata de erro de tipo essencial ou acidental. Ambos os conceitos foram delineados anteriormente, para onde remeto o leitor.

No caso do erro de tipo essencial, o qual beneficia o agente, o art. 20 do CP dispõe que o erro de tipo sempre exclui o dolo. Desta feita, é necessária a análise sobre a possibilidade no caso concreto de se evitar o resultado para saber se também será excluída a culpa.

Neste esteio, podem ocorrer duas situações:

Ainda que o agente tivesse a cautela e a diligência necessárias, incidiria em erro. Esse é o **erro de tipo essencial escusável ou invencível**. Exclui o dolo e a culpa.

Se o agente tivesse a cautela e a diligência necessária conseguiria evitar o erro. Esse é o **erro de tipo inescusável ou vencível**. Exclui o dolo, mas o sujeito ativo pode responder por culpa caso haja previsão legal.

Todavia, caso seja uma hipótese de erro de tipo acidental, deve-se ressaltar que o agente não será beneficiado, isto é, o erro não compromete a responsabilização do agente.

Em síntese, o erro quanto ao objeto material não influi na imputação do agente. No erro sobre a pessoa e na aberratio ictus, o agente responderá como se tivesse acertado a vítima a quem pretendia atingir (no caso de ter cometido o crime contra

1. Repetem o Projeto as normas do Código de 1940, pertinentes às denominadas “discriminantes putativas”. Ajusta-se, assim, o Projeto à teoria limitada da culpabilidade, que distingue o erro incidente sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação do erro que incide sobre a norma permissiva. Tal como no Código vigente, admite-se nesta área a figura culposa (art. 17, § 1º).

ascendente, por exemplo, incidirá a agravante prevista no art. 65, alínea “e”, do CP). Já na aberratio causae, ainda que o resultado tenha sido alcançado por um nexo causal distinto daquele inicialmente previsto, o agente será responsabilizado. Por fim, na aberratio criminis o agente será responsabilizado pelo resultado diverso do pretendido a título de culpa, caso previsto no tipo penal.

V. ERRO PROVOCADO POR TERCEIRO

Ocorre quando o erro é provocado/instigado por um terceiro. Nesse caso, o erro é determinado pela obra de um agente externo, que induz o sujeito ativo à prática delitiva.

Dispõe o art. 20, § 2º, do CP que responderá pelo crime o terceiro que determina o erro.

VI. DELITO PUTATIVO POR ERRO DE TIPO

Ocorre quando o agente supõe, por erro, que está praticando um crime, quando na verdade não está. Como exemplo, pode-se citar a hipótese em que uma mulher, acreditando estar grávida, procura uma clínica para realizar aborto, mas, na verdade, não há gestação. Ocorre delito putativo por erro de tipo também quando o sujeito acredita estar em posse de drogas, mas descobre que se trata de sal em vez de pó, por exemplo.

VII. DESCRIMINANTES PUTATIVAS OU ERRO DE TIPO PERMISSIVO

Como afirmado quando da análise da teoria limitada da culpabilidade, há erro de tipo permissivo, também chamado de discriminante putativa, quando o erro incidir nas causas de justificação, que são aquelas que excluem a ilicitude do fato.

Assim, há discriminante putativa quando o agente supõe erroneamente que sua conduta está acobertada por uma causa excludente de ilicitude, que se de fato existisse, tornaria a ação lícita. Isso é o que dispõe o art. 20, § 1º, do CP.

As causas excludentes de ilicitude são a legítima defesa, o estado de necessidade, o exercício regular do direito, o estrito cumprimento do dever legal e a causa suprallegal de consentimento do ofendido (ocorre quando a própria vítima consente na realização da ação, sendo imprescindível que o bem jurídico seja disponível). Vejamos sinteticamente cada uma delas com os respectivos exemplos de quando há discriminante putativa (conteúdo que será analisado detalhadamente na Seção 4.1).

Legítima defesa: ocorre na situação em que, pelo uso moderado dos meios necessários, o agente repele agressão injusta atual ou iminente a fim de defender direito próprio ou de outrem (art. 25 do CP). Ex: João é inimigo mortal de Yuri e ambos estudam na mesma faculdade. Certo dia, tiveram um desentendimento e Yuri ameaçou matar João. Após uma semana, Yuri, que estava com as mãos nos

bolsos, viu João no estacionamento. João, imediatamente, acreditando que Yuri retiraria uma arma para matá-lo, atirou nele, matando-o. Ocorre que Yuri tinha ido ao encontro de João para pedir desculpas pelo ocorrido e selar a paz (legítima defesa putativa).

Estado de necessidade: ocorre quando alguém pratica um ato para salvar direito próprio ou alheio de um perigo atual. É necessário que o agente não tenha provocado o perigo por sua vontade e não possa evitar o resultado de outra forma (art. 24 do CP). Ex: Carla e Carolina são amigas desde a infância. Planejaram uma viagem para os EUA, embora não compreendessem bem a língua inglesa, especialmente no que diz respeito à escrita. Certo dia, estavam em um restaurante quando disparou o alarme de incêndio. Ambas saíram correndo e, desesperada, Carolina empurrou Carla de uma escada, causando-lhe lesões corporais. Descobriram posteriormente que se tratava de um simples treinamento, o que havia sido noticiado pelo restaurante com cartazes nas portas (estado de necessidade putativo).

Estrito cumprimento do dever legal: ocorre quando alguém pratica uma conduta em razão de um dever imposto legalmente. Ex: Joaquim é policial militar e certo dia ouviu gritos vindos da residência de Dona Leonor, uma senhora que frequentemente se metia em confusão na vizinhança. Acreditando se tratar de uma briga, Joaquim invadiu a residência de Dona Leonor, mas viu que de fato acontecia uma festa (estricto cumprimento de um dever legal putativo).

Exercício regular do direito: ocorre quando a ação do agente está pautada pela lei, isto é, quando a ação é permitida legalmente. Ex: Francisco estacionou seu veículo frente a um hospital na cidade de São Paulo. Após consultar-se, voltou ao local e encontrou um cidadão tentando abrir a porta de seu carro. Acreditando que corria o risco de ser esbulhado da posse de seu veículo, Francisco reagiu e empurrou cidadão. Depois, Francisco fora noticiado de que seu carro havia sido guinchado e que o referido veículo, embora igual, pertencia ao cidadão que ele empurrou (exercício regular de direito putativo). Dessa forma, há erro de tipo permissivo quando o agente equivoca-se quanto à situação de fato que envolve uma das causas justificantes, uma vez que o agente supõe que sua conduta está acobertada por uma delas, quando, na verdade, não está. A grande polêmica aqui existente refere-se ao seguinte questionamento: as discriminantes putativas quanto aos pressupostos fáticos consubstanciam-se em erro de tipo ou erro de proibição?

Alguns autores acreditam que, em razão de o Código Penal ter adotado a teoria da culpabilidade limitada, a natureza das discriminantes putativas seria de erro de tipo, pois, ao incorrer em erro sobre os pressupostos fáticos, o agente atuou sem dolo. Entretanto, alguns defendem que a discriminante putativa quanto aos pressupostos fáticos possui natureza jurídica de erro de proibição, já que nestes casos o dolo permanece intacto. Bitencourt (2011), por sua vez, afirma que seria um erro eclético, pois possui estrutura semelhante ao erro de tipo, mas com a consequência

idêntica ao erro de proibição. As discriminantes putativas coincidem com o conceito de erro de tipo na medida em que incidem sobre as estruturas da causa excludente de ilicitude. Diferentemente do que ocorre com o erro de tipo previsto no caput do artigo 20, abordado anteriormente, no erro de tipo permissivo não há exclusão do dolo, mas sim isenção de pena. Isso significa que não haverá exclusão do tipo penal, mas sim da culpabilidade, terceiro elemento do conceito analítico de crime. Luis Flávio Gomes (1994) também coaduna com Bitencourt (2011), afirmando que a discriminante putativa não pode ser tratada como o erro de tipo e nem como o erro de proibição. Na verdade, trata-se de um erro *sui generis*. Acrescenta, ainda, que se o erro de tipo permissivo tivesse a mesma natureza do erro de tipo incriminador (art. 20, caput), com as mesmas consequências jurídicas, não haveria a necessidade de ter o parágrafo primeiro no art. 20 do CP.



Pesquise mais

Como é possível notar, este é um assunto – erro – que gera muita controvérsia doutrinária. Por essa razão, convido você a se aprofundar no tema: GOMES, Luis Flávio. Erro de tipo e erro de proibição. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

Sem medo de errar

Vamos juntos buscar a solução para a situação-problema exposta nesta seção? **Foi apresentado a você o seguinte caso:** No dia em que ocorreu o acidente, Zé Pedrinha e João do Morro ficaram muito decepcionados com o fato de não terem conseguido furtar a casa de Beatriz, já que agora não sabem quando terão nova oportunidade. Para se distrair, combinaram de ir a uma famosa boate do Rio de Janeiro, conhecida pelas belas mulheres, por ter o funk como principal ritmo e por permitir tão somente a entrada de maiores de idade. Chegando lá, João do Morro conheceu Gabriela, uma jovem atraente, de cabelos longos, roupas curtas, salto alto, maquiagem forte e um corpo esculptural. Após conversarem bastante e trocarem telefone, foram para um local reservado e mantiveram conjunção carnal de forma voluntária. Após quatro meses do ocorrido, João do Morro foi citado para responder a ação penal nº 5.000 movida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em virtude da suposta prática do delito previsto no art. 217-A do CP (estupro de vulnerável). Nesse dia, João do Morro descobriu que Gabriela possuía apenas 13 anos na data da conjunção carnal. Como jurista, qual tese de defesa você poderá arguir para absolver João do Morro da suposta prática do crime de estupro de vulnerável? Você deverá compreender o estupro de vulnerável previsto no art. 217-A do CP, bem como o erro de tipo essencial escusável.



Lembre-se

O erro de tipo escusável ou invencível é aquele em que qualquer um incorreria se estivesse sujeito àquela mesma situação e circunstância. Ainda que o agente tivesse tomado todas as cautelas necessárias, o resultado subsistiria.

Nesse caso, devem ser excluídos o dolo e a culpa, o que afasta consequentemente a caracterização do crime.



Pesquise mais

Leia esta importante decisão sobre o crime de estupro de vulnerável. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/Para-o-STJ,-estupro-de-menor-de-14-anos-n%C3%A3o-admite-relativiza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 14 mar. 2016.

Para a configuração do crime de estupro de vulnerável² é necessário que o agente saiba que a vítima é menor de 14 anos? O consentimento da vítima afasta a incidência do crime de estupro de vulnerável? Diante das circunstâncias, tinha como João do Morro saber que Gabriela era menor de 14 anos? É possível alegar erro de tipo? Se sim, caso tivesse mais cautela, João do Morro poderia ter evitado o erro? Quais são as consequências do erro de tipo invencível ou escusável? Como você analisa essas questões?

Avançando na prática

Erro de tipo essencial

Descrição da situação-problema

Jonas é caçador há cerca de dois anos. Certo dia, combinou com um amigo de caçarem juntos em uma selva conhecida pela multiplicidade de animais ferozes. Sozinho, Jonas escutou barulhos estranhos vindos de um arbusto,

2. Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

o qual balançava sem parar. Viu também um vulto no mesmo local. Como estava escuro, não teve visão ampla e, acreditando tratar-se de um animal feroz, disparou contra o arbusto. Em seguida, verificou que não se tratava de um animal, mas sim de seu amigo caçador que queria lhe pregar uma peça.

Jonas será responsabilizado criminalmente pela morte de seu amigo caçador?

Resolução da situação-problema

Jonas não será responsabilizado penalmente, visto que incorreu em erro de tipo essencial escusável ou invencível. Isso porque Jonas acreditou que havia matado um animal (e não uma pessoa), incorrendo em erro na elementar do art. 121 do CP - “alguém”. Ademais, considerando as circunstâncias (local conhecido pela multiplicidade de animais ferozes, escuro e barulhos atrás do arbusto) é possível aferir que qualquer pessoa com a diligência necessária teria incidido em erro, de modo que este será considerado invencível.



Lembre-se

A culpa é a exceção no ordenamento jurídico, de modo que deve estar prevista expressamente no tipo penal.



Faça você mesmo

Busato (2015, p. 653) exemplifica a seguinte situação: A entrega uma arma para B e afirma que se encontra descarregada. A convence B a assustar C, disparando a arma vazia na direção deste. Ao fazê-lo, é expelido um projétil da arma, matando C.

Conclui-se que B foi induzido em erro por A ao acreditar que a arma encontrava-se descarregada. Não tinha a intenção de matar, mas sim de assustar C. Então, você consegue imaginar qual é a modalidade de erro que o autor trata no exemplo? *Aberratio ictus* ou erro provocado por terceiro?

Faça valer a pena

1. Distingue-se erro e ignorância, pois o primeiro é o conhecimento falso acerca de um objeto, ao passo que a ignorância é a ausência total desse conhecimento. Seus efeitos jurídicos são, entretanto, idênticos, pois são tratados da mesma forma (Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=966. Acesso em: 19 jan. 2016).

I – O erro de proibição é um erro quanto aos elementos constitutivos do tipo penal;

II – O erro de tipo diz respeito à falsa percepção da realidade, uma vez que o agente supõe uma realidade distinta daquela que efetivamente existe;

III – O erro de tipo subdivide-se em erro essencial e erro acidental;

IV – São espécies de erro de tipo essencial: erro sobre o objeto, erro sobre a pessoa, erro sobre o nexu causal, *aberratio ictus* e *aberratio criminis*.

Assinale a alternativa que contém as assertivas CORRETAS:

- a) Todas as proposições estão corretas .
- b) Somente está correto o que se afirma nas proposições I e IV.
- c) Somente está correto o que se afirma nas proposições I, II e IV.
- d) Somente está correto o que se afirma nas proposições II e III.
- e) Todas as proposições estão incorretas.

2. De acordo com o art. 20, caput, do Código Penal, o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

Quanto ao erro de tipo, assinale a alternativa INCORRETA:

- a) O erro de tipo essencial é aquele que recai sobre as elementares ou circunstâncias do fato típico, de modo que o agente, ao praticar a conduta, não tem a consciência de que está incidindo em um crime.
- b) O erro de tipo essencial influi na responsabilização do sujeito ativo.
- c) O erro de tipo escusável ou invencível é aquele em que qualquer um incorreria se estivesse sujeito àquela mesma situação e circunstância.
- d) O erro de tipo inescusável ou vencível é aquele em que, se o agente tivesse tomado todas as cautelas devidas, teria evitado o erro.
- e) No erro de tipo essencial escusável há exclusão do dolo, podendo o agente responder pela culpa, caso esteja prevista no tipo penal.

3. No âmbito penal, nosso CP trouxe, em seu artigo 20, a exata definição do erro incidindo no Direito: é o conhecido erro de tipo. Aqui, o agente erra sobre elemento constitutivo do tipo legal, implicando tal fato na exclusão do dolo, muito embora possa ser responsabilizado por crime culposo, desde que a modalidade culposa esteja devidamente prevista em lei (Disponível em: <http://eudesquintino.jusbrasil.com.br/artigos/121823114/aberratio-ictus-delicti-e-causae-semelhancas-e-diferencas>. Acesso em: 19 jan. 2016).

É CORRETO o que se afirma em:

- a) O erro de tipo acidental beneficia o agente.
- b) O erro de tipo essencial escusável exclui o dolo e a culpa, enquanto o erro de tipo essencial inescusável exclui somente o dolo, podendo haver punição a título culposo se previsto no tipo penal.
- c) O erro de tipo acidental divide-se em escusável e inescusável.

- d) No delito putativo por erro de tipo, o erro é determinado pela obra de um agente externo, que induz o sujeito ativo à prática delitiva.
- e) O erro provocado por terceiro ocorre quando o agente supõe, por erro, que está praticando um crime, quando, na verdade, não está.

Iter criminis e tentativa

Diálogo aberto

Caro aluno,

Na seção anterior, você aprendeu sobre o erro de tipo essencial (escusável/ inescusável) e o erro accidental (erro sobre o objeto, erro sobre a pessoa, *aberratio causae*, *aberratio ictus* e *aberratio criminis*). Foram levadas a seu conhecimento as teorias do dolo e da culpabilidade, bem como os consequentes reflexos nas discriminantes putativas. Ademais, foram abordados o delito putativo por erro de tipo e o erro provocado por terceiro. Por fim, foram apresentadas as discriminantes putativas e a polêmica acerca de sua natureza jurídica.

Foi apresentada a você, na Seção 3.1, uma Situação Geradora de Aprendizagem em que Zé Pedrinha e João do Morro planejaram invadir a residência de Beatriz com o intuito de furtar os valiosos bens que supostamente ela guardava dentro de casa. Na situação-problema exposta na seção anterior, você teve que encontrar uma tese jurídica para absolver João do Morro da suposta prática do delito de estupro de vulnerável, pois ele teve relações sexuais com Gabriela sem saber sua idade (13 anos). Neste esteio, considerando os conhecimentos obtidos na seção anterior, qual tese você poderá utilizar?

Destaca-se, inicialmente, que para configuração do delito previsto no art. 217-A do CP, é imprescindível que o agente saiba que se trata de menor de 14 anos, uma vez que o direito penal veda a responsabilidade objetiva. Ademais, o consentimento da vítima não afasta a incidência do crime de estupro de vulnerável.

Trata-se, pois, de erro de tipo essencial, pois na realidade o agente acreditou ter tido relação sexual com maior de 14 anos, de modo que o erro incide na elementar 'menor de 14 anos'. Pelo que consta da questão, tudo indicava que a vítima possuía mais de 14 anos, uma vez que possuía corpo desenvolvido e estava vestida de forma incompatível com a idade de 13 anos. Além disso, na boate era proibida a entrada de menores de idade, o que corrobora o entendimento de que João do Morro não poderia supor que Gabriela possuía menos de 14 anos. Sendo assim, João do Morro incorreu em erro de tipo essencial escusável, pois qualquer um que estivesse sujeito às mesmas condições incidiria no mesmo erro.

Nesta seção, você aprenderá as fases do iter criminis e as principais características do crime tentado.

Conheça a nova situação próxima da realidade profissional desta unidade: Finalmente, Zé Pedrinha e João do Morro conseguiram armar um plano para furtar a residência de Beatriz, e aproveitaram o período em que a proprietária do imóvel estava no exterior. Para tanto, entraram no apartamento à noite e abriram o cofre, colocando em duas bolsas todas as joias e o dinheiro que se encontrava na residência. Percebendo um barulho estranho vindo do apartamento e ciente de que Beatriz estava viajando, o Sr. Hélio, vizinho, chamou a polícia. Ao saírem do prédio pela garagem, Zé Pedrinha e João do Morro foram surpreendidos pelos policiais. João do Morro empreendeu fuga, não tendo sido localizado pelos policiais. Inobstante, Zé Pedrinha foi alcançado pela polícia e preso em flagrante delito. **Pergunta:** O crime de furto praticado por Zé Pedrinha e João do Morro foi tentado ou consumado?

Para responder a esta indagação, você deverá compreender os conceitos do crime consumado e do crime tentado, bem como suas principais características. Também deverá entender a polêmica envolvendo o momento consumativo do crime de furto.

É importante o aprofundamento do conteúdo a fim de facilitar a resolução da situação próxima da realidade profissional anteriormente mencionada.

Curioso para saber a resolução dessa situação próxima da realidade profissional? Vamos começar!

Não pode faltar

1. ITER CRIMINIS

Iter criminis é o caminho/itinerário do crime, isto é, são as fases que guiam a prática criminosa. Vai desde o surgimento da ideia de realizar o delito na mente do agente até sua consumação. Pela doutrina majoritária, o *iter criminis* é composto pelas seguintes fases: cogitação, atos preparatórios, atos executórios e consumação.

A doutrina minoritária destaca o exaurimento como uma das fases do *iter*, que ocorre quando, após a consumação, surgem novos resultados lesivos. Em alguns crimes a consumação coincide com o exaurimento, contudo, há casos em que o exaurimento é posterior à consumação. Um exemplo é o crime de extorsão mediante sequestro, pois a consumação ocorre com a privação da liberdade da vítima, enquanto o exaurimento ocorre com o recebimento do resgate.

Vejamos cada uma das fases:

I. Cogitação

A cogitação é a fase interna do percurso criminoso, pois se restringe à mente do agente. É quando o sujeito ativo tem a ideia de praticar o delito. Essa fase desenvolve-se no foro íntimo do agente, motivo pelo qual é impossível a realização de provas. O Direito Penal não pode adentrar no mero desejo do agente, de modo que, enquanto não houver exteriorização, não há alcance da lei penal.

Welzel (apud BITENCOURT, 1987) afirma que a vontade má não é punida, e sim a vontade má realizada. Isso significa que os desejos ruins, enquanto não forem externalizados no mundo, não possuem consequências penais.

Portanto, embora seja a primeira fase do crime, a cogitação não é punida no Direito Penal.

II. Atos preparatórios

Tem-se início a preparação para a prática criminoso. Há, a partir dessa fase, a exteriorização da vontade do agente. Bitencourt (2011) assevera que o sujeito passa da cogitação à ação objetiva, armando-se dos instrumentos necessários para a realização do crime, procurando o local mais adequado ou o horário mais favorável, etc.

Assim, os atos preparatórios ocorrem quando, por exemplo, o agente adquire uma arma ou um veneno para praticar o crime, bem como quando observa a vítima para planejar um sequestro.

Em regra, os atos preparatórios não são puníveis, uma vez que a aquisição de uma arma, por si só, não significa que sua utilização destina-se a lesionar ou matar alguém. Contudo, há casos em que o legislador, por razões político-criminais, pune os atos preparatórios como delitos autônomos.

Exemplificando



É o caso, por exemplo, dos petrechos para falsificação de moeda (art. 291 do CP) e da fabricação, aquisição, utilização, transporte, oferecimento, venda, distribuição, entrega, posse, guarda ou fornecimento de maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação de drogas (art. 34 da Lei nº 11.343/06).

Portanto, o Código Penal Brasileiro adotou a tese de que o crime não é punível se não for ao menos tentado³. Isso significa que, em regra, os atos

3. Art. 31 - 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.

preparatórios carecem de punição. Entretanto, como visto, há casos em que o legislador pune a realização de meros atos de preparação.



Refleta

Como visto, o legislador optou em alguns casos pela punição dos atos preparatórios como delitos autônomos. Você acredita que essa punição, por razões de política-criminal (visando à prevenção e à repressão de crimes), é correta? Reflita sobre os interesses do Estado ao criminalizar meros atos preparatórios, tendo como espeque as razões de política-criminal.

III. Atos executórios

Adverte Bitencourt (2011) que os atos executórios são aqueles que se dirigem diretamente à prática do crime e à realização concreta dos elementos constitutivos do tipo penal.

A questão aqui suscitada é a seguinte: como distinguir um ato preparatório de um ato executório? A doutrina reconhece a dificuldade em elaborar uma fórmula perfeita, contudo existem alguns critérios que visam resolver esse impasse, quais sejam:

Critério material: os atos executórios iniciam-se quando há efetivo ataque ao bem jurídico penalmente protegido. Por outro lado, serão considerados atos preparatórios todos aqueles que não representarem uma ameaça ao bem jurídico.

Critério formal: os atos executórios iniciam-se com a realização de parcela da conduta típica, tendo o agente adentrado no verbo-núcleo do tipo (ex: matar, subtrair, provocar, constranger, privar, etc.).

O Código Penal Brasileiro adotou o critério formal para distinguir a realização de um ato preparatório de um ato executório, conforme se infere do art. 14, inciso II, do CP (“iniciada a execução, o crime...”). Inobstante, Bitencourt (2011) afirma que esse critério deve ser complementado pela inclusão na tentativa de ações que, por sua vinculação necessária com a ação típica, aparecem como parte integrante dela. Isso ocorre porque existem atos tão próximos e quase indissociáveis do início do tipo que merecem ser tipificados, como é o caso de alguém que é surpreendido dentro de um apartamento antes de ter subtraído qualquer coisa.

Neste esteio, quando se tem início a execução, o crime passa a ser punível para o Direito Penal. Assim, iniciada a execução do crime pelo agente, é certo que ele pode alcançar o resultado almejado (quando se tem a consumação)

ou, ainda, não ter o crime consumado por circunstâncias alheias a sua vontade (quando ocorre a tentativa).



Pesquise mais

Recomenda-se a leitura do seguinte artigo: Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/comunicacao_noticia/ATOS_PREP_EXEC.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2016.

IV. Consumação

O art. 14, inciso I, do CP dispõe que o crime é consumado quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal. Isso significa que o crime só será consumado quando tiverem sido realizados todos os elementos da figura típica, ou seja, quando houver a subsunção perfeita do fato praticado ao tipo penal.



Lembre-se

Nos crimes materiais a consumação se dá com o resultado naturalístico. Nos crimes formais e nos crimes de mera conduta a consumação ocorre com a conduta do agente, sendo que no primeiro caso o resultado naturalístico pode ou não acontecer. Nos crimes habituais há consumação somente com a reiteração de condutas. Por sua vez, nos crimes permanentes a consumação se prolonga no tempo.

Figura 3.2- Iter criminis



Fonte: A autora.

2. TENTATIVA

O art. 14, inciso II, do CP prevê que o crime é tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do sujeito ativo. Nesse caso, após iniciados os atos executórios, não há realização completa do tipo penal por circunstâncias estranhas ao desejo de atuar do agente.

Como afirmado no estudo da tipicidade penal, a tentativa é uma norma de extensão sujeita à adequação típica mediata. Dessa forma, é necessária a conjugação de um dispositivo legal, como o art. 121 do CP, com o art. 14, inciso II, do CP.

Neste esteio, é importante frisar que a tentativa somente é admissível após o agente adentrar nos atos de execução. Enquanto o sujeito ativo estiver praticando atos preparatórios, não há que se falar em tentativa.

Punibilidade da tentativa

Existem duas teorias comumente utilizadas pela doutrina que visam justificar a punibilidade da tentativa. São elas: teoria objetiva e teoria subjetiva.

Teoria objetiva: a tentativa é punida levando-se em consideração a exposição a perigo do bem jurídico penalmente protegido.

Como a lesão ao bem jurídico é menor na tentativa do que no crime consumado, justifica-se a punição em grau menos severo.

Teoria subjetiva: como o dolo do agente é igual no crime consumado e no crime tentado, a punição deve ser a mesma.



Pesquise mais

Recomenda-se a leitura do seguinte artigo de Juarez Tavares: Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/Textos/APONTAMENTOS%20DE%20AULA-%20TENTATIVA1.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

O Código Penal Brasileiro adota a teoria objetiva quanto à punibilidade da tentativa, consoante se infere do art. 14, parágrafo único, do CP:

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

Assim, a regra é de que o crime tentado será punido considerando a pena do crime consumado diminuída de 1/3 a 2/3. Para aplicação desse quantum, o STJ firmou entendimento de que deve ser levado em consideração o trecho percorrido pelo agente no iter criminis. Quanto mais perto da consumação, menor o quantum a ser reduzido; quanto mais longe da consumação, maior o quantum a ser reduzido.

Entretanto, Bitencourt (2011, p. 472) assevera que a expressão “salvo disposição em contrário” diz respeito a alguns casos excepcionais em que a tentativa é punida com a mesma pena do crime consumado, como ocorre no art. 352 do CP (evadir-se ou tentar evadir-se) ou no art. 309 do Código Eleitoral (votar ou tentar votar). Esses casos são denominados crimes de atentado ou empreendimento.

Espécies de tentativa

Tentativa perfeita ou crime falho: o agente faz tudo o que está a seu alcance para garantir a consumação, mas o resultado não ocorre por circunstâncias alheias a sua vontade. Ex: O agente dispara um tiro contra a vítima, acertando-a. Contudo, ela é salva por meio de uma intervenção cirúrgica.

Tentativa imperfeita ou inacabada: o agente não consegue esgotar sua capacidade lesiva por circunstâncias alheias a sua vontade, isto é, não pratica todos os atos necessários para garantir a execução do crime. Ex: O agente desfere facadas na vítima, mas é interrompido por um terceiro.

Tentativa branca ou incruenta: o objeto material não é alcançado, isto é, a vítima não é lesionada. Ex: O agente dispara um tiro contra a vítima, que se move e escapa do tiro.

Tentativa vermelha ou cruenta: o objeto material é alvejado, de modo que é ocasionada lesão na vítima, mas o resultado não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Aplica-se, pois, o exemplo da tentativa perfeita.

Tentativa inidônea: é o crime impossível, no qual não há consumação em razão da ineficácia absoluta do meio ou da impropriedade absoluta do objeto. O crime impossível será objeto de estudo da próxima seção.

Tentativa abandonada: são os casos em que há desistência voluntária ou arrependimento eficaz, os quais serão estudados na próxima seção.

Inadmissibilidade da tentativa

A tentativa não é admissível nos seguintes casos:

Contravenção penal: o art. 4º da Lei nº 3.688/41 prevê que não é punível a tentativa de contravenção.

Crime habitual: não admite a tentativa, uma vez que a consumação do crime habitual ocorre com a reiteração de conduta. Uma conduta isolada, por si só, não é punível para o Direito Penal.

Crime unissubsistente: é aquele que se consuma com um único ato. Como não podem ser fracionados, é incabível a tentativa.

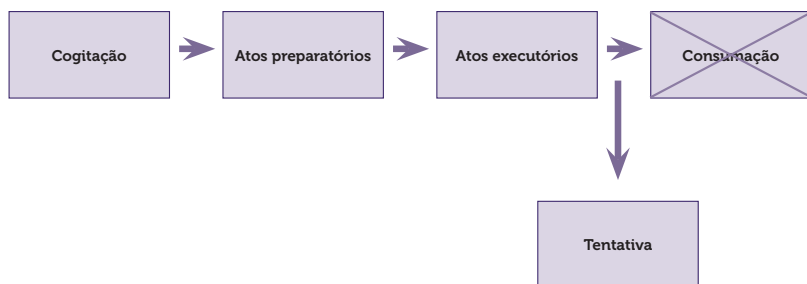
Crime culposo: não há crime culposo sem resultado. Ademais, a tentativa ocorre quando o agente deseja um resultado (possui consciência e vontade), que no entanto não se consuma por circunstâncias alheias à sua vontade. Bitencourt (2011) afirma que na tentativa há intenção sem resultado, enquanto no crime culposo há resultado sem intenção.

Crime omissivo próprio: nesse caso, há consumação com a simples omissão do agente. Bitencourt (2011) assevera que se o agente deixa passar o momento que deve agir, consuma o delito; caso ainda possa agir, não há que se falar em crime.

Crimes preterdolosos: ocorre quando há dolo no antecedente e culpa no consequente. Sendo o crime qualificado pelo resultado a título de culpa, não há que se falar em tentativa.

Crime de atentado ou empreendimento: como já afirmado, o crime tentado é punido de forma equivalente ao crime consumado.

Figura 3.3- Crime tentado – *iter criminis*.



Fonte: A autora.

Finalizando esta seção, é importante destacar que você aprendeu as principais características do *iter criminis* e do instituto da tentativa, os quais desencadeiam uma série de questões de índole prática.

Sem medo de errar

Vamos juntos buscar a solução para a situação-problema exposta nesta seção?

Foi apresentado a você o seguinte caso: Finalmente, Zé Pedrinha e João do Morro conseguiram armar um plano para furtar a residência de Beatriz, e aproveitaram o período em que a proprietária do imóvel estava no exterior. Para tanto, entraram no apartamento à noite e abriram o cofre, colocando em duas bolsas todas as joias e o dinheiro que se encontrava na residência. Percebendo um barulho estranho vindo do apartamento e ciente de que Beatriz estava viajando, O Sr. Hélio, vizinho, chamou a polícia. Ao saírem do prédio pela garagem, Zé Pedrinha e João do Morro foram surpreendidos pela polícia. João do Morro empreendeu fuga, não tendo sido localizado pelos policiais. Inobstante, Zé Pedrinha foi alcançado pela polícia e preso em flagrante delito. Pergunta: O crime de furto praticado por Zé Pedrinha e João do Morro foi tentado ou consumado? Para responder a esta indagação,

você deverá compreender os conceitos do crime consumado e do crime tentado, bem como suas principais características. Também deverá entender a polêmica envolvendo o momento consumativo do crime de furto.



Lembre-se

O crime é consumado quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal. Já a tentativa ocorre quando o crime não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente (art. 14, incisos I e II, do CP).



Atenção

No presente caso, é importante compreender as diversas teorias existentes acerca do momento consumativo do crime de furto. São elas:

Contrectatio: basta o agente tocar no objeto material para o crime de furto consumir-se.

Amotio: consuma-se o crime de furto quando há inversão na posse, independentemente de haver posse mansa e pacífica.

Ablatio: consuma-se o crime de furto quando o objeto material sai da esfera de proteção da vítima.

Ilatio: consuma-se o crime de furto quando o objeto material é levado para o local inicialmente desejado pelo agente.



Pesquise mais

Recomenda-se a leitura dos seguintes artigos:

Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2015/02/consumacao-do-furto.html>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,-MI229598,21048-ST+J+firma+tese+sobre+o+momento+da+consumacao+de+crimes+de+furto+e>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm adotado a teoria da amotio, de modo que para a consumação é necessária apenas a inversão da posse.

E agora, você já sabe se o crime de furto apresentado na situação próxima à sua realidade foi consumado ou tentado?

Crime tentado

Descrição da situação-problema

Lucas e André tiveram uma briga em uma festa. Logo em seguida, possuído pelo ódio, Lucas resolveu matar André. Para tanto, adquiriu uma arma no centro da cidade e foi esperar André na porta do trabalho com o intuito de matá-lo. Chegando lá, ao disparar tiros contra André, Lucas errou a pontaria e acertou uma lata de lixo que estava bem ao lado da pretensa vítima. Lucas responderá pela tentativa? Se a resposta for afirmativa, trata-se de tentativa cruenta ou incruenta?

Resolução da situação-problema

Lucas responderá pela tentativa, uma vez que, iniciada a execução (ressalta-se que a aquisição da arma é mero ato preparatório), o crime não se consumou por circunstâncias alheias a sua vontade (má pontaria). Trata-se de tentativa incruenta, pois o objeto material (André) não foi alvejado.



Lembre-se

O art. 14, inciso II, do CP prevê que o crime é tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do sujeito ativo. Nesse caso, após iniciados os atos executórios, não há realização completa do tipo penal por circunstâncias estranhas ao desejo de atuar do agente.



Faça você mesmo

João, cidadão desempregado e ex-presidiário, cogita e decide adentrar no iter criminis de uma conduta criminosa furtiva. João ingressa no supermercado “Pague Mais” e subtrai uma peça de carne no valor de R\$ 40,00 (quarenta reais). O segurança, atento ao circuito interno de TV que monitora o supermercado, espera João cruzar a saída para abordá-lo “em flagrante”. Pense que você é o Delegado Faria que recebe o preso João conduzido pela polícia militar. Você entende que houve tentativa nesse caso? Justifique sua resposta. Sugiro que você busque na doutrina e na jurisprudência exemplos nos quais seja possível verificar o momento consumativo dos crimes, bem como o instituto da tentativa.

1. O *Iter criminis* é o caminho ou itinerário do crime. Pela doutrina majoritária, o iter é composto de cogitação, atos preparatórios, atos executórios e consumação. Em regra, a punição inicia-se na fase:

- a) Cogitação.
- b) Atos preparatórios.
- c) Atos executórios.
- d) Consumação.
- e) Exaurimento.

2. O art. 14, inciso I, do CP dispõe que o crime será consumado quando nele se reunirem todos os elementos de sua definição legal.

Quanto ao crime consumado, assinale a alternativa CORRETA:

- a) Nos crimes materiais há consumação com a simples atividade.
- b) Nos crimes formais há consumação com o resultado naturalístico.
- c) Nos crimes de mera conduta há consumação com o resultado naturalístico.
- d) Nos crimes habituais há consumação com a reiteração de condutas.
- e) Nos crimes permanentes há consumação quando o agente pratica o ato.

3. Art. 291 - Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda. Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

O crime de petrechos para falsificação de moeda é um caso de:

- a) Punição da cogitação.
- b) Punição da consumação.
- c) Punição do exaurimento.
- d) Punição de ato executório.
- e) Punição de ato preparatório.

Desistência voluntária, arrependimento eficaz, arrependimento posterior e crime impossível

Diálogo aberto

Caro aluno,

Na seção anterior, você aprendeu as principais etapas do iter criminis, consubstanciadas na cogitação, nos atos preparatórios, nos atos executórios e na consumação, bem como sobre o instituto da tentativa e suas principais características. Foi apresentada a você, na Seção 3.1, uma situação geradora de aprendizagem em que Zé Pedrinha e João do Morro planejaram invadir a residência de Beatriz com o intuito de furtar os valiosos bens que supostamente ela guardava dentro de casa. Na situação-problema exposta na seção anterior, você teve que responder se o crime de furto praticado por Zé Pedrinha e João do Morro na residência de Beatriz foi tentado ou consumado. Vamos verificar se você acertou? Na seção anterior, você conheceu as teorias sobre o momento consumativo do furto, bem como que os Tribunais Superiores (STJ e STF) vêm adotando a teoria da amotio. Segundo essa teoria, consuma-se o crime de furto quando há inversão na posse, independentemente de haver posse mansa e pacífica. Assim, o crime de furto consuma-se ainda que o bem tenha ficado em poder do agente por um breve espaço de tempo e tenha sido recuperado pela polícia. No presente caso, Zé Pedrinha e João do Morro retiraram os bens do cofre e armazenaram a res furtiva em duas sacolas, momento em que houve a inversão da posse e consumação do crime. Como é dispensável a posse mansa e pacífica, não há que se falar em tentativa. Portanto, o crime de furto praticado por Zé Pedrinha e João do Morro foi consumado.

Nesta seção, você aprenderá sobre os institutos da desistência voluntária, arrependimento eficaz, arrependimento posterior e crime impossível. Conheça uma nova situação próxima da realidade profissional: No dia em que ocorreu o furto na residência de Beatriz, João do Morro empreendeu fuga e escondeu-se em um barracão no aglomerado da Rocinha, não tendo sido localizado pelos policiais. João do Morro verificou que havia cinco colares de diamantes e R\$80.000,00 na sacola que havia furtado. Após sete dias e antes mesmo de ter sido citado no processo criminal, arrependido por ter visto que seu grande amigo Zé Pedrinha estava novamente preso, decidiu mudar de vida e entregou todos os objetos e todo o dinheiro furtado na delegacia mais próxima. **Pergunta:** João do Morro será beneficiado pela devolução dos objetos e do dinheiro furtados? Para responder a esta indagação, você deverá

compreender as principais características e os requisitos para a configuração do arrependimento posterior. Neste esteio, é importante o aprofundamento do conteúdo a fim de facilitar a resolução da situação próxima da realidade profissional anteriormente mencionada.

Vamos começar?

Não pode faltar

Após iniciada a fase de execução no iter criminis, podem ocorrer diversas situações. O agente poderá realizar todos os elementos da figura típica, consumando o delito. Poderá, ainda, não haver a consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente, configurando-se, assim, a tentativa.

Poderá ocorrer também de o próprio agente desistir de continuar sua ação delitiva (desistência voluntária) ou realizar um ato para impedir a ocorrência do resultado (arrependimento eficaz), consoante dispõe o art. 15 do Código Penal.

“Art. 15 – O agente que, voluntariamente, **desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza**, só responde pelos atos já praticados”.

Ademais, após a consumação do delito, o agente poderá se arrepender e, caso preenchidos os requisitos, ser beneficiado pelo instituto do arrependimento posterior. Inobstante, também há casos em que o agente não cometerá crime algum, pois que será impossível em razão do objeto ou do meio escolhido ser inidôneo.

Todos estes institutos serão analisados a seguir.

I. ARREPEDIMENTO EFICAZ

Ocorre o arrependimento eficaz quando o agente pratica todos os atos necessários para alcançar a consumação do crime, mas arrepende-se e pratica novo ato com o intuito de evitar o resultado.

Nesse sentido, Bitencourt (2011) afirma que após o sujeito ativo, após ter esgotado todos os meios de que dispunha – necessários e suficientes -, arrepende-se e evita que o resultado aconteça, ou seja, pratica nova atividade para evitar a ocorrência do resultado. Busato (2015), por sua vez, assevera que no arrependimento eficaz já foram esgotados os atos de execução, porém o agente atua novamente para impedir que o resultado ocorra.

É importante destacar que para a configuração do arrependimento eficaz: (i) o ato deve ser voluntário (e não necessariamente espontâneo) e (ii) o arrependimento deve ser eficaz.

Quanto à voluntariedade, é preciso ressaltar que o arrependimento deve ser um ato realizado pelo próprio agente, de modo que não deve haver nenhuma interferência externa no sentido de forçar fisicamente ou moralmente o ato reversivo.

Além disso, como o próprio nome já diz, o arrependimento deve ser eficaz. Isso significa que ainda que o agente tenha se arrependido e praticado atos para evitar o resultado, se, no caso concreto, não conseguir evitar a sua ocorrência, responderá pelo crime consumado.



Assimile

Bitencourt (2011) afirma que ainda que a vítima tenha contribuído para a consumação, o agente responderá pelo resultado consumado. Um exemplo é quando o sujeito coloca veneno no alimento da esposa, que, desconhecendo a atitude do marido, o ingere. Em seguida, o marido arrepende-se, confessa o fato e ministra um antídoto para a esposa, a qual, desiludida, recusa-se a aceitá-lo e morre.

Logo, caso o arrependimento seja eficaz, o agente responderá somente pelos atos já praticados. Caso seja ineficaz, isto é, não tenha o agente atingido sucesso no ato praticado para reverter a situação, o sujeito ativo responderá pelo delito consumado.

Há divergência doutrinária quanto à natureza jurídica do instituto do arrependimento eficaz. Bitencourt (2011) salienta que alguns autores, como Nelson Hungria, defendem que o arrependimento eficaz deve ser causa de extinção da punibilidade. No entanto, para este autor, mais acertada é a ideia de que se trata de uma causa de exclusão da adequação típica. Isso porque o resultado não é atingido por vontade do agente, diferentemente do que ocorre na tentativa (o crime não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente). Neste esteio, inexistindo as elementares “circunstâncias alheias” o fato é atípico.

II. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA

Na desistência voluntária o agente inicia os atos executórios, contudo desiste de prosseguir em sua ação criminosa. Para Bitencourt (2011), o agente que inicia a realização de uma conduta típica pode, voluntariamente, interromper sua execução.

Von Liszt (1929, p. 20) afirma que a desistência voluntária pode ser idealizada como a 'ponte de ouro' que traz o agente da ilicitude até o caminho lícito. Isso porque o agente tinha totais condições de prosseguir em sua ação e alcançar o resultado inicialmente almejado, no entanto, desiste da realização do crime e se afasta da esfera da criminalidade. Busato (2015) afirma que essa 'ponte de ouro' construída pelo legislador visa estimular o autor a desistir da produção do resultado, sendo o seu fundamento baseado em considerações político-criminais.

Assim como ocorre no arrependimento eficaz, não é necessário que a ideia parta do próprio agente (isto é, seja espontânea), basta que seja voluntária (ou seja, livre de qualquer coação física ou moral).



Refleta

Cabe desistência voluntária na tentativa perfeita (aquela em que o agente esgotou toda a sua capacidade lesiva, contudo o crime não se consumou por circunstâncias alheias a sua vontade)?

Busato (2015) levanta, ainda, a seguinte questão: essa desistência deve ser definitiva (isto é, sem planos de retomada posterior) ou concreta (ou seja, efetivamente naquele contexto, o agente passa a não pretender mais a realização do resultado)? Compreende o autor que a desistência a ser levada em consideração para a aplicação do instituto é a concreta, pois a desistência definitiva implica um exercício de adivinhação futura.



Exemplificando

Busato (2015) afirma que a desistência voluntária não pode ser motivada pela perseguição policial, como no caso em que o estelionatário combina com a vítima, para o dia seguinte, a entrega mediante pagamento de títulos falsificados, cuja compra foi ajustada em todos os seus detalhes. Mas, quando a caminho da entrega, o estelionatário percebe policiais rondando as cercanias do local e desiste.

Assevera, ainda, que não há configuração da desistência voluntária quando o sujeito não prossegue na execução do ato pelo convencimento da impossibilidade de alcançar a consumação. Exemplo: o estuprador amarra e despe a vítima, mas, ao pretender iniciar o ato sexual, não consegue a ereção.

Na desistência voluntária, assim como no arrependimento eficaz, o agente responderá tão somente pelos atos já praticados.

Ressalta-se que aqui há discussão doutrinária semelhante ao instituto do arrependimento eficaz no tocante à sua natureza jurídica. Alguns autores

creem se tratar de causa extintiva da punibilidade, enquanto outros acreditam se tratar de causa de exclusão de adequação típica.

Cumpra, por fim, destacar a distinção entre a desistência voluntária e o arrependimento eficaz. Na desistência voluntária o agente inicia os atos executórios, mas desiste e não finaliza sua ação. Ocorre, por exemplo, quando o sujeito tem a oportunidade de desferir um golpe de faca mortal na vítima e deixa de prosseguir na ação. Por outro lado, no arrependimento eficaz o agente realiza os atos executórios, mas, arrependido, pratica nova ação para evitar o resultado. Como exemplo tem-se o caso em que o agente desferiu todos os golpes na vítima, mas arrepende-se e a leva para o hospital.

III. ARREPENDIMENTO POSTERIOR

O arrependimento posterior está previsto no art. 16 do Código Penal, nos seguintes dizeres:

“Art. 16 – Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”.

Infere-se, pois, do supramencionado artigo, que o arrependimento posterior sujeita-se ao preenchimento dos seguintes requisitos:

(i) crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, (ii) reparação do dano ou restituição da coisa, (iii) até o momento em que houver o recebimento da denúncia ou queixa e (iv) que seja por ato voluntário do agente.

Para fazer jus à redução de pena, o crime cometido pelo agente deve ser sem violência ou grave ameaça à pessoa. Isso significa que o crime de roubo (distingue-se do furto exatamente por conter violência ou grave ameaça à pessoa), por exemplo, não importará na aplicação do arrependimento posterior. Para a maioria da doutrina, a reparação do dano ou restituição da coisa deve ser total/integral, de modo que, sendo parcial, não possibilita a aplicação do arrependimento posterior. Inobstante, há divergência sobre tal entendimento.

Ainda, existe um limite máximo de tempo para que seja feita a reparação do dano ou restituição da coisa: o recebimento da denúncia ou queixa. Essa fase ocorre após o Ministério Público oferecer a denúncia ou o querelante oferecer a queixa e, preenchidos alguns requisitos, o Juiz aceitá-la. Após esse momento, fica incabível o arrependimento posterior. Entretanto, caso restituída a coisa ou reparado o dano após o recebimento da denúncia ou queixa, poderá incidir em benefício do agente a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea “b”, do CP⁴.

⁴“Ter o agente procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano”.

Ademais, o ato deverá ser voluntário, isto é, livre de qualquer coação física ou moral. Busato (2015) afirma, por exemplo, que o arrependimento posterior não pode derivar de uma ação indenizatória. Deve também ser pessoal, de modo que um terceiro não pode reparar o dano ou restituir a coisa em benefício do agente.

Frisa-se que no arrependimento posterior o ato foi consumado, de modo que o autor não realizou nenhuma ação com o intuito de evitar a realização do resultado.

Dessa forma, esse arrependimento não influi na responsabilização do agente, o qual será beneficiado tão somente com a redução da pena de 1/3 a 2/3. Ou seja, o arrependimento posterior tem natureza jurídica de causa geral de diminuição da pena.



Faça você mesmo

Sugiro que você busque na doutrina e na jurisprudência exemplos em que seja possível verificar o arrependimento posterior.

IV. CRIME IMPOSSÍVEL

Também conhecido como tentativa inidônea, o crime impossível está previsto no art. 17 do CP, da seguinte forma:

“Art. 17 – Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”.

Extrai-se do referido artigo que o crime jamais será consumado em virtude: da (i) ineficácia absoluta do meio ou da (ii) absoluta impropriedade do objeto.

Ocorre a primeira hipótese quando o meio escolhido pelo agente para a consecução do crime, em razão de sua natureza, jamais será capaz de causar o resultado.



Exemplificando

Exemplos recorrentes na doutrina são os casos em que o agente, desejando matar outrem por envenenamento, equivocadamente coloca açúcar no alimento. Há também a hipótese em que o sujeito ativo aciona o gatilho, mas a arma encontra-se descarregada.



Refleta

Há crime impossível pela ineficácia do meio quando o estelionatário tenta enganar a vítima utilizando-se, para tanto, de uma falsificação grosseira?

Haverá impropriedade absoluta do objeto quando o agente direcionar sua conduta a um objeto material que, na verdade, não existe ou é totalmente impróprio para atingir o objetivo criminoso.



Exemplificando

Ocorre quando o agente dispara tiros contra um cadáver (sem saber desta condição) ou quando uma mulher utiliza técnicas abortivas sem estar grávida.

Ressalta-se, por oportuno, que a ineficácia do meio e a impropriedade do objeto devem ser absolutas para que seja configurado o crime impossível. Caso sejam relativas, a responsabilidade do agente não será afetada e ele responderá pela tentativa.

Busato (2015) afirma que é absolutamente inidôneo o meio que jamais será capaz de produzir o resultado, enquanto a ineficácia relativa diz respeito àquele meio que apenas na ocasião concreta não produziu o resultado, mas que, de modo geral, seria apto para produzir o resultado.

Diversas teorias tentam explicar a punibilidade do crime impossível.

Vejamos cada uma delas:

- Teoria subjetiva: a pena de um autor de crime impossível deve ser igual à da tentativa, pois a punibilidade é justificada pela intenção do agente.
- Teoria objetiva: o agente não deverá ser punido porque o bem jurídico não foi colocado em risco em momento algum. Ademais, não estão presentes os elementos da tentativa.
- Teoria sintomática: o crime impossível será punido se expressar a periculosidade do agente.

O Código Penal Brasileiro adotou a teoria objetiva quanto à punibilidade do crime impossível.

Nesta seção você concluiu os estudos da Unidade 3, tendo aprendido as principais características do arrependimento eficaz, desistência voluntária, arrependimento posterior e crime impossível. Convido você a se aprofundar no assunto e buscar casos práticos para que possa ampliar seus conhecimentos.

Sem medo de errar

- Vamos juntos buscar a solução para a situação-problema exposta nesta seção?

Conheça uma nova situação próxima da realidade profissional: No dia em que ocorreu o furto na residência de Beatriz, João do Morro empreendeu fuga e escondeu-se em um barracão no aglomerado da Rocinha, não tendo sido localizado pelos policiais. João do Morro verificou que haviam cinco colares de diamantes e R\$80.000,00 na sacola que havia furtado. Após sete dias e antes mesmo de ter sido citado no processo criminal, arrependido por ter visto que seu grande amigo Zé Pedrinha estava novamente preso, decidiu mudar de vida e entregou todos os objetos e todo o dinheiro furtado na delegacia mais próxima.

Pergunta: João do Morro será beneficiado pela devolução dos objetos e do dinheiro furtados?

Para responder a esta indagação, você deverá compreender as principais características e requisitos para configuração do arrependimento posterior.



Lembre-se

O arrependimento posterior está previsto no art. 16 do Código Penal, nos seguintes dizeres: “Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”.

No presente caso, o crime cometido por João do Morro foi sem violência ou grave ameaça à pessoa? Houve a reparação do dano ou restituição da coisa? Foi de maneira integral? Foi respeitado o limite previsto em lei (recebimento da denúncia ou queixa)? Foi um ato voluntário do agente?

Pode-se afirmar que João do Morro será beneficiado pela devolução dos objetos e do dinheiro furtados em razão do arrependimento posterior. Isso porque estão presentes todos os requisitos do art. 16 do CP.

Inicialmente, destaca-se que o crime de furto, diferentemente do que ocorre no roubo, é um crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa. Ademais, João do Morro, arrependido, entregou todos os objetos e todo o dinheiro na delegacia mais próxima, tendo preenchido esse requisito em virtude de a restituição ter sido integral.

Foi respeitado o limite para a restituição do bem ou reparação do dano, que é o recebimento da denúncia ou queixa, pois João do Morro procedeu à devolução dos objetos e do dinheiro furtados sete dias após o crime e antes mesmo de ter sido citado no processo criminal.

Registra-se, por fim, que foi um ato voluntário do agente, isto é, sem coação física ou moral, visto que João do Morro decidiu por sua própria vontade mudar de vida e, para isso, resolveu devolver os objetos oriundos do crime.

Avançando na prática

Crime impossível

Descrição da situação-problema

Heitor foi fazer compras na Rua 25 de Março, em SP. Sabendo dos furtos que ocorriam na região, colocou cerca de R\$300,00 no bolso direito, acreditando que sentiria qualquer movimentação naquele local e que assim o seu dinheiro estaria protegido.

De repente, um trombadinha colocou a mão no bolso esquerdo de Heitor, o qual estava vazio. Nesse momento, Heitor percebeu a ação e chamou a polícia.

Trata-se de crime impossível? O trombadinha responderá pela tentativa ou não responderá por nada em razão do crime impossível?

Resolução da situação-problema

O trombadinha responderá pela tentativa, visto que houve a impropriedade relativa do objeto. Caso não tivesse dinheiro em nenhum bolso de Heitor, seria crime impossível, pois o trombadinha jamais conseguiria consumir o crime.



Lembre-se

A ineficácia do meio e a impropriedade do objeto devem ser absolutas para que seja configurado o crime impossível. Caso sejam relativas, a responsabilidade do agente não será afetada e ele responderá pela tentativa.



Faça você mesmo

Pense que José cometeu o crime de furto (crime contra o patrimônio) ao surrupiar um celular de Maria, capitulado no art. 155 do Código Penal brasileiro. Todavia, ele pensa bem na religiosidade de sua família e decide devolver os objetos furtados à Maria um dia após o cometimento do delito. E então? Você consegue pensar em qual instituto poderíamos aplicar a José? Sugiro que você busque na doutrina e na jurisprudência exemplos em que seja possível verificar os institutos da desistência voluntária, arrependimento eficaz, arrependimento posterior e crime impossível.

Faça valer a pena

1. Após iniciada a fase de execução no *iter criminis*, podem ocorrer diversas situações. O agente pode consumir o crime ou não consumá-lo por circunstâncias alheias a sua vontade. Pode, ainda, desistir de prosseguir na ação criminosa ou praticar nova ação para evitar o resultado.

I – Ocorre o arrependimento posterior quando o agente pratica todos os atos necessários para alcançar a consumação do crime, mas arrepende-se e pratica novo ato com o intuito de evitar o resultado;

II – Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou queixa, por ato voluntário do agente, tem-se o arrependimento eficaz;

III – Na desistência voluntária o agente inicia os atos executórios, contudo desiste de prosseguir em sua ação criminosa;

IV – Caso o arrependimento seja eficaz, o agente responderá somente pelos atos já praticados.

Assinale a alternativa que contém as assertivas CORRETAS:

- a) Todas as proposições estão corretas.
- b) Somente está correto o que se afirma nas proposições I e IV.
- c) Somente está correto o que se afirma nas proposições I, II e IV.
- d) Somente está correto o que se afirma nas proposições III e IV.
- e) Todas as proposições estão incorretas.

2. De acordo com o art. 16 do CP, nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

Quanto à natureza jurídica do arrependimento posterior, assinale a alternativa CORRETA:

- a) Causa de extinção da punibilidade.
- b) Causa de extinção da adequação típica.
- c) Causa geral de diminuição de pena.
- d) Causa geral de aumento de pena.
- e) Atenuante.

3. O agente pratica todos os atos necessários para alcançar a consumação do crime, mas arrepende-se e pratica novo ato com o intuito de evitar o resultado.

Trata-se de:

- a) Desistência voluntária.
- b) Crime impossível.
- c) Arrependimento posterior.
- d) Arrependimento eficaz.
- e) Tentativa.

Referências

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GOMES, Luis Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.
- LISZT, Von. **Tratado de derecho penal**. Tradução: Luiz Jiménez de Asúa. Madrid: Reus, 1929.
- QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. v. 1.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1977.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

Unidade 4

Teoria do crime: ilicitude, culpabilidade e concurso de pessoas

Convite ao estudo

Na Unidade 3, você aprendeu as principais características, elementos e espécies do crime culposo, bem como sobre o erro de tipo essencial e acidental. Você teve a oportunidade de conhecer a polêmica envolvendo a natureza jurídica das discriminantes putativas. Verificou, ainda, que o iter criminis é composto pelas fases de cogitação, atos preparatórios, atos executórios e consumação. Aprendeu as principais características do crime tentado, da desistência voluntária, do arrependimento eficaz, do arrependimento posterior e do crime impossível. Por fim, solucionou diversas questões envolvendo situações vivenciadas por João do Morro e Zé Pedrinha.

Agora, terão início seus estudos da quarta unidade, a qual é composta por assuntos polêmicos do Direito Penal, como a imputabilidade penal e o concurso de pessoas. Por esse motivo, dedique-se e aprofunde seus conhecimentos!

Está curioso para saber o que vai aprender? Veja só:

Unidade 4 – Teoria do crime: ilicitude, culpabilidade e concurso de pessoas.

Seção 4.1 Ilicitude: principais características e causas de exclusão Seção 4.2 Culpabilidade: principais características e causas de exclusão

Seção 4.3 Concurso de pessoas: autoria, coautoria e participação Seção 4.4 Concurso de pessoas: punibilidade e circunstâncias comunicáveis.

Além disso, você acompanhará as situações envolvendo Karina, que inconformada com o término do relacionamento de seis anos com Túlio e com o novo relacionamento do rapaz, enfrentará inúmeros outros problemas de índole penal, os quais serão solucionados por você ao longo da unidade.

Ilicitude: principais características e causas de exclusão

Diálogo aberto

Caro aluno,

Na seção anterior, você concluiu os estudos da Unidade 3 e aprendeu as principais características e efeitos dos institutos da desistência voluntária, do arrependimento eficaz, do arrependimento posterior e do crime impossível.

O conceito analítico prevê que o crime é um fato típico, ilícito e culpável. Nas seções anteriores foram destacadas todas as características do fato típico. Terão início nesta seção seus estudos sobre o segundo elemento do crime: a ilicitude.

Conheça agora a situação geradora de aprendizagem que acompanhará você ao longo desta unidade: Túlio e Karina se conheceram no início do ensino médio e logo começaram a namorar. Tinham uma relação bem complicada, e após seis anos de intensas brigas, Túlio colocou um ponto-final na relação. O término do namoro foi algo inesperado para Karina, pois acreditava que Túlio e ela ficariam para sempre juntos. Amigos próximos do casal alertavam que ambos tinham uma relação doentia.

Karina procurou Túlio para conversar diversas vezes com o intuito de reatar o namoro. Contudo, ele se mostrou decidido acerca do término. Após quatro meses, Túlio iniciou um relacionamento amoroso com Tatiana, jovem bela e popular na cidade, o que deixou Karina desolada a ponto de abordar Tatiana na rua em várias ocasiões ordenando que se separasse de Túlio. Karina utilizou as redes sociais para constranger e ameaçar o novo casal, prometendo inclusive a morte de Tatiana em um dos comentários caso continuasse o namoro com Túlio. Há quem diga que Karina ficou completamente fora de si após o início desse novo relacionamento.

Tatiana nunca viu seriedade nas ameaças de Karina, pois acreditou que era apenas uma dor de cotovelo passageira. O que ela não sabia era que Karina também de fato, estava planejando sua morte.

Como decorrência dessa situação geradora de aprendizagem, conheça a primeira situação próxima da realidade profissional desta unidade: certo dia, Karina deparou-se com Tatiana passeando em um famoso shopping de São Paulo/SP. Verificando que Tatiana havia entrado no banheiro do

estabelecimento, Karina foi ao seu encontro. Nesse momento, Karina proferiu palavras de baixo calão em direção à Tatiana, a qual respondeu de forma agressiva, uma vez que estava exausta de tamanha perseguição em razão do inconformismo com seu namoro com Túlio.

Após discutirem, Karina avançou em direção à Tatiana, desferindo-lhe socos e puxões de cabelo, que acabaram ocasionando-lhe lesões corporais de grau leve. Para se defender, Tatiana revidou as agressões, e com o objetivo de fazê-las cessar, excedeu-se em seus atos. Com isso, Karina novamente agrediu Tatiana, pretendendo, agora, impedi-la de continuar com a agressão. Nesse momento, os seguranças chegaram para apartar a briga.

Pergunta: a situação descrita trata-se de alguma causa de justificação? Em caso afirmativo, de qual delas?

Para responder a esta indagação, você deverá compreender bem as causas de justificação e suas principais características, em especial a legítima defesa e suas espécies.

Neste esteio, é importante o aprofundamento do conteúdo a fim de facilitar a resolução da situação próxima da realidade profissional anteriormente mencionada.

Está interessado em saber a resolução dessa situação próxima da realidade profissional? Vamos começar!

Não pode faltar

1. Breves apontamentos

A ilicitude é o segundo elemento do conceito analítico de crime. Um fato será ilícito quando houver contrariedade/contradição entre a ação praticada pelo agente e o ordenamento jurídico. Nesse sentido, será lícita toda ação permitida pela ordem jurídica, motivo pelo qual faz-se necessária análise acerca das causas excludentes de ilicitude.

Alguns autores, como Bitencourt, preferem utilizar a expressão antijuridicidade para se referirem à ilicitude. Inobstante, o Código Penal adotou a nomenclatura ilicitude, o que foi defendido por muitos autores sob o argumento de que não seria possível uma criação do próprio direito ser denominada de antijurídica.



Assimile

Frequentemente, os operadores do direito confundem as expressões ilícito e injusto, referindo-se a elas como se fossem sinônimas, o que não é verdade!

Como afirmado anteriormente, ilícito é um comportamento contrário ao ordenamento jurídico. O injusto, por sua vez, é o termo designado para um fato que, além de típico, é também ilícito.

Ultrapassadas essas questões iniciais, passemos à análise dos conceitos de ilicitude formal e material, bem como de ilicitude genérica e específica. Posteriormente, veremos as causas excludentes de ilicitude.

2. Ilicitude formal e ilicitude material

A ilicitude formal consiste exatamente no conceito anteriormente apresentado, isto é, trata-se do comportamento humano contrário ao ordenamento jurídico. Bitencourt adverte que a ilicitude formal confunde-se com a própria tipicidade, uma vez que nesta analisa-se a contradição entre o comportamento humano e a lei penal (2011, p. 348).

Por outro lado, a ilicitude material consiste na lesão que o comportamento humano produz no bem jurídico penalmente protegido. Assim, além de verificar se o comportamento é contrário ao direito, também é levada em consideração a lesão que esse comportamento acarreta no bem jurídico. Bitencourt afirma que a análise dessa lesão não pode ser aferida no plano naturalístico, mas sim como ofensa ao valor ideal que a norma jurídica deve proteger (2011, p. 348).

Jeschek, citado por Bitencourt, afirma que a ilicitude material permite a graduação do injusto segundo a sua gravidade e sua expressão na medição da pena, bem como admite a existência de causas supralegais de justificação (2011, p. 349).



Exemplificando

Bitencourt afirma que, do ponto de vista da ilicitude formal, o tratamento médico-cirúrgico corresponde a uma lesão à integridade física de outrem, que somente é justificada caso haja consentimento. Do ponto de vista da ilicitude material, a intervenção médico-cirúrgica não constitui lesão, pois a integridade física não teria sido violada, mas sim restabelecida. Acrescenta que, ainda que a intervenção cirúrgica não tenha sido bem sucedida, deve ser levada em consideração a intenção curativa do médico, o que afasta o injusto da ação (2011, p. 349).

Apesar de ser fundamental conhecer a distinção anteriormente apresentada, a doutrina majoritária compreende desnecessária tal classificação. Isso porque, de acordo com Bitencourt, um comportamento contrário à ordem jurídica não pode deixar de lesionar ou expor a perigo bem jurídico tutelado por essa mesma ordem jurídica (2011, p. 349).

3. Ilicitude genérica e ilicitude específica

A ilicitude está presente em todos os ramos do Direito. Existem ilícitos civis, administrativos e penais. Dessa forma, o Direito Penal, por ser considerado a *ultima ratio*, deve selecionar os comportamentos ilícitos mais gravosos para serem tutelados em sua seara. Ou seja, o ilícito penal necessariamente também será um ilícito civil ou administrativo, contudo a recíproca não é verdadeira, já que deve ser respeitado o princípio da legalidade (somente será um ilícito penal caso o fato seja típico).

Portanto, segundo Bitencourt, há um injusto civil, administrativo ou penal específico, porém existe somente uma antijuridicidade para todos os ramos do direito (2011, p. 350).

4. Causas excludentes de ilicitude (causas de justificação)

Inicialmente, cumpre mencionar que a existência de um fato típico indica a ilicitude de uma conduta, ou seja, o fato típico pressupõe a ilicitude, salvo se houver uma das causas de justificação, que são a legítima defesa, o estado de necessidade, o exercício regular de um direito e o estrito cumprimento de um dever legal, bem como a causa supralegal denominada consentimento do ofendido. Em outras palavras, não havendo nenhuma das causas de justificação anteriormente descritas, o fato será ilícito.

O art. 23 do CP dispõe que:

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 culposo.



Assimile

Busato aduz que existem as causas legais de justificação, previstas no art. 23 do CP, as quais se aplicam a todos os crimes, bem como as causas de justificação específicas, que se aplicam a crimes determinados, como ocorre no art. 128 do CP (hipóteses de exclusão do crime de aborto), no art. 142 do CP (hipóteses de justificação dos crimes contra a honra) e no art. 37 da Lei nº 9.605/98 (excluem a ilicitude de crimes contra a fauna) (2015, p. 470).

Bitencourt afirma que, assim como ocorre no tipo penal, as excludentes de ilicitude também dividem-se em componentes objetivos e subjetivos. Não basta que estejam presentes os requisitos de uma causa de justificação, é necessário também que o agente tenha consciência de agir acobertado por uma causa excludente (2011, p. 360).

Estado de necessidade Segundo o art. 24 do CP:

“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.

Bitencourt destaca que o estado de necessidade caracteriza-se pela colisão de interesses juridicamente protegidos, sendo que um deles será sacrificado em razão do interesse social. É o caso de dois naufragos que disputam a mesma tábua, a qual suporta somente o peso de um deles. Uma vida será sacrificada em razão de outra (2011, p. 364). Ressalta-se que o bem a ser sacrificado deve possuir valor menor ou igual ao do bem que foi protegido. Não será considerada lícita uma conduta que visa proteger bem de menor valor que aquele que foi sacrificado.

Vejamos cada um dos requisitos do estado de necessidade, conforme se infere do art. 24 do CP:

- **Perigo atual:** o perigo atual é aquele que ocorre no mesmo momento em que se deu a conduta do agente visando proteger o bem. Isso significa que não será lícita uma ação que visa proteger um bem de um perigo passado ou que está por vir.

- **Não provocado pela vontade do agente:** o perigo não pode ser provocado de forma voluntária pelo agente. Nesse ponto surge a seguinte questão: o perigo causado de forma culposa pelo agente também impede a configuração do estado de necessidade? No tocante ao perigo causado de forma dolosa, não restam dúvidas. Contudo, em relação ao perigo causado culposamente, há controvérsias. Bitencourt acredita que a expressão “não provocou por sua vontade” deve ser entendida como sinônimo de que “não provocou intencionalmente a situação de perigo”, de modo que também é aceitável invocar o estado de necessidade quando o perigo for causado de forma culposa.



Refleta

O agente que conduziu seu veículo acima da velocidade permitida pode alegar o estado de necessidade?

- **Inevitabilidade do perigo por outra forma:** não pode haver outra forma de evitar o perigo. Caso exista, o agente deverá optar por ela. Somente aplica-se o estado de necessidade quando o sacrifício de um bem se mostrar como único meio capaz de proteger o bem de maior ou igual valor.
- **Direito próprio ou alheio:** a ação do agente deve visar à proteção de um direito seu ou de terceiro.

Conforme dispõe o art. 24, §1º, do CP, não poderá alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo, como o policial e o bombeiro, por exemplo. Ainda, é necessário considerar a causa de diminuição de pena prevista no art. 24, §2º, do CP, a qual será aplicada quando, embora não se trate de estado de necessidade, for razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado.

II. Legítima defesa

O art. 25 do CP dispõe que:

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

São requisitos da legítima defesa:

- **Uso moderado dos meios necessários:** aqui se analisa a proporcionalidade entre a agressão sofrida e os meios utilizados pelo

agente na reação. O agente deve escolher os meios necessários e moderados para evitar a agressão. De acordo com Bitencourt, serão necessários os meios suficientes e indispensáveis para o exercício eficaz da defesa (2011, p. 376). Além disso, é preciso que sejam moderados porque devem ser utilizados até que seja cessada a agressão.

- Agressão injusta, atual ou iminente: é a agressão injusta de um humano que legitima a reação do agente. Bitencourt assevera que injusta é a agressão que não for protegida pelo ordenamento jurídico (por esse motivo, o agente não pode reagir a uma regular prisão em flagrante) (2011, p. 375). Ainda, tal agressão deve ser atual ou iminente. Como afirmado quando da análise do estado de necessidade, atual será aquela ação que ocorrer simultaneamente com a conduta. Por sua vez, iminente é aquilo que está para ocorrer.
- Direito próprio ou alheio: a legítima defesa é cabível para repelir agressão própria ou de terceiro.

Ademais, existem diversas espécies de legítima defesa, sendo comumente encontradas na doutrina a legítima defesa real, a legítima defesa putativa, a legítima defesa sucessiva e a legítima defesa recíproca.

- Legítima defesa real: é a comum, a qual ocorre contra agressão injusta atual ou iminente.
- Legítima defesa putativa: ocorre quando o agente acredita, erroneamente, estar diante de uma agressão injusta, que, na verdade, não existe.
- Legítima defesa sucessiva: o agente se excede na legítima defesa, autorizando o agressor inicial, agora agredido, a agir em legítima defesa também. Bitencourt exemplifica com a seguinte situação: o agredido, exercendo a legítima defesa, excede-se na repulsa. O agressor inicial, contra o qual se realiza a legítima defesa, tem o direito de se defender do excesso, uma vez que o agredido, pelo excesso, transforma-se em um agressor injusto.
- Legítima defesa recíproca: é aquela em que ambos os agressores podem reagir, independentemente de quem tenha iniciado a agressão. Para Bitencourt, essa modalidade somente será admitida quando pelo menos um dos contendores incorrer em erro, configurando legítima defesa putativa (2011, p. 379).

Tabela 4.1 | Estado de necessidade x legítima defesa.

Estado de necessidade	Legítima defesa
Perigo atual	Agressão injusta atual ou iminente
Ataque	Defesa
Ação	Reação
Inevitabilidade do perigo por outra forma	Uso moderado dos meios necessários
Direito próprio ou alheio	Direito próprio ou alheio

Fonte:A autora.

III. Estrito cumprimento do dever legal

Aquele que pratica uma ação cumprindo um dever imposto legalmente não incide em crime, uma vez que sua conduta será lícita.



Exemplificando

Bitencourt afirma que é lícita a ação do carrasco que executa a sentença de morte, do carcereiro que encarcera o criminoso, do policial que prende o infrator em flagrante delito, etc. (2011, p. 380).

Segundo Bitencourt, são requisitos do estrito cumprimento do dever legal:

- Estrito cumprimento: somente os atos rigorosamente necessários justificam o comportamento permitido.
- Dever legal: o dever tem que decorrer da lei, não sendo considerados aqueles de natureza moral, religiosa ou social (2011, p. 380).

IV. Exercício regular de direito

Ocorre quando a ação do agente está pautada no exercício regular de um direito previsto pela ordem jurídica.

Constituem exemplos o desforço imediato (quando há turbacão ou esbulho da posse), a intervençao medico-cirúrgica, as violências esportivas (possíveis lesões ocorridas em lutas, como boxe, por exemplo, são permitidas em regulamentos que regem a competiçao), etc.

IV. Consentimento do ofendido

Diferentemente do que ocorre com o estado de necessidade, com a legítima defesa, com o estrito cumprimento do dever legal e com o exercício regular de direito, o consentimento do ofendido não está previsto no rol do art. 23 do CP. Constitui, assim, uma causa suprallegal.

Ocorre quando a própria vítima consente com a ocorrência de lesão a um bem jurídico do qual é titular.

São requisitos caracterizadores do consentimento do ofendido:

- **Consentimento válido:** analisa-se se a vítima possuía condições físicas e mentais de proferir um consentimento válido. Dessa forma, o consentimento deve ser isento de qualquer coação física ou moral ou até mesmo de fraude.
- **Capacidade jurídica do ofendido:** o agente deve anuir e ter consciência do consentimento e de suas consequências.
- **Bem jurídico disponível:** para se configurar o consentimento do ofendido, o bem jurídico deve ser disponível, como ocorre nos crimes de furto e dano. A vida, por se tratar de bem jurídico indisponível, não pode ser objeto do consentimento do ofendido.
- **Consentimento inequívoco, ainda que não seja expresso:** o consentimento não pode gerar dúvida, devendo ser inquestionável.



Pesquise mais

Recomenda-se a leitura da seguinte tese de mestrado acerca do consentimento do ofendido:

Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9K9UZM/disserta_o.pdf?sequence=1>.

Acesso em: 29 mar. 2016.

Ressalta-se, por fim, que se o consentimento da vítima integrar a figura típica haverá exclusão do tipo penal e não da ilicitude. É o caso da invasão de domicílio, por exemplo (o tipo penal pressupõe a desconformidade da vítima com a situação).

V. Excesso nas causas de justificação

Em todas as causas de justificação (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito), é possível que o agente responda pelo excesso doloso ou culposo a que tiver dado causa, conforme se depreende do art. 23, parágrafo único, do CP.

Neste esteio, o excesso será doloso quando o agente se aproveitar da causa de justificação para impor sacrifício maior ao bem ou ao agressor, agindo, assim, com consciência e vontade. Responderá, pois, pelo dolo. Por outro lado, o excesso culposo somente poderá ocorrer por erro. Neste caso, o agente somente responderá caso haja previsão expressa da modalidade culposa no tipo penal.



Pesquise mais

Recomenda-se a leitura dos seguintes artigos acerca do excesso nas causas de justificação:

Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/12640-12641-1-PB.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/artigo,breve-estudog-sobre-o-tratamento-do-excesso-nas-causas-justificantes-pelo-codigo-penal-brasileiro,28314.html>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/material/LFG/interreg_170407_090507_dp_antijuridicidade_lfg_materialdamonitoria.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2016.

VI. Offendiculas

Atualmente, a sensação de insegurança faz com que os indivíduos busquem meios para garantir ou otimizar a proteção de seus bens, especialmente a propriedade.

As *offendiculas* são instrumentos utilizados para evitar a lesão a um bem jurídico penalmente protegido, como as cercas elétricas, os cacos de vidros nos muros, as grades, os cães ferozes, etc.

Há divergência no tocante à incidência das *offendiculas* nas causas de justificação. Bitencourt afirma que alguns autores, como Assis Toledo (seguindo a orientação de Nelson Hungria e Magalhães Noronha), acreditam que as *offendiculas* excluiriam a ilicitude em razão da legítima defesa. Outros, como o próprio Bitencourt, acreditam que excluem a ilicitude em virtude de se tratarem de exercício regular de direito.

Finalizando esta seção, é importante destacar que você aprendeu as principais características da ilicitude, bem como suas causas de exclusão. Ainda, foram apresentadas situações próximas à sua realidade profissional, o que lhe auxiliará na resolução de problemas na esfera penal.

Sem medo de errar

Vamos juntos buscar a solução para a situação-problema exposta nesta seção?

Foi apresentado a você o seguinte caso: certo dia, Karina deparou-se com Tatiana passeando em um famoso shopping de São Paulo/SP. Verificando que Tatiana havia entrado no banheiro do estabelecimento, Karina foi ao seu encontro. Nesse momento, Karina proferiu palavras de baixo calão em direção à Tatiana, a qual respondeu de forma agressiva, uma vez que estava

exausta de tamanha perseguição em razão do inconformismo com seu namoro com Túlio.

Após discutirem, Karina avançou em direção à Tatiana, desferindo-lhe socos e puxões de cabelo, que acabaram ocasionando-lhe lesões corporais de grau leve. Para se defender, Tatiana revidou as agressões a fim de fazê-las cessar, contudo, excedeu-se em seus atos. Com isso, Karina novamente agrediu Tatiana, pretendendo, agora, impedi-la de continuar com a agressão. Nesse momento, os seguranças chegaram para apartar a briga.

Pergunta: a situação descrita trata-se de alguma causa de justificação? Em caso afirmativo, de qual delas?

Para responder a esta indagação, você deverá compreender bem as causas de justificação e suas principais características, em especial a legítima defesa e suas espécies.



Lembre-se

Segundo o art. 25 do CP, entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Ainda, há legítima defesa sucessiva quando o agente se excede na legítima defesa, autorizando o agressor inicial, agora agredido, a agir em legítima defesa também.

No presente caso, é possível afirmar que Karina agiu encoberta por alguma causa de justificação? É um caso de legítima defesa? Karina repeliu agressão injusta atual ou iminente de Tatiana? Defendeu direito seu ou de outrem? Em qual espécie de legítima defesa enquadra-se a conduta de Karina? Como você analisa essas questões?

Avançando na prática

Ilicitude – Estado de necessidade

Descrição da situação-problema

Em um dia chuvoso, Joana resolveu comprar pães na padaria mais próxima à sua residência. Estava caminhando e conversando no telefone celular, quando, de repente, avistou um cão feroz vindo em sua direção, o qual lhe atacou. No intuito de se defender, Joana começou a atingi-lo com

a sombrinha que carregava em mãos, matando o cão. Joana está acobertada por alguma causa excludente de ilicitude? Em caso afirmativo, por qual delas?

Resolução da situação-problema

Joana está acobertada pela causa de justificação denominada estado de necessidade. Isso porque sacrificou o cão para salvar sua própria vida ou integridade física. Ainda, praticou a ação para se salvar de perigo atual, ou seja, a conduta se deu ao mesmo tempo em que foi sofrido o ataque canino. O perigo não foi provocado por Joana, tendo em vista que caminhava tranquilamente rumo à padaria quando foi surpreendida pelo cão, não havendo, naquele momento e naquela circunstância, outra forma de evitar o perigo.

Cumpra mencionar que não se trata de legítima defesa, pois esta pressupõe injusta agressão oriunda de humanos.



Lembre-se

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.



Faça você mesmo

Imagine a seguinte situação: Larissa, conduzindo seu veículo, percebeu que o freio do carro começou a falhar em uma descida. Desesperada e avistando três transeuntes que atravessavam a rua na faixa de pedestres, jogou o carro para a lateral na direção de outro veículo que ali estava estacionado, causando-lhe danos. É possível alegar alguma causa excludente de ilicitude?

Com base nos casos citados nesta seção, sugiro que você busque na doutrina e na jurisprudência outros exemplos em que seja possível verificar a configuração das causas de justificação.

1. A existência de um fato típico indica a ilicitude de uma conduta, ou seja, o fato típico pressupõe a ilicitude, salvo se houver uma das causas de justificação, que são a legítima defesa, o estado de necessidade, o exercício regular de um direito e o estrito cumprimento de um dever legal, bem como a causa supralegal denominada consentimento do ofendido.

I – Para que seja configurado o estado de necessidade, basta que o perigo seja iminente;

II – Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo;

III – Na legítima defesa, o agente deve agir para repelir injusta agressão, atual ou iminente;

IV – No estrito cumprimento de dever legal, são aceitáveis os deveres de natureza moral, religiosa ou social.

Assinale a alternativa que contém as assertivas CORRETAS:

- a) Todas as proposições estão corretas.
- b) Somente está correto o que se afirma nas proposições I e IV.
- c) Somente está correto o que se afirma nas proposições I, II e IV.
- d) Somente está correto o que se afirma nas proposições II e III.
- e) Todas as proposições estão incorretas.

2. Considera-se em _____ 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.

Quanto ao complemento do texto descrito anteriormente, assinale a alternativa CORRETA:

- a) Legítima defesa.
- b) Estado de necessidade.
- c) Consentimento do ofendido.
- d) Estrito cumprimento do dever legal.
- e) Exercício regular do direito.

3. Entende-se em _____ quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Quanto ao complemento do texto descrito anteriormente, assinale a alternativa CORRETA:

- a) Estricto cumprimento do dever legal.
- b) Exercício regular do direito.
- c) Legítima defesa.
- d) Estado de necessidade.
- e) Consentimento do ofendido.

Culpabilidade: principais características e suas causas de exclusão

Diálogo aberto

Caro aluno,

Na seção anterior, você aprendeu as principais características do segundo elemento pertencente ao conceito analítico de crime: a ilicitude. Foram abordadas todas as causas excludentes de ilicitude (causas de justificação) previstas no art. 23 do CP – estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal - e também a causa supralegal denominada consentimento do ofendido. Por fim, você verificou a questão do excesso punível, bem como das *offendiculas*.

Foi apresentada a você, na Seção 4.1, uma Situação Geradora de Aprendizagem em que Karina, completamente fora de si, preferiu ameaças e agressões verbais contra Tatiana em razão do início do relacionamento amoroso desta com seu ex-namorado Túlio. Ocorre que Karina, inconformada com o fim do namoro e com o início do novo relacionamento do rapaz, pretende colocar um ponto-final na vida de sua rival caso ela não termine com Túlio.

Na situação-problema exposta na seção anterior, você teve que responder se na briga envolvendo Karina e Tatiana no shopping incidiu alguma causa de justificação e, em caso positivo, qual delas.

Vamos verificar se você acertou?

Inicialmente, cumpre destacar que Tatiana agiu acobertada pela causa excludente de ilicitude denominada legítima defesa, uma vez que, após discutirem verbalmente, foi agredida por Karina, a qual lhe desferiu socos e puxões de cabelo. Dessa forma, diante de uma agressão injusta atual, revidou os golpes a fim de cessar tais atos.

Inobstante, Tatiana excedeu-se na repulsa, de modo que nesse momento quem foi vítima de uma agressão injusta e atual foi Karina, a qual novamente agrediu Tatiana, pretendendo, agora, impedir a continuação de tais atos. Assim, Karina – agressora inicial – terá o direito de se defender do excesso, uma vez que a agredida – Tatiana (frisa-se, em razão do excesso) – transformou-se em uma agressora injusta.

Portanto, no presente caso há a causa excludente de ilicitude denominada

legítima defesa sucessiva. Nesta seção, você aprenderá sobre o último elemento do conceito de crime: a culpabilidade.

Para tanto, conheça uma nova situação próxima de sua realidade profissional: depois da briga ocorrida no shopping, Karina recusou-se a sair de casa para passear durante algum tempo. Os amigos e familiares próximos insistiam muito para que ela saísse, pois já estavam preocupados com essa situação e suspeitando de que ela estaria em um quadro depressivo. Após muita insistência, Karina decidiu ir a uma boate na noite de sexta-feira com seus amigos. Estava se divertindo até que visualizou Tatiana e Túlio dançando na pista, e nesse momento ingeriu bebida alcóolica com o intuito de tomar coragem para revidar as agressões sofridas no shopping. Após aproximadamente 2 horas de festa, completamente alcoolizada, Karina agrediu Tatiana, causando-lhe lesões corporais de natureza leve. Túlio e os seguranças apartaram a briga logo em seguida.

Pergunta: o estado de embriaguez de Karina a isenta de pena?

Para responder a esta indagação, você deverá compreender a culpabilidade e seus requisitos, bem como as hipóteses em que a embriaguez isenta o agente de pena.

Assim, é importante o aprofundamento do conteúdo a fim de facilitar a resolução da situação próxima da realidade profissional anteriormente mencionada.

Não pode faltar

Após a verificação de que o agente praticou um fato típico (conduta, resultado, nexos causal e tipicidade, presente o dolo ou a culpa) e de que sua conduta não está inserida em uma das causas excludentes de ilicitude, passa-se à análise do último elemento do conceito analítico de crime, que é a culpabilidade. Enquanto no tipo penal e na ilicitude a averiguação da responsabilidade dirige-se ao fato, na culpabilidade faz-se um juízo a respeito do autor.

Ressalta-se que o vocábulo “culpabilidade” abrange três acepções no Direito Penal, as quais devem ser bem conhecidas pelo aluno.

A primeira refere-se à culpabilidade como princípio, impedindo a responsabilidade objetiva, isto é, a imputação sem a presença de dolo ou culpa. Ainda, a culpabilidade pode ser compreendida como elemento medidor de pena e, por último, como critério de fundamento de pena. O intuito, nesta seção, como informado, é estudar a culpabilidade sob este último viés.

Todavia, cumpre mencionar que durante algum tempo, a doutrina entendeu que a culpabilidade não seria um elemento do crime, mas sim um pressuposto da pena. Tal posicionamento é minoritário, embora ainda conte com alguns defensores.

Analisaremos a seguir as principais teorias acerca da culpabilidade, bem como seus elementos e causas de exclusão.



Lembre-se

Leia interessante material sobre a culpabilidade para complementar seus estudos. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/material/2009_1S/silvio_maciел/agentepf_010409_silviomaciел_excludente_tipicidade_material.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2016.

1. Teorias da culpabilidade

Teoria psicológica da culpabilidade: segundo Bitencourt, a culpabilidade é o vínculo subjetivo existente entre a conduta do autor e o resultado. O dolo e a culpa eram elementos pertencentes à culpabilidade, sendo que a maior dificuldade encontrada por essa teoria foi configurar um conceito de culpabilidade que abrangesse esses dois elementos (dolo e culpa), sobretudo no que se refere à culpa inconsciente. Ademais, a teoria não conseguiu explicar satisfatoriamente a gradualidade da culpabilidade, ou seja, as causas que diminuem ou excluem a responsabilidade penal (2011, p. 395-396).

Teoria psicológico-normativa: conforme explicado por Bitencourt, para essa teoria, o dolo, como elemento da culpabilidade, necessita que o agente tenha praticado um fato típico, ilícito e com a consciência da ilicitude. É a reunião dos elementos psicológico (vontade e previsão) e normativo (consciência da ilicitude). Essa teoria encontrou problemas no que se refere ao criminoso habitual, o qual convivia em um meio onde condutas ilícitas eram consideradas normais e que não possuía, portanto, a consciência da ilicitude dos seus atos. Para resolver este impasse, Mezger construiu um adendo à culpabilidade normativa denominado de “culpabilidade pela condução de vida”, no qual se leva em consideração para a censura a personalidade do agente, seu caráter e sua conduta social (2011, p. 401). Essa concepção de Mezger, levando em consideração o autor e não o fato, gerou críticas em razão de conduzir à arbitrariedade estatal.

Teoria normativa pura: com o advento do finalismo, foram retirados da análise da culpabilidade todos os elementos subjetivos que a integravam, tendo o dolo e a culpa sido deslocados para o tipo penal. O dolo, analisado no tipo penal, é composto de consciência e vontade, enquanto a

consciência da ilicitude é parte integrante da culpabilidade. Essa é a teoria adotada atualmente.

Assim, tendo em vista a teoria normativa pura, a culpabilidade é a censura/reprovação pessoal da conduta praticada pelo agente. Conforme afirmado por Busato, trata-se de reprovar juridicamente o autor do fato que, tendo a possibilidade de agir em conformidade com o Direito, opta por violá-lo (2015, p. 521).

2. Elementos da culpabilidade

Os elementos da culpabilidade são a imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência do ilícito.

I. Imputabilidade

O Código Penal não define com precisão quais são os requisitos que compõem a imputabilidade, sendo certo que tal análise é feita por exclusão, observando os seguintes artigos:

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

A imputabilidade é a capacidade de o autor entender o caráter ilícito de seu ato e poder se orientar de acordo com essa compreensão. Busato destaca que a imputabilidade refere-se à reunião de características pessoais que tornam o sujeito capaz de ser uma pessoa à qual se possa atribuir responsabilidade (2015, p. 557). Verifica-se a imputabilidade penal a partir de três sistemas: biológico, psicológico e bipsicológico.

O biológico é aquele em que se reconhece a existência de inimputabilidade pela mera existência de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Esse sistema sofre críticas no tocante à existência de doentes mentais que possuem discernimento e consciência da realização da prática criminosa. Já o sistema psicológico privilegia o momento em que a conduta foi realizada, isto é, o agente será isento de pena se no momento

da prática do crime for inteiramente incapaz de compreender a ilicitude do seu ato. As críticas a esse sistema remontam à dificuldade de prova. Por fim, há o sistema biológico-psicológico, também chamado de biopsicológico, no qual se considera inimputável aquele que, por doença mental ou por 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.

O Código Penal brasileiro adotou como regra o sistema biopsicológico. Excepcionalmente, para os menores de 18 anos, consagrou o sistema biológico.

Bitencourt assevera que a inimputabilidade é caracterizada quando estiver ausente a sanidade mental do agente ou quando houver falta de maturidade mental (2011, p. 413). Analisaremos a seguir cada uma dessas formas de exclusão da culpabilidade.

Menoridade penal: o art. 228 da Constituição da República e o art. 27 do CP dispõem que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos.



Refleta

A previsão constante no art. 228 da Constituição da República é uma cláusula pétreia?

Como afirmado anteriormente, o CP adotou o critério puramente biológico para determinar a inimputabilidade do menor de 18 anos.

No item 23 da Exposição de Motivos de Código Penal, o legislador explicou os motivos que o levaram a optar pela maioria aos 18 anos, nos seguintes dizeres: *“Manteve o Projeto a inimputabilidade penal ao menor de 18 (dezoito) anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente antissocial na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinquente, menor de 18 (dezoito) anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinquente adulto, expondo-o à contaminação carcerária”*.

Neste esteio, verifica-se que a maioria penal é um assunto de grande polêmica e que traz à baila interessantes argumentos para os que expressam

opiniões favoráveis e contrárias à sua redução para a idade de 16 anos. Tramita no Congresso Nacional a PEC 171/93, que visa reduzir para 16 anos a maioria penal para os crimes considerados hediondos⁵, para o homicídio doloso e para a lesão corporal seguida de morte.



Pesquise mais

Leia estes interessantes artigos contendo argumentos favoráveis e contrários à redução da maioria penal:

Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=255>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=resvista_artigos_leitura&artigo_id=13332&revista_caderno=12>. Acesso em: 29 mar. 2016.

Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=2910>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/noticias/pdf/as-18-razoeseis-contr-a-reducao-da-maioridade-penal>>. Acesso em: 29 mar. 2016.



Refleta

Qual é a sua opinião acerca da redução da maioria penal?

Assim, é necessário acompanhar as modificações legislativas sobre este assunto. Até o momento, são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos em razão da imaturidade mental que lhes impossibilita uma correta compreensão de seus atos.

5 Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII);

I-A - lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição;

II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine);

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);

IV - extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º);

V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º);

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º).

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998);

VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º).

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.

Todavia, ressalta-se que ao adolescente (entre 12 e 18 anos) serão aplicadas as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.



Lembre-se

Para fins de contagem dos 18 anos, é levado em consideração o dia e não o horário do nascimento do agente.

Doença mental e desenvolvimento mental incompleto ou retardado: Bitencourt adverte que serão considerados doentes mentais os agentes que estiverem sob alienação mental, isto é, todos aqueles que estiverem sujeitos a estados mentais, mórbidos ou não, que demonstrem a incapacidade de entender o caráter ilícito de sua ação ou de determinar-se de acordo com essa compreensão. (2011,

p. 417). Conforme explanado por Busato, são exemplos de doença mental a psicose maníaco-depressiva, a esquizofrenia, a paranoia, os distúrbios obsessivo-compulsivos, as formas de demência, etc. (2015, p. 561).

Já o desenvolvimento mental incompleto pode ser exemplificado pelo caso dos surdos-mudos e pelos silvícolas que não se adaptaram à vida urbana. Por sua vez, o desenvolvimento retardado é tratado frequentemente pela doutrina como sendo o caso da oligofrenia.

Aqui se adota o sistema biopsicológico, pois, além da doença, o agente deve estar no momento da ação inteiramente incapaz de compreender o caráter ilícito do seu ato.

O art. 26, parágrafo único, do CP, trata da hipótese denominada pela doutrina de culpabilidade penal diminuída. Ocorre quando 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. Preenchendo estes requisitos, o agente terá sua pena diminuída de 1/3 a 2/3.

Essa benesse legal gerou muitas críticas. Busato acredita que a culpabilidade diminuída não possui qualquer fundamento técnico ou teórico, pois que o agente sabe ou não sabe que age ilicitamente diante do caso concreto, não havendo, portanto, outra hipótese intermediária (2015, p. 562).

Ainda, questões interessantes referem-se aos estados de emoção e paixão, bem como à embriaguez.

- “ Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal: I - a emoção ou a paixão;
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.

Vejam os detalhes de cada uma delas de forma separada:

Emoção ou paixão: Bitencourt adverte que a emoção é uma viva excitação do sentimento de forma transitória, enquanto a paixão é a emoção em estado crônico e que perdura como um sentimento profundo (2011, p. 426). Conforme disposto no art. 28, inciso I, do CP, esses estados não excluem a imputabilidade penal.

Embriaguez: é a perda de autodeterminação em razão do uso de bebidas alcoólicas ou drogas ilícitas.

Conforme previsto no art. 28, § 1º, do CP, a embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior isenta o agente de pena.

O Código Penal brasileiro adotou a teoria da *actio libera in causa* (ação livre na causa), de modo que o agente tem a consciência de sua ação antes de embriagar-se.

Logo, não excluem a imputabilidade penal a embriaguez culposa, a voluntária e a preordenada. Existem as seguintes formas de embriaguez:

- **Embriaguez não acidental:** são as hipóteses de embriaguez voluntária ou culposa.
- **Voluntária:** para Bitencourt, o agente ingere bebida alcoólica ou outra substância de efeitos análogos com o intuito de embriagar-se, ou, ainda que não queira se embriagar, pelo prazer da bebida (2011, p. 430).
- **Culposa:** ocorre quando a embriaguez é ocasionada pelo excesso imprudente de bebida alcoólica ou outra substância de efeito análogo.

Conforme disposto no art. 28, inciso II, do CP, a embriaguez não accidental – voluntária ou culposa–, independentemente de ser completa (perde totalmente o discernimento) ou incompleta (ainda mantém a consciência), não exclui a imputabilidade penal.

- **Embriaguez accidental:** é aquela proveniente de caso fortuito ou força maior. Sendo a embriaguez completa, não haverá imputabilidade penal. Caso seja incompleta, poderá enquadrar-se no parágrafo segundo do art. 28 do CP, de modo que 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.
- **Embriaguez preordenada:** é aquela em que o agente se embriaga comofim exclusivo de cometer crimes. Nesse caso, segundo Bitencourt, a vontade contrária ao direito está perfeitamente caracterizada na fase anterior ao estado de embriaguez, conforme demonstrado pela teoria da *actio libera in causa* (2011, p. 433). Esse tipo de embriaguez não afasta a imputabilidade penal; ao contrário, o agente responderá pela agravante prevista no art.61, inciso II, alínea “I”, do CP.
- **Embriaguez patológica:** esse tipo de embriaguez deve ser tratado como hipótese de doença mental. Assim, analisa-se se é caso de imputabilidade ou de semi-imputabilidade.

O Código Penal determina que, em relação à embriaguez voluntária, culposa e preordenada, deve ser verificada a existência de dolo não no momento da ação/omissão, mas sim no momento anterior à ingestão da bebida alcohólica ou da utilização de drogas ilícitas.

Inobstante, a utilização da teoria da *actio libera in causa* gera críticas, uma vez que, para alguns autores, não deve ser utilizada quando o agente não tem a previsão da conduta delitiva ao ingerir o álcool ou alguma outra substância. Ainda, constituiria uma verdadeira responsabilidade objetiva, na medida em que antecipa a análise do dolo/culpa.

Adverte Bitencourt que, para essa teoria, se o dolo não é contemporâneo à ação, ele é, no mínimo, simultâneo ao início da série causal de eventos. No que toca à embriaguez, antes de embriagar-se o agente deve ser portador de dolo ou culpa em relação à embriaguez e ao fato delituoso posterior (2011, p. 428).

II. Exigibilidade de conduta diversa

O agente somente será punido se, diante de um caso concreto, puder agir de forma diversa. Em outras palavras, se o agente estiver diante de uma

situação em que não haveria possibilidade de agir de forma distinta, estará isento de pena.

Conforme disposto no art. 22 do CP, a coação moral irresistível e a obediência hierárquica são hipóteses em que é inexigível conduta diversa.

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

Coação moral irresistível: a coação moral é aquela em que o agente está sujeito a uma grave ameaça. Como advertido por Bitencourt, na coação moral irresistível existe vontade, contudo ela está viciada. Acrescenta, ainda, que a irresistibilidade da coação deve ser medida pela gravidade do mal ameaçado, isto é, o mal deve ser grave e iminente para que seja considerada irresistível a coação moral (2011, p. 421). Caso tal coação seja resistível, caracterizar-se-á a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea “c”, do CP⁶.



Lembre-se

A coação física (ou vis absoluta) exclui a conduta/ação e consequentemente o tipo penal.

Aquele que praticou a coação moral irresistível será punido como autor mediato (que é aquele que se vale de outrem como instrumento para a consecução da prática criminosa). No caso da coação ser resistível, o coator responderá em concurso de pessoas com o coagido, na modalidade de coautoria ou participação, a depender do caso (essas distinções serão feitas na próxima seção).

Obediência hierárquica: ocorre quando a conduta do agente foi decorrente de uma ordem emanada de uma autoridade superior.

Para que seja configurada a obediência hierárquica, é necessário que:

- A ordem seja emanada de uma autoridade superior: a ordem não pode ser emanada de alguém de posição inferior ou equivalente.
- A ordem não pode ser manifestamente ilegal: isso significa que a ordem não pode ser flagrantemente ou claramente ilegal. Caso a ordem seja legal, trata-se de causa excludente de ilicitude.

6 Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

III - ter o agente:

cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima.

- Seja uma relação de direito público: é imprescindível que se trate de uma relação de direito público, de modo que qualquer ordem emanada de superior hierárquico pertencente à iniciativa privada não isenta de pena. Há doutrinadores que questionam essa distinção, dentre eles Bitencourt, o qual afirma que o efeito da relação hierárquica é idêntico nas relações de direito público e direito privado, bem como que o Direito Penal não admite a responsabilidade objetiva, de tal modo que, havendo vontade viciada, sua conduta não pode ser penalmente censurável. Ainda, acrescenta que as consequências da desobediência a uma ordem de superior hierárquico na iniciativa privada são ainda mais drásticas que na pública (2011, p. 423).

III. Potencial consciência da ilicitude

É indispensável que o agente tenha condições de conhecer a ilicitude de seu ato, isto é, ele deve ter, no mínimo, potencialidade de compreender que o seu ato é contrário à ordem jurídica. A potencial consciência da ilicitude não se confunde com o desconhecimento da lei, pois que este é inescusável. O que ocorre na ausência desse requisito é que o sujeito não vislumbra em sua ação um caráter ilícito.

O erro de proibição exclui a potencial consciência da ilicitude e, conseqüentemente, a culpabilidade penal. Segundo Bitencourt, no erro de proibição o agente supõe, por erro, ser lícita a sua conduta, quando, na realidade, é ilícita (2011, p. 448).

O art. 21 do CP dispõe que:

“Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Assim, se for impossível ao agente, no caso concreto, ter a consciência da ilicitude, configura-se o erro de proibição inevitável e ele ficará isento de pena, pois estará excluída sua culpabilidade. Caso fosse possível naquelas circunstâncias que o agente tivesse a consciência da ilicitude, seria configurado o erro de proibição evitável e a pena poderia ser diminuída de 1/6 a 1/3.

O erro de proibição pode ser:

Direto: o agente se equivoca em relação ao conteúdo da norma, seja por desconhecimento ou por errônea interpretação.

Indireto: é o erro sobre a existência ou os limites da norma permissiva. O erro de proibição indireto se distingue do erro de tipo permissivo porque neste há um erro quanto aos pressupostos fáticos de uma causa de justificação, enquanto no primeiro há um erro sobre a própria norma.



Assimile

Bitencourt assevera que se a pessoa tiver consciência das condições do fato e de que os bens em conflito são de valor desigual, não estará errando sobre os pressupostos do estado de necessidade. Contudo, se tiver tal conhecimento e, ainda assim, acreditar que tem o direito de sacrificar o direito alheio, mesmo para salvar bem de menor valor, porque este lhe pertence e porque o perigo não foi criado por ela, estará diante de um erro de proibição indireto. Isso porque há uma visão errônea da norma e uma interpretação equivocada de seu conteúdo (2011, p. 461).

Mandamental: é aquele que ocorre nos crimes omissivos próprios ou impróprios



Exemplificando

Bitencourt exemplifica com a seguinte situação: alguém que, embora consciente da ausência de risco pessoal, da situação de perigo e da necessidade de socorro, deixa de prestá-lo por entender que não há obrigação que o vincule, incorre em erro de proibição que recai sobre uma norma mandamental (omissivo próprio).

O médico (agente) sai do plantão às 17 horas e acredita que a partir desse horário não é mais responsável, pois foi o outro médico que se atrasou (omissivo impróprio) (2011, p. 459).

Nesta seção, você aprendeu as principais características da culpabilidade, bem como seus requisitos e causas de exclusão. Na próxima seção, quando adentrarmos no estudo da autoria, teremos outras situações próximas à sua realidade.

Sem medo de errar

• Vamos juntos buscar a solução para a situação-problema exposta nesta seção?

Conheça uma nova situação próxima da realidade profissional: depois da briga ocorrida no shopping, Karina recusou-se a sair de casa para passear

durante algum tempo. Os amigos e familiares próximos insistiam muito para que ela saísse, pois já estavam preocupados com essa situação e suspeitando de que ela estaria em um quadro depressivo. Após muita insistência, Karina decidiu ir a uma boate na noite de sexta-feira com seus amigos. Estava se divertindo até que visualizou Tatiana e Túlio dançando na pista, e nesse momento ingeriu bebida alcoólica com o intuito de tomar coragem para revidar as agressões sofridas no shopping. Após aproximadamente 2 horas de festa, completamente alcoolizada, Karina agrediu Tatiana, causando-lhe lesões corporais de natureza leve. Túlio e os seguranças apartaram a briga logo em seguida.

Pergunta: o estado de embriaguez de Karina a isenta de pena?

Para responder a esta indagação, você deverá compreender a culpabilidade e seus requisitos, bem como as hipóteses em que a embriaguez isenta o agente de pena.



Lembre-se

A embriaguez preordenada é aquela em que o agente se embriaga com o fim exclusivo de cometer crimes.



Atenção

O Código Penal determina que, em relação à embriaguez voluntária, culposa e preordenada, deve ser verificada a existência de dolo não no momento da ação/omissão, mas sim no momento anterior à ingestão da bebida alcoólica ou da utilização de drogas ilícitas.

No presente caso, estão presentes os elementos da culpabilidade? Qual é a espécie de embriaguez que se enquadra no caso apresentado (voluntária, culposa, preordenada, caso fortuito ou força maior ou patológica)? Qual é a consequência de cada uma delas à luz da imputabilidade penal? Como você analisa essas questões?

Avançando na prática

Erro de proibição

Descrição da situação-problema

John, holandês, veio para o Brasil durante a Copa do Mundo de 2014. Estava presente no fatídico Brasil x Alemanha, em que o time estrangeiro

ganhou de 7x1. Devido à tensão do jogo, John acendeu um cigarro de maconha e começou a fumar, momento em que foi surpreendido pela chegada dos policiais. Ao ser levado para a Delegacia, John explicou que acreditou que a pequena utilização de maconha era permitida no Brasil, assim como ocorria em seu país. Qual a tese defensiva poderá ser utilizada no caso de John?

Resolução da situação-problema

John agiu por erro de proibição direto inevitável. Isso porque ele supôs, por erro, ser lícita a sua conduta, quando, na realidade, era ilícita. Como em seu país o consumo de drogas é legalizado, John acreditou que no Brasil também seria. Considerando que qualquer um poderia incorrer nesse erro, o erro de proibição é inevitável e isenta o agente de pena.



Lembre-se

Embora seja despenalizado, o uso de drogas no Brasil ainda é considerado crime (vide art. 28 da Lei nº 11.343/06).



Faça você mesmo

Imagine a seguinte situação: Iran é o maior traficante do conglomerado do Oriente. Interessado em ampliar seus negócios, pediu para Anastácia assinar um documento falso que serviria para desviar possíveis investigações criminais em seu desfavor. Contudo, Anastácia negou o pedido. A moça era conhecida na comunidade pela sua honestidade, sendo este, inclusive, o motivo pelo qual foi escolhida por Iran. Ocorre que, percebendo que Anastácia se mostrava incorruptível, Iran a ameaçou de morte, enviando-lhe diversos sinais de que atentaria contra sua vida caso ela não fizesse a sua vontade. Assim, Anastácia, amedrontada, assinou o documento sabendo ser falso.

Há alguma causa excludente de culpabilidade?

Sugiro que você busque na doutrina e na jurisprudência outros exemplos em que se caso ela as causas de exclusão de culpabilidade anteriormente apresentadas.

Faça valer a pena

1. Após a verificação de que o agente praticou um fato típico (conduta, resultado, nexos causal, tipicidade e presença de dolo ou culpa) e que sua conduta não está inserida em uma das causas excludentes de ilicitude, passa-se à análise do último

elemento do conceito analítico de crime, que é a culpabilidade.

I – O vocábulo ‘culpabilidade’ abrange três acepções no Direito Penal, quais sejam: princípio, medição de pena e fundamento de pena;

II – A maioria da doutrina entende que a culpabilidade não seria um elemento do crime, mas sim um pressuposto da pena;

III – Quanto às teorias da culpabilidade, o Código Penal adota a teoria normativa pura;

IV – A teoria psicológica trouxe a ideia de culpabilidade pela condução de vida;

Assinale a alternativa que contém as assertivas CORRETAS:

- a) Todas as proposições estão corretas.
- b) Somente está correto o que se afirma nas proposições I e III.
- c) Somente está correto o que se afirma nas proposições I, II e IV.
- d) Somente está correto o que se afirma nas proposições III e IV.
- e) Todas as proposições estão incorretas. b) Somente está correto o que se afirma nas proposições I e III.

2. A culpabilidade é a censura/reprovação Isso e da conduta praticada pelo agente. São elementos da culpabilidade:

- a) Vontade e consciência;
- b) Inobservância de um dever objetivo de cuidado e previsibilidade objetiva;
- c) Previsibilidade objetiva e exigibilidade de conduta diversa;
- d) Imputabilidade e consciência;
- e) Imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial conhecimento do ilícito.

3. A imputabilidade é a capacidade de o autor entender o caráter ilícito de seu ato e poder se orientar de acordo com essa compreensão.

Quanto aos sistemas acerca da imputabilidade, assinale a alternativa correta:

- a) Psicológico é aquele em que se reconhece a existência de imputabilidade pela mera existência de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado;
- b) O biológico privilegia o momento em que a conduta foi realizada, isto é, se no momento da prática do crime o agente for inteiramente incapaz de compreender a ilicitude do seu ato, será isento de pena;
- c) Pelo sistema biopsicológico, considera-se inimputável aquele que, por doença mental ou por 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.
- d) O Brasil adota, em regra, o sistema biológico.
- e) O Brasil adota, em regra, o sistema psicológico.

Concurso de pessoas: teorias e requisitos

Diálogo aberto

Caro aluno,

Na seção anterior, você aprendeu as principais características do terceiro elemento pertencente ao conceito analítico de crime: a culpabilidade. Foram abordadas as teorias acerca da culpabilidade, bem como seus elementos (imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência do ilícito). Por fim, você assimilou todas as causas de exclusão da culpabilidade e suas consequências jurídicas. Foi apresentada a você, na Seção 4.1, uma Situação Geradora de Aprendizagem em que Karina, completamente fora de si, proferiu ameaças e agressões verbais contra Tatiana em razão do início do relacionamento amoroso desta com seu ex-namorado Túlio. Ocorre que Karina, inconformada com o fim do namoro e com o início do novo relacionamento do rapaz, pretende colocar um ponto-final na vida de sua rival caso ela não termine com Túlio.

Na situação-problema exposta na seção anterior, você teve que responder se a embriaguez de Karina constitui uma causa de exclusão da culpabilidade. Inicialmente, é preciso compreender que a única forma de embriaguez que exclui a imputabilidade é a acidental, proveniente de caso fortuito ou força maior, assim como a embriaguez patológica, quando puder ser considerada doença mental. No caso, Karina ingeriu bebida alcoólica com o fim de criar coragem para revidar as agressões sofridas no shopping, configurando embriaguez preordenada. A embriaguez preordenada é aquela em que o agente se embriaga com o objetivo exclusivo de cometer crimes. Nesse caso, pela teoria da *actio libera in causa*, a vontade contrária ao direito está perfeitamente caracterizada na fase anterior ao estado de embriaguez. Essa espécie de embriaguez não afasta a imputabilidade penal; ao contrário, o agente responderá pela agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea “I”, do CP. Portanto, considerando que a conduta de Karina configura a embriaguez preordenada, ela não estará isenta de pena.

Nesta seção, você aprenderá sobre as características e requisitos do concurso de pessoas, bem como sobre as modalidades de autoria e participação. Ademais, serão vistas a comunicabilidade das circunstâncias, a cooperação dolosamente distinta e a participação de menor importância. Para tanto, conheça uma nova situação próxima de sua realidade profissional: Karina ficou sabendo que Túlio e Tatiana ficaram noivos. Irritada, resolveu armar um plano para matar sua rival. Karina pediu a Luan que ministrasse um veneno para colocá-lo na bebida de Tatiana.

Luan, ciente de suas intenções, ministrou um forte veneno. No final de semana seguinte ocorreria a festa de comemoração pelo centenário da cidade, ocasião em que Karina pretendia colocar o plano em prática. Chegando à festa, Karina avistou Tatiana conversando com uma amiga e, aproveitando-se de sua distração, colocou o veneno dentro de seu copo de suco. Tatiana, sentindo um grande mal-estar, foi levada às pressas para o hospital, e em razão da agilidade e eficácia no atendimento, sobreviveu. Pergunta: houve concurso de pessoas entre Karina e Luan? Para responder a esta indagação, você deverá compreender todos os requisitos do concurso de pessoas, bem como assimilar a distinção entre autoria e participação. Assim, é importante o aprofundamento do conteúdo a fim de facilitar a resolução da situação próxima da realidade profissional anteriormente mencionada.

Não pode faltar

Inicialmente, é necessário destacar que o Código Penal prevê, em sua maioria, delitos que podem ser cometidos por uma única pessoa, também chamados de crimes unissubjetivos. Podem ser citados como exemplos o homicídio, a lesão corporal, o furto, o roubo, o estupro, etc. No entanto, há casos em que o Código determina que para a configuração do tipo penal é imprescindível a presença de duas ou mais pessoas. É o caso dos crimes plurissubjetivos, exemplificados pelo crime de rixa ou de associação criminosa.

Nos casos em que o Código Penal estipula a presença de duas ou mais pessoas como um elemento caracterizador do tipo penal, há concurso necessário de pessoas. Ao revés, nas hipóteses em que a configuração do crime exige tão somente a presença de uma pessoa, pode haver o concurso eventual de crimes.

Diversas são as razões que levam os agentes a se associarem para cometer crimes, seja de forma eventual ou permanente. Dentre elas, é possível citar a maximização dos lucros e proveitos do delito, bem como a maior facilidade na concretização da empreitada criminosa.

Nesta seção, trataremos do concurso eventual de pessoas e de todos os seus desdobramentos. Ressalta-se que o art. 29 do CP, que trata do concurso de pessoas, é uma norma de extensão, a qual se aplica para todos os crimes unissubjetivos presentes na parte especial do Código Penal.

1. Conceito e requisitos

O concurso de pessoas é a ciência voluntária com colaboração de duas ou mais pessoas em uma mesma infração penal, sendo desnecessário o acordo prévio entre elas, bastando que um adira à conduta do outro.

Assim, verifica-se do conceito supramencionado que o concurso de pessoas é composto pelos seguintes requisitos:

Pluralidade de pessoas: é necessária a participação de duas ou mais pessoas para que seja configurado o concurso eventual de pessoas.

Pluralidade de condutas: cada um dos agentes, ao concorrerem para a prática de um crime, assume um papel relevante para a produção do resultado, seja praticando o verbo-núcleo do tipo ou induzindo alguém a fazê-lo.

Identidade de fato: para que seja caracterizado o concurso de pessoas, é necessário que ambos os agentes concorram para a prática de uma mesma infração penal.

Nexo causal: a conduta de cada agente deve ser tida como a causa do resultado, ou, nos dizeres de Bitencourt, a conduta típica ou atípica de cada participante deve integrar-se à corrente causal determinante do resultado (2011, p. 484).



Refleta

Alex emprestou uma arma de fogo para Bruna matar Célia. Contudo, Bruna desistiu de prosseguir em sua empreitada criminosa. Alex responderá por algo?

Liame subjetivo: é o vínculo psicológico que une os agentes. Bitencourt adverte que o liame subjetivo consiste na consciência de participar de uma obra comum (2011, p. 485). Caso seja inexistente esse vínculo, todos os agentes responderão de forma autônoma pelo delito, pois estará ausente o concurso de pessoas.

Destaca-se que não é necessário que haja acordo prévio entre os concorrentes do crime, pois basta que no momento do fato um adira à conduta do outro. Dessa forma, o concurso de pessoas pode ser:

Bilateral: é o mais comum e ocorre quando ambos os agentes sabem e aderem à conduta um do outro.

Unilateral: ocorre quando somente um dos agentes adere à conduta do outro.



Exemplificando

A empregada, cansada das humilhações que sofria e sabendo dos frequentes furtos que estavam ocorrendo na vizinhança, deixa aberta a porta da residência da patroa para que entrem ladrões.

Costuma-se dizer que, nesse caso de concurso unilateral, a empregada está em concurso com o ladrão, mas este não está em concurso com a empregada.

2. Teorias do concurso de pessoas

Questiona-se o seguinte: a ação praticada em concurso de pessoas constitui um ou vários delitos? Para responder a esta indagação, existem três teorias:

Pluralista: segundo essa teoria, cada agente que tenha concorrido para a prática do crime responderá de uma maneira específica. Bitencourt afirma que à pluralidade de sujeitos corresponderá a pluralidade de crimes (2011, p. 481). Essa teoria sofreu críticas, pois de certa forma representa o fim do concurso de pessoas.

Dualista: para essa teoria, haverá a imputação de um crime para aqueles que praticaram o verbo-núcleo do tipo, e outro crime será imputado para aqueles que tiveram uma conduta meramente acessória e secundária.

Monista: para essa teoria, todo aquele que concorre para a prática de um crime, independentemente de ser considerado autor ou partícipe, responderá por ele de forma indistinta. Bitencourt assevera que o fundamento dessa teoria é político-criminal, pois objetiva punir igualmente todos os participantes de uma mesma infração penal (2011, p. 482).

O art. 29, caput, do Código Penal dispõe que: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Assim, adotou-se a teoria monista, uma vez que qualquer um que concorrer para a prática do crime incidirá nas penas a ele cominadas. Contudo, em algumas situações, o CP privilegiou a teoria dualista, como ocorre nos crimes de aborto (o fato é único, mas o médico e a gestante respondem de forma distinta) e de corrupção (o fato é único, mas um responderá pela corrupção ativa e outro pela corrupção passiva). Por essa razão, é possível dizer que o Código adota a teoria monista com pinceladas da teoria dualista, isto é, adota a teoria monista temperada/mitigada. Ressalta-se que a parte final do art. 29 dispõe que cada agente responderá na medida da sua culpabilidade, o que afasta possíveis abusos cometidos pelo Estado.

3. Autoria

Questão controversa refere-se à definição de quem é autor e de quem é partícipe. Isso ocorre em razão de o legislador ter sido omissivo quanto à conceituação dessas figuras, ficando a cargo da doutrina sua compreensão. Algumas teorias visam explicar e diferenciar o autor e o partícipe:

Conceito restritivo: autor é aquele que pratica o verbo-núcleo do tipo (matar, subtrair, expor, etc.). Todos os outros intervenientes do crime - que não praticaram o verbo-núcleo - são considerados partícipes. Essa teoria sofreu críticas por enquadrar o autor intelectual, por exemplo, como partícipe, quando, na verdade, ele possui o domínio do fato. Por isso, o conceito restritivo necessita ser complementado por uma teoria objetiva da participação, da seguinte forma:

Teoria objetivo-formal: segundo Bitencourt, será autor aquele cujo comportamento amolda-se à figura típica, e será partícipe aquele que produziu qualquer outra contribuição causal ao fato (2011, p. 486).

Teoria objetivo-material: adverte Bitencourt que essa teoria visa complementar a objetivo-formal, pois leva em consideração a maior perigosidade da contribuição do autor em relação ao partícipe.

Conceito extensivo: é considerado autor todo aquele que contribui de alguma forma para a ocorrência do resultado. A crítica refere-se à extinção da figura do partícipe. Para solucionar esse impasse, a teoria extensiva deve ser complementada pela teoria subjetiva da participação, de modo que, segundo Bitencourt, é autor quem pratica uma conduta com “vontade de autor” e é partícipe quem possui “vontade de partícipe” (2011, p. 487).

Teoria do domínio do fato: tal teoria buscou complementar o conceito restritivo de autor. Assim, autor não é só aquele que pratica o verbo-núcleo do tipo, mas também quem tem o domínio final do fato, isto é, o controle sobre a realização do fato. Dessa forma, tem o domínio do fato quem sabe a hora, o dia, o modo, o local, o motivo, etc. Uma forma interessante de distinguir o autor do partícipe é questionar se o agente poderia desistir de prosseguir na empreitada criminosa. Caso ele tenha condições de evitar a consumação do crime, será autor; caso contrário, será partícipe.

Em síntese, Bitencourt destaca que são considerados autores: (i) quem pratica o verbo-núcleo do tipo, (ii) quem utiliza outrem como instrumento (autor mediato) e (iii) o coautor (2011, p.489).



Pesquise mais

Recomendo a leitura das seguintes pesquisas sobre o assunto:

Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/212-Artigos>. Acesso em: 30 mar. 2016.

Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9ZSQC3/disserta__o_renato_martins_machado.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 mar. 2016.

4. Espécies de autoria

Há várias espécies de autoria comumente encontradas na doutrina. Vejamos as principais:

Autoria propriamente dita: o autor é aquele que possui o domínio do fato, ou seja, o controle da empreitada criminosa.

Coautoria: ocorre quando duas ou mais pessoas, unidas para a consecução da prática criminosa, independente de acordo prévio, praticam uma conduta principal e relevante para alcançar o resultado. Nesse caso, há o domínio funcional, pois, muitas vezes, o coautor não tem o domínio do fato como um todo, mas apenas de sua função, configurando uma verdadeira divisão de tarefas.

Autoria intelectual: diz respeito ao autor que planeja o fato criminoso sem, contudo, praticar o comportamento típico previsto em lei.

Autoria de escritório: Zaffaroni afirma que a autoria de escritório pressupõe uma máquina de poder, isto é, uma sociedade paraestatal e também a fungibilidade de seus membros (2004, p. 647). Ocorre geralmente nos grupos de crime organizado, em que um agente comanda toda a estrutura delitiva, devendo haver nítida relação de hierarquia entre os membros.



Assimile

Os autores costumam referenciar a autoria de escritório com os grandes chefes do tráfico, tais como Fernandinho Beira-Mar e Marcola.

Autoria mediata: se refere ao autor que realiza a infração penal utilizando-se de outrem como instrumento na execução da figura típica. Instrumento é quem não é capaz de aderir em nenhum momento à conduta do “homem de trás”, agindo normalmente sem culpabilidade. Nesse caso, não há concurso de pessoas em virtude da ausência de liame subjetivo.



Atenção

Não basta que o autor imediato seja biologicamente doente mental, por exemplo. É necessário que não tenha condições de aderir à conduta do homem de trás. Ou seja, se o doente mental aderiu à conduta do homem de trás em algum momento, resta configurado o concurso de pessoas. A mesma coisa ocorre com o menor de idade, uma vez que não basta que possua menos de 18 anos, é preciso que ele não adira à conduta do homem de trás.

Autoria colateral: ocorre quando duas ou mais pessoas visam executar a mesma infração penal, ignorando uma a conduta da outra. Nesse caso, não há concurso de pessoas em razão da ausência de liame subjetivo.

Autoria incerta: ocorre quando, havendo autoria colateral, não se sabe ao certo quem foi o responsável pelo resultado. No exemplo supramencionado, não é possível aferir qual dos dois indivíduos efetivamente matou a vítima. Nesse caso, ambos devem responder pela tentativa em razão do *in dubio pro reo*.

Autoria desconhecida: ocorre quando se ignora completamente quem praticou o delito. Bitencourt distingue a autoria incerta da desconhecida, uma vez que nesta não se sabe de forma alguma quem praticou o delito, enquanto na primeira sabe-se quem executou, mas não quem produziu o resultado (2011, p. 499).

5. Participação

Assim como ocorre com a autoria, o Código Penal não trouxe uma definição da participação, ficando a conceituação a cargo da doutrina.

Dessa forma, o partícipe é aquele que possui uma conduta secundária e acessória ao crime, auxiliando materialmente ou psicologicamente o autor. Neste esteio, impende ressaltar que o partícipe não pratica o verbo-núcleo do tipo, bem como não possui o domínio final ou funcional do fato. Muitas vezes a conduta do partícipe é atípica, de modo que sua atuação pode ser: emprestar um carro para o autor matar um inimigo, sabendo dessa condição; ministrar veneno; deixar a porta da casa aberta para o ladrão entrar; emprestar a arma do crime etc. Há duas espécies de participação:

Material: é também conhecida como cumplicidade, e consiste na contribuição por meio de um comportamento material, como os exemplos trazidos anteriormente (empréstimo do veículo, da arma, da propriedade, etc.).

Psicológica: é a contribuição subjetiva e moral para a prática do crime. Pode ocorrer de duas formas:

Instigação: ocorre quando o partícipe reforça uma ideia já existente no autor do fato.

Induzimento: ocorre quando o partícipe faz nascer uma ideia no autor do fato.

Bitencourt afirma que para a configuração da participação é indispensável a presença de eficácia causal e consciência de participar na ação de outrem. Não basta que o agente realize uma atividade de partícipe, é necessário que a sua conduta influa na atividade final do autor. Ademais, o

partícipe deve ter a consciência de que coopera com o autor na empreitada criminosa (2011, p. 493).

Ainda, existem duas teorias que visam explicar a punibilidade da participação. Vejamos:

Teoria da participação na culpabilidade: a punição do partícipe é justificada pela influência negativa que a sua contribuição causou no autor do delito.

Teoria do favorecimento: a punição do partícipe é justificada pelo fato de sua contribuição ter sido relevante para a concretização de uma ofensa a um bem jurídico penalmente protegido. Essa é a teoria majoritária adotada no Brasil.

6. Princípios da acessoriedade da participação

Por ser a participação uma conduta secundária e meramente acessória, ela depende diretamente da ação praticada pelo autor, cuja conduta é principal. Por essa razão, será irrelevante o empréstimo de uma arma para o autor que não a utiliza.

Assim, existem algumas teorias que pretendem esclarecer a relação entre a conduta principal e a conduta acessória:

Teoria da acessoriedade extrema: para que o partícipe seja punido, é preciso que o fato praticado pelo autor seja típico, ilícito e culpável.

Teoria da acessoriedade mínima: para que o partícipe seja punido, basta que o fato praticado pelo autor seja típico.

Teoria da acessoriedade limitada: para que o partícipe seja punido, basta que o fato praticado pelo autor seja típico e ilícito.

Teoria da hiperacessoriedade: para que o partícipe seja punido, é preciso que o fato que o autor tenha cometido seja típico, ilícito, culpável e punível.

Adota-se no Brasil a teoria da acessoriedade limitada, de modo que a punibilidade do partícipe fica sujeita ao cometimento de fato típico e ilícito pelo autor. Dessa forma, ressalta-se que a culpabilidade é pessoal, sendo certo que o partícipe responderá nas hipóteses em que o autor for inculpável.

7. Concurso de pessoas em crime culposo e crime omissivo

Em relação aos crimes culposos, a doutrina tem se posicionado no sentido de admitir a coautoria, mas negar a possibilidade de participação. Esses crimes são punidos em razão da conduta ter sido imprudente, negligente ou imperita, e não pelo resultado, já que este não é querido.

Já nos crimes omissivos é admitida a participação. Contudo, há divergência doutrinária no tocante à admissibilidade de coautoria. Alguns autores,

como Juarez Tavares e Nilo Batista, entendem que inexistente a coautoria, uma vez que está ausente a divisão de tarefas. Nesse caso, cada agente responderá individualmente pela sua própria omissão. Outros autores, como Bitencourt e Rogério Greco, defendem a admissibilidade da coautoria nos crimes omissivos, em razão da existência de consciência e vontade de praticar conjuntamente o delito.

8. Concurso de pessoas e arrependimento eficaz, desistência voluntária e arrependimento posterior

O art. 31 do CP prevê que: “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”. Isso significa que a participação não será punida se o crime não for pelo menos tentado. Essa questão é importante, dentre outras razões, por resolver a questão atinente aos institutos da desistência voluntária, arrependimento eficaz e arrependimento posterior nos casos em que há concurso de pessoas. Assim, surge a seguinte questão: como fica a situação do partícipe se o autor, podendo continuar, desiste de prosseguir na ação criminosa (desistência voluntária), arrepende-se e pratica novo ato para evitar o resultado (arrependimento eficaz) ou, após consumado o crime sem violência ou grave ameaça à pessoa, repara o dano ou restitui a coisa até o recebimento da denúncia ou queixa (arrependimento posterior)? Vejamos:

Desistência voluntária: caso o autor do crime desista de prosseguir na ação criminosa, configurando a desistência voluntária, o partícipe também não responderá pelo crime, mas tão somente pelos atos já praticados.

Arrependimento eficaz: caso o autor do crime se arrependa, praticando novo ato para evitar o resultado, será configurado o arrependimento eficaz. Nesse caso, o partícipe também não responderá pelo crime, mas tão somente pelos atos já praticados.

Arrependimento posterior: a posição majoritária é a de que não se comunica para o partícipe o arrependimento posterior feito pelo autor. Isso porque, diferentemente do que ocorre nas duas situações anteriores, o crime se consumou, sendo, neste caso, o arrependimento algo pessoal.

9. Participação de menor importância

O art. 29, §1º, do CP dispõe que: “§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço”. É chamada de participação de menor importância aquela em que o partícipe contribui de maneira ínfima e pequena para a realização do crime. Nesse caso, o agente será beneficiado pela causa de diminuição de pena de 1/6 a 1/3. Constatada a

participação de menor importância, o Juiz deve aplicar a minorante prevista no art. 29, §1º, do CP, sendo que a sua discricionariedade refere-se somente ao quantum e irá reduzir. Ressalta-se que esse instituto não se aplica ao coautor, uma vez que sua conduta foi relevante o suficiente para a consumação do delito.

10. Cooperação dolosamente distinta

É o chamado desvio subjetivo de conduta. Segundo Bitencourt, a cooperação dolosamente distinta ocorre quando a conduta executada difere daquela idealizada, à qual aderiu o partícipe, de modo que o conteúdo do elemento subjetivo do partícipe é distinto do crime praticado pelo autor (2011, p. 502).

Ocorre quando o partícipe auxilia o autor a lesionar a vítima, contudo este se excede e mata a vítima. O art. 29, §2º, do CP visa oferecer uma solução para esse problema, da seguinte forma: “§ 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”. Assim, pela disposição legal, o partícipe responderá pela lesão corporal no exemplo supramencionado, pois que foi o crime almejado. No entanto, caso seja previsível, responderá pelo crime inicialmente desejado acrescido de até ½.

11. (In)comunicabilidade das circunstâncias

Quanto a esse ponto, é importante destacar a distinção entre circunstâncias, condições de caráter pessoal e elementares.

Bitencourt afirma que as circunstâncias são elementos de circundam o fato principal, de modo que não integram a figura típica. Serão objetivas quando estiverem relacionadas com o fato, o tempo, o local de execução, etc., e subjetivas quando se referirem ao agente, como as relações de parentesco ou os motivos do crime. As condições de caráter pessoal são aquelas que ligam o agente ao mundo exterior, a outros seres, ao estado de pessoa e de parentesco, etc. Por fim, as elementares do crime são elementos que integram a figura típica (2011, p. 503).

O art. 30 do CP prevê que: “Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

Infer-se desse artigo que as circunstâncias subjetivas e aquelas de caráter pessoal não se comunicam ao partícipe e ao coautor. Ao contrário, se forem as circunstâncias objetivas ou constituírem elementares do crime, se comunicarão aos demais intervenientes do crime. Em síntese:

Circunstâncias:

Objetivas: comunicam.

Subjetivas: não comunicam.

Condições de caráter pessoal: não comunicam.

Elementares: comunicam.

Ressalta-se que, para que as circunstâncias objetivas e as elementares se comuniquem ao coautor e ao partícipe, é indispensável que essa condição entre em sua esfera de conhecimento.

Nesta seção, você aprendeu as principais características e requisitos do concurso de pessoas, bem como sobre as modalidades de autoria e participação. Na próxima seção trataremos das peculiaridades do concurso de crimes.

Sem medo de errar

- Vamos juntos buscar a solução para a situação-problema exposta nesta seção?

Conheça uma nova situação próxima da realidade profissional: Karina ficou sabendo que Túlio e Tatiana ficaram noivos. Irritada, resolveu armar um plano para matar sua rival. Karina pediu a Luan que ministrasse um veneno para colocá-lo na bebida de Tatiana.

Luan, ciente de suas intenções, ministrou um forte veneno. No final de semana seguinte, ocorreria a festa de comemoração pelo centenário da cidade, ocasião em que Karina pretendia colocar o plano em prática. Chegando à festa, Karina avistou Tatiana conversando com uma amiga e, aproveitando-se de sua distração, colocou o veneno dentro de seu copo de suco. Tatiana, sentindo um grande mal-estar, foi levada às pressas para o hospital, e em razão da agilidade e eficácia no atendimento, sobreviveu.

Pergunta: houve concurso de pessoas entre Karina e Luan?

Para responder a esta indagação, você deverá compreender todos os requisitos do concurso de pessoas, bem como assimilar a distinção entre autoria e participação.



Lembre-se

O concurso de pessoas é a ciente e voluntária colaboração de duas ou mais pessoas em uma mesma infração penal. Ainda, são requisitos do concurso de pessoas: pluralidade de pessoas, pluralidade de condutas, identidade de fato, nexa causal e liame subjetivo.



Atenção

O partícipe é aquele que possui uma conduta secundária e acessória ao crime, auxiliando materialmente ou psicologicamente o autor. Neste esteio, impende ressaltar que o partícipe não pratica o verbo-núcleo do tipo, bem como não possui o domínio final ou funcional do fato.

No presente caso, houve pluralidade de pessoas e de conduta? Ambos incorreram na prática de uma mesma infração penal? Houve nexos causal entre a conduta de Karina e Luan e o resultado? Houve liame subjetivo entre ambos os intervenientes?

Caso sejam afirmativas as respostas anteriores, é possível definir se Karina e Luan são autores ou partícipes? Como você analisa essas questões?

Avançando na prática

Concurso de pessoas

Descrição da situação-problema

Oscar colocou-se de tocaia atrás do portão de sua casa a fim de atingir mortalmente Amanda. Clara, sua esposa, percebendo as intenções de Oscar, vendo o que ocorria e pretendendo ajudá-lo, colocou-se atrás da janela e disse: “se ele não acertar, eu acerto”. Quando Amanda apareceu, ambos atiraram em sua direção, e ela veio a falecer. Quando do exame de corpo de delito, chegou-se à conclusão de que o projétil que a atingiu mortalmente veio da arma de Clara. Resolva a questão à luz do concurso de pessoas.

Resolução da situação-problema

Não há concurso de pessoas, uma vez que não estão presentes os cinco requisitos. Há pluralidade de agentes (Oscar e Clara), há pluralidade de condutas (cada um disparou um tiro), há identidade de fato (ambos pretendem matar a vítima), há nexos causal (o tiro foi a causa da morte de Amanda), mas não há liame subjetivo, pois Oscar não sabia das intenções de Clara. Se o projétil que atingiu a vítima tivesse saído da arma de Oscar, haveria concurso de pessoas e Clara responderia pelo mesmo crime de Oscar na medida de sua culpabilidade, conforme disciplina a teoria monista. Contudo, não foi o que ocorreu, pois Oscar não aderiu à conduta de Clara. Assim, Clara será autora do crime de homicídio e Oscar responderá pela tentativa, já que o crime não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade.



Lembre-se

O liame subjetivo (vínculo psicológico que une os agentes) é indispensável para a configuração do concurso de pessoas.



Faça você mesmo

Pense na seguinte situação: Duarte instigou Clício a matar Sérgio por envenenamento, e ambos decidiram que Clício ministraria o veneno no suco de Sérgio. Feito o combinado, os dois se arrependeram, mas Sérgio veio a falecer. Ocorre que, quando do exame de corpo de delito, constatou-se como causa da morte de Sérgio ataque cardíaco. Como você resolveria a questão à luz do concurso de pessoas? Quem seria autor e quem seria partícipe? Como ficaria a questão do arrependimento de Duarte e Clício? Ainda, qual é a consequência da causa da morte ter sido um ataque cardíaco?

Sugiro que você busque na doutrina e na jurisprudência outros exemplos em que seja possível verificar o concurso de pessoas e a aplicação de suas teorias.

Faça valer a pena

1. O Código Penal prevê, em sua maioria, delitos que podem ser cometidos por uma única pessoa, também chamados de crimes unissubjetivos. No entanto, há casos em que o Código determina que para a configuração do tipo penal é imprescindível a presença de duas ou mais pessoas. É o caso dos crimes plurissubjetivos.

I – Nos casos em que o Código Penal estipula a presença de duas ou mais pessoas como um elemento caracterizador do tipo penal, há concurso eventual de pessoas. Ao revés, nas hipóteses em que a configuração do crime exige tão somente a presença de uma pessoa, pode haver o concurso necessário de crimes;

II – O art. 29 do CP é uma norma de extensão;

III – Concurso de pessoas e concurso de crimes são expressões sinônimas;

IV – Para configuração do concurso de pessoas é imprescindível o acordo prévio.

Assinale a alternativa que contém as assertivas CORRETAS:

- a) Todas as proposições estão corretas.
- b) Somente está correto o que se afirma nas proposições II e III.
- c) Somente está correto o que se afirma nas proposições I, II e IV.
- d) Somente está correto o que se afirma na proposição II.
- e) Todas as proposições estão incorretas.

2. Diversas são as razões que levam os agentes a se associarem para cometer crimes, seja de forma eventual ou permanente. Dentre elas, é possível citar a maximização dos lucros e proveitos do delito, bem como a maior facilidade na concretização da empreitada criminosa.

São requisitos do concurso de pessoas:

- a) Vontade e consciência.
- b) Inobservância de um dever objetivo de cuidado e pluralidade de crimes.
- c) Liame subjetivo e pluralidade de pessoas.
- d) Imputabilidade e identidade de fato.
- e) Pluralidade de pessoas, exigibilidade de conduta diversa e potencial conhecimento do ilícito.

3. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

Em regra, a teoria adotada no Brasil acerca do concurso de pessoas é:

- a) Objetivo-material.
- b) Objetivo-formal.
- c) Pluralista.
- d) Dualista.
- e) Monista temperada.

Responsabilidade penal da pessoa jurídica

Diálogo aberto

Caro aluno,

Na seção anterior, você aprendeu as principais características do concurso de pessoas, bem como as teorias acerca da autoria e da punibilidade da participação. Ainda, obteve conhecimento sobre o concurso de pessoas nos crimes culposos e omissivos e sobre a participação de menor importância. Por fim, aprendeu sobre a cooperação dolosamente distinta e a (in)comunicabilidade das circunstâncias.

Foi apresentada a você, na Unidade 4, uma situação em que Karina, completamente fora de si, proferiu ameaças e agressões verbais contra Tatiana em razão do início de seu relacionamento amoroso com o seu ex-namorado Túlio. Karina, inconformada com o fim do namoro e com o início do novo relacionamento do rapaz, pretende colocar um fim a vida de sua rival caso ela não termine com Túlio.

Na situação-problema exposta na seção anterior, você teve que responder se houve concurso de pessoas entre Karina e Luan, o qual supostamente teria ministrado veneno para Karina colocar na bebida de Tatiana. Vamos verificar se você acertou?

Inicialmente, cumpre destacar que há pluralidade de pessoas (Karina e Luan) e pluralidade de condutas (Luan ministrou o veneno e Karina colocou no copo de Tatiana). Ainda, houve identidade de fato à medida em que ambos almejavam a prática do art. 121 do CP, bem como as ações praticadas por Karina e Luan foram suficientes para causar o resultado. Ademais, está presente o liame subjetivo, já que Luan aderiu à conduta de Karina. Presentes os cinco requisitos, verifica-se que Karina é autora, pois teve o domínio do fato e uma conduta principal, e que Luan é partícipe, pois não teve o domínio final do fato e sua conduta foi meramente secundária/acessória. Luan será punido em razão do ato praticado pelo autor ter sido típico e ilícito, como prevê a teoria da acessoriedade limitada. Assim, Karina e Luan responderão em concurso de pessoas pela tentativa de homicídio, já que o crime não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dos agentes.

Nesta seção, você aprenderá sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Imagine uma nova situação:** Karina estava se sentindo cada vez pior pelas tentativas frustradas de colocar um fim à vida de Tatiana. Todas suas ações foram inaptas para atingir o resultado pretendido, o que a deixava

ainda mais enlouquecida. Em razão disso, Karina já estava sendo investigada pela polícia e muitas pessoas do seu círculo social se distanciaram dela.

Certo dia, ciente de que iria até o fim em sua empreitada criminosa, Karina resolveu simular uma situação de violência e legítima defesa. Em unidade de desígnios com Luan, recém contratado para o serviço de segurança de um shopping, Karina anotou os dias e os horários em que Tatiana frequentava o local. Completamente envolvido com a situação, Luan disse à sua amiga que ela deveria dirigir-se discretamente até Tatiana e de repente trombar-se com ela, gritando para todos que estaria sendo roubada. Neste momento, Luan sacaria a arma para desferir tiros contra a inimiga de Karina. Assim, ele agiria em nome da empresa de segurança sob o suposto objetivo de proteger Karina numa situação de assalto.

E desse modo foi feito. No dia previamente ajustado, Karina e Tatiana se encontraram no shopping, tendo as duas se esbarrado na frente de Luan, momento em que o segurança teria disparado contra Tatiana, que morreu imediatamente. No entanto, a farsa foi descoberta por policiais que logo notaram contradições entre os envolvidos e pelo histórico dos dois.

Karina e Luan foram denunciados pelo crime de homicídio doloso qualificado. A família da vítima pediu para que a empresa de Luan também fosse acusada, já que ele teria agido em nome da pessoa jurídica no exercício da função de segurança. **Pergunta:** Pessoa jurídica pode responder por crimes? De qual espécie? Quais são as condições para que uma pessoa coletiva responda pela prática de delitos?

Para responder a essa indagação, você deverá compreender as principais características da responsabilidade penal da pessoa jurídica, bem como as espécies de crime a que estariam sujeitas a praticar.

Não pode faltar

Você constatou na seção anterior que existem crimes que podem ser praticados de forma solitária pelo agente ou em conjunto com outras pessoas. Neste último caso, tem-se o chamado concurso de pessoas, o qual, para a sua configuração, exige a presença de cinco requisitos: pluralidade de pessoas, pluralidade de condutas, identidade de fato, nexos causal e liame subjetivo.

Contudo, para além dos crimes praticados por pessoa física, existem também os crimes cometidos por pessoa jurídica. Como? Seria isso possível?

Uma empresa agiria com dolo no sentido de atingir um bem jurídico penal? Não seriam os seus representantes justamente os responsáveis por essas medidas? Não deveriam ser eles condenados? E mais do que isso, caso uma sociedade seja condenada, como ela poderá cumprir uma pena?

Segundo Pacelli e André Callegari (2017), em Roma prevalecia a compreensão segundo a qual a sociedade não pode ser responsabilizada criminalmente. Esse entendimento era simbolizado pelo aforismo *societas delinquere non potest*.

Essas questões foram igualmente discutidas por Savigny e Feuerbach, citados por Bitencourt (2018), que diziam ser impossível responsabilizar uma pessoa jurídica pela prática de delitos, uma vez que faltariam duas condições para elas, quais sejam: capacidade natural de ação e capacidade de culpabilidade.

Avançando sobre o tema, já no final do século XIX, surgiu o entendimento de que a ficção criada em torno da pessoa jurídica também viabilizaria a sua punição penal. Para explicar didaticamente essa inversão, Santiago Mir Puig (referência) utiliza uma metáfora biológica do seguinte modo, observe. Para o autor catalão, toda organização seria formada como um corpo em que relacionaríamos cada membro como se fosse uma parte dos entes coletivos. Primeiro, compara-se a cabeça de um indivíduo como sendo o setor de gestão ou a própria presidência do grupo. Depois, o setor de comunicação da empresa equivaleria ao sistema nervoso. Por fim, os colaboradores/empregados/funcionários assumiriam o papel das células. Tão importante quanto as áreas vitais acima é o funcionamento e a aparência do todo formado por cada célula. Apesar de o organismo ser responsável por funções distintas, Santiago Mir Puig conclui que é o corpo (o indivíduo) que sofrerá também com a punição, pelo que as pessoas jurídicas também deveriam sofrer com as consequências próprias e penais.

Contudo, o tema continua, ainda hoje, a ser polêmico. Parte da doutrina tende a defender a contradição dogmática entre pessoa jurídica e responsabilidade penal. Nesse sentido, podemos destacar, entre os opositores, o autor Cezar Roberto Bitencourt (2018). De acordo com o professor gaúcho, tanto numa visão do direito penal sustentada pelo causalismo quanto pelo finalismo e até mesmo o funcionalismo, é certo afirmar que há tantas contradições entre as premissas irrenunciáveis do direito penal contemporâneo e o esforço para adaptação de uma teoria que admita a pretensão punitiva contra as pessoas coletivas que, naturalmente, este não deveria ser o meio legalmente mais apropriado para a regulamentação e punições decorrentes de atividades empresariais eventualmente ilícitas.

Mas quais seriam esses paradoxos? Bitencourt (2018) acredita que existe uma impossibilidade inerente à própria natureza do ente coletivo de assumir a responsabilidade penal, eis que sua personalidade decorre de uma ficção legal criada artificialmente para facilitar a função de entidades que só assim exerceriam atividades patrimoniais. A empresa em si não teria vontade, já que, na verdade, ela expressa a vontade dos seus responsáveis. Esta peculiaridade de querer algo e agir no sentido de atingi-lo seria exclusiva dos seres humanos.



Assimile

Bitencourt (2018) afirma que equiparar a vontade daqueles que compõem a sociedade com a vontade em sentido estrito e, portanto, humana, é um equívoco incontornável, visto que as pessoas jurídicas só agem por meio das pessoas que as constituem.

Assim, a vontade de uma empresa, por exemplo, decorre da vontade dos seus sócios/quotistas e a ação das PJs seria conduzida igualmente pelos mesmos ou por seus respectivos administradores. Ao fim e ao cabo, em outras palavras, são as pessoas naturais que têm vontade e agem de forma ilícita e não a empresa que é completamente controlada por aqueles.

Qual é a consequência jurídica que decorre dessa compreensão? Em tese, os órgãos de controle social devem identificar e individualizar as condutas daqueles que efetivamente constituem e controlam a pessoa jurídica, pois são estas que agem com dolo e deveriam ser devidamente punidas. E como política criminal, não seria melhor punir com sanções as empresas visando dissuadir eventuais condutas danosas? Para Bitencourt (2018), este é um argumento que deveria ser justamente usado contra a criminalização de pessoas jurídicas. Isso porque os delinquentes do colarinho branco poderiam aproveitar-se da responsabilidade penal das empresas, fazendo com que sejam geridas como “laranjas” pelo que assumiriam para si todos e quaisquer riscos provocados pelos próprios administradores. Assim, os gestores se esconderiam por trás dessa fachada jurídica, embora fossem efetivamente os responsáveis para desígnios delitivos. Isso serviria, em outras palavras, como uma forma de incentivo para a abertura e fechamento de empresas à medida que fossem condenadas criminalmente, enquanto os sócios seriam eximidos de qualquer responsabilidade penal para assumirem outros entes e provocarem os mesmos crimes.

Bitencourt não faz com isso uma apologia à impunidade no contexto de grandes corporações. Muito pelo contrário. É claro que é necessária uma punição às pessoas jurídicas que abusam ou fraudam a lei durante o exercício

de suas atividades. Isso, contudo, não poderia ocorrer dentro da esfera penal, mas sim de outro modo. Mas o que o autor sugere? De acordo com Bitencourt e para contribuir com o combate à prática de eventuais atos lesivos, sobretudo cometidos dentro do contexto econômico e empresarial, seria imprescindível criar um novo ramo do direito, ao qual ele próprio intitula como “Direito de Intervenção”, que compreenderia um corpo jurídico sancionatório intermediário entre direito penal e administrativo. Este estaria mais adequado aos princípios e regras do Estado Democrático de Direito contemporâneo e serviria para dissuadir a prática de ilícitos com grandes proporções danosas (que talvez só empresas poderiam cometer) sem, contudo, romper com as garantias das ciências penais.

Seguindo esse entendimento, Bitencourt (2018) anuncia que existem ao menos quatro hipóteses de punição para as empresas, cujas sanções levam em consideração à natureza coletiva de sua formação e não haveria qualquer vínculo com o direito penal, vamos a elas:

- **Responsabilidade civil**
- **Medidas de segurança**
- **Sanções administrativas**
- **Medidas mistas** (que se assemelham, embora não sejam exatamente responsabilização penal: dissolução da pessoa jurídica, *corporation's probation*, imposição de um administrador externo, confisco e o fechamento do estabelecimento).

Isso é tudo? Não, na verdade é 1/3 do que propusemos para essa discussão. Outra corrente jurídica defende exatamente o oposto. Pacelli e Callegari (2017) argumentam que o desenvolvimento tecnológico social impõe uma adaptação do direito penal às novas exigências de convivência entre as pessoas que pode ser seriamente atingida por decisões e danos provenientes das atividades econômicas de grandes empresas e corporações. O autor esclarece que a potencialidade de danos decorrente de suas ações deve ser controlada por uma norma dissuasiva penal, isto é, que seja capaz de inibir (como nenhum outro ramo do direito) ações de risco que atinjam bens transindividuais. Como funcionaria isso? Rodríguez (apud PACELLI; CALLEGARI, 2017) anuncia alguns pressupostos para a responsabilização de pessoas coletivas na seara penal, observe:

a) **Risco proibido:** durante o exercício da atividade empresária, esta deverá gerar um risco proibido e que seja capaz de ameaçar ou gerar dano a um bem jurídico.

b) **Dever jurídico do empresário:** é necessário analisar todos os deveres inerentes aos responsáveis pela pessoa coletiva, nomeadamente: o controle e vigilância em relação ao trabalho executado por subordinados, bem como a contratação de pessoas para análise dos riscos da empresa dentre outros.

c) **Resultado lesivo:** somente poderá ser responsabilizada a empresa quando o ato lesivo decorre de ações/omissões relacionadas com a sua função social.

d) **Previsibilidade objetiva:** também será exigida a previsibilidade do dano para a responsabilização da empresa, ou seja, o resultado naturalístico que decorre de uma medida adotada ou omitida pela empresa deve ser objetivamente previsível, pelo que o dano poderia ter sido controlado ou evitado segundo padrões comuns de comportamento.



Refleta

Os tipos penais se estruturam a partir de condutas, e a pessoa jurídica realiza atividades por interpostas pessoas. Daí, fica a pergunta: como proceder a adequação típica e a responsabilidade por atos de terceiros (os prepostos)?

Rebatendo os argumentos aventados por Bitencourt, os autores Pacelli e Callegari (2017) admitem a possibilidade de aplicação do princípio da culpabilidade sobre as empresas, contudo, adaptando-se à natureza da pessoa jurídica. Isso porque a culpabilidade continuaria a ser atribuída somente ao homem como único sujeito capaz de compreender o caráter ilícito (e tudo aquilo que já foi dito antes, como guiar suas condutas segundo suas próprias vontades, etc.).

Ultrapassado esse primeiro obstáculo, a pessoa coletiva deve igualmente ser classificada entre dois grupos: imputáveis ou imputáveis. Embora em uma nova nomenclatura seria o ideal, isso serviria para definir a capacidade penal das empresas. Somente aqueles entes altamente organizados e complexos poderiam tornar-se sujeitos ativos de um delito. Do mesmo modo, a culpabilidade não se ligaria ao fato em si, mas a forma como a empresa é administrada intencionalmente, ou seja, como que determinada cultura prevalece nas esferas de ação e decisão da empresa altamente organizada.

A última das barreiras enfrentadas por Pacelli e Callegari (2017) refere-se ao dolo e à culpa. No que concerne ao elemento volitivo, tem-se que a vontade e a consciência serão preenchidas concretamente por meio do conhecimento difundido na organização social sobre os riscos que a atividade empresária representará aos bens jurídicos tutelados penalmente. A culpa, por outro lado, se configuraria como a “(...) ausência evitável de conhecimento do risco gerado pelo desempenho da atividade empresarial.” (PACELLI; CALLEGARI, 2017, p. 220)

Segundo Carlos Gomez-Jara Diez (2015), a questão do dolo empresarial resolveu-se da seguinte forma. A empresa funcionaria como uma organização cujo interesse não seria a soma, mas o resultado do conhecimento individual de cada um dos membros, que vez por outra, pode ser inclusive divergente a de cada um individualmente. Com isso, forma-se a vontade da empresa que é diferente dos demais. Assim, conclui o autor afirmando que “dolo no Direito Penal empresarial é entendido como conhecimento organizativo do concreto risco empresarial – nos delitos de perigo – que se realiza no resultado típico – nos delitos de resultado.” (DIEZ, 2015, p. 54)



Assimile

Numa organização complexa como as sociedades atuais, torna-se um trabalho razoavelmente difícil imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta diante da descentralização e distribuição de tarefas e especialização de áreas de atuação.

Por fim, até mesmo com relação à pena não existiriam tantos problemas para a sua execução pelas empresas que venham a ser condenadas por crimes. De acordo com Pacelli e Callegari (2017), a despeito de o direito penal estar relacionado, num período recente, com as sanções privativas de liberdade, tal sanção não é e nem poderia ser uma *conditio sine qua non* deste ramo jurídico. É emblemática, mas não se pode resumir o direito penal com um suposto direito prisional. Muito pelo contrário, tem-se que a tendência atual é justamente de descarceramento quando observamos, por exemplo, o rol de penas restritivas de direito. Percebe-se claramente uma tendência de atingir o patrimônio do condenado ou impor prestações de serviços que poderiam ser transferidas para as pessoas jurídicas.

Diversos tipos de pena podem ser assumidas por pessoas jurídicas, desde que, claro, não represente violações a direitos de terceiros, como de empregados e de prestadores de serviço. Tampouco, deseja-se que tal sanção se transforme

em algo meramente simbólico ou incapaz de atingir às finalidades preventivas (geral e especial) e retributivas de toda e qualquer pena.



Assimile

Enquanto uma condenação, acima da capacidade da empresa, pode provocar o descumprimento das obrigações com funcionário, uma pena demasiadamente branda representará apenas mais um custo no orçamento de uma grande sociedade.

Seguindo o mesmo entendimento, Diez (2015) afirma que, considerando a função fundamental da pena que é, para ele, o reforço comunicativo de uma proibição sobre um ato danoso, deve-se tê-la como o suficiente para impedir a convivência social. A responsabilização penal da pessoa jurídica cumpre com esse fim ao impor uma pena que restabelecerá a comunicação de vigência da norma, prevenindo que atos semelhantes continuem a impedir o desenvolvimento social.

Como terceira e última corrente, podemos suscitar o antigo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual a pessoa jurídica não tem possibilidade real de praticar crimes, embora pudesse ser penalmente responsabilizada por atos praticados contra o meio ambiente. Nesse sentido, para os ministros do STJ, a acusação por crime ambiental que envolve pessoa jurídica deveria necessariamente incluir a pessoa natural que atuava em nome daquela corporação, uma vez que são as pessoas, durante o exercício funcional ou fora dele, que atuam com elemento subjetivo próprio.

Toda essa contextualização é importante e necessária para formamos um pensamento crítico e realista sobre o instituto. Apesar disso e da relevância que a doutrina exerce sobre a interpretação dos textos normativos, não podemos nos esquecer que a fonte principal do direito brasileiro continua sendo a Constituição. A nossa Carta Magna fez uma opção, e assim previu nos art. 173 §5º e art. 225, §3º (BRASIL, 1988) a possibilidade de incriminação da pessoa jurídica pela prática de atos típicos, respectivamente, contra, em primeiro lugar, a economia popular e a ordem econômica/ financeira e também contra o meio ambiente.

“ Art. 173 §5º: A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Art. 225 §3º: As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. (BRASIL, [s.p.] 1988)



Atenção

Apesar da previsão do art. 173 da Carta Magna, esse dispositivo nunca foi regulamentado pelo legislador infraconstitucional, pelo que a possibilidade constitucional não implica na incriminação nesta última hipótese.

Diferentemente do que ocorreu com o art. 173 da CR/88, em 1998, o Congresso Nacional promulgou a lei 9605 que criminalizou condutas que ameaçam ou lesam o meio ambiente, incorporando inclusive a autorização constitucional quanto à possibilidade de incriminar pessoas jurídicas responsáveis pela violação desse bem jurídico. Nessa mesma oportunidade, o legislador ainda fez um importante acréscimo quando adotou o sistema da dupla imputação, por meio da qual se estabeleceu a independência entre a responsabilidade de pessoas jurídicas e de pessoas físicas. Assim, preceitua o art. 3º da Lei de Crimes Ambientais:

“Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. (BRASIL, 1998, [s.p.]”

E quanto ao concurso de pessoas num crime ambiental envolvendo tanto a pessoa jurídica como a natural? A doutrina costumava defender a hipótese de obrigatoriedade da dupla incriminação, obrigando-se a um quase litisconsórcio passivo necessário na ação penal, conforme o próprio entendimento já exposto do STJ.



Pesquise mais

Curioso para entender melhor esse antigo entendimento do Superior Tribunal de Justiça? Pesquise mais no próprio sítio eletrônico do tribunal o qual consta uma vasta jurisprudência a respeito do tema.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO-INDICAÇÃO DA DATA. NÃO-OCORRÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTIMAÇÃO PESSOAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. INTEMPESTIVIDADE. OCORRÊNCIA. DENÚNCIA EXCLUSIVAMENTE DA PESSOA JURÍDICA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. (...)

4. “Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que “não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio” (REsp 564.960/SC, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ 13/6/05).

5. Recurso parcialmente provido para restaurar a decisão de primeira instância.

Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=%22RESPONSABILIDADE+PENAL+DA+PESSOA+JUR%22&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11>. Acesso em: 26 nov. 2018.

Em virtude da forma como defendiam os ministros da corte superior, seria consagrado uma vez mais a responsabilidade objetiva no direito penal brasileiro, o que é proibido pela Constituição. Além disso, Pacelli e Callegari (2017) argumentam que o concurso de pessoas necessário violava também o princípio do *ne bis in idem* pela absurda imposição de duas condenações em razão de condenarmos duas pessoas por uma única conduta que originou o dano, em algumas hipóteses. Veja o embaraço jurídico com a tese defendida: **uma conduta gerava duas condenações contra duas pessoas distintas.**



Refleta

Qual requisito imposto para o reconhecimento do concurso de pessoas que é violado com o entendimento defendido pelo STJ?

Fechando a questão, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, embora seja possível a dupla imputação, essa não pode ser exigida como se fosse um litisconsórcio necessário. Isso é o que extraímos do julgamento concretizado no RE 548181/PR,

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. BRASIL, STF - RE: 548181 PR, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 06/08/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014



Exemplificando

Não entendeu a discussão? Veja bem como poderia ocorrer essa hipótese num caso real. Suponhamos que uma empresa petrolífera, por exemplo, a Petroveracruz, com sede no Rio de Janeiro, pratique um crime ambiental no Espírito Santo enquanto exerce sua atividade típica de refinamento do petróleo. Deve o presidente da empresa, que é notoriamente complexa, organizada e descentralizada responder por este crime ambiental em concurso necessário com a pessoa jurídica? De quem veio a ordem, o descuidado ou a decisão que provocou em último caso o acidente?

Num caso semelhante julgado pelo Supremo Tribunal Federal, chegou-se à conclusão de que seria impossível imputar contra o presidente ou qualquer outra pessoa em determinadas circunstâncias concretas a responsabilidade pelos fatos que originaram um delito ambiental em razão da descentralização e da complexidade de determinadas decisões e ações a que grandes empresas estão submetidas. Assim, quando impossível apurar a responsabilidade de um gerente, diretor ou presidente, conclui-se que a responsabilidade será arcada pelo ente coletivo, já que não podemos presumir a responsabilidade apenas por fazerem parte da empresa, sob pena de violar o princípio do estado de inocência.

Por fim, devemos ainda nos debruçar sobre uma questão interessante. Como apurar autoria e participação na hipótese de crimes praticados por pessoas jurídicas contra o meio ambiente? De acordo com o autor Busato (2017), é possível atribuir às pessoas jurídicas a autoria de um crime ambiental

cujo partícipe seja uma pessoa física. Para tanto, deve-se reconhecer e aplicar a teoria do domínio final do fato nos termos atribuídos por Roxin. Segundo o doutrinador:

“[...] As pessoas físicas efetivamente podem ser coautoras ou partícipes do delito da pessoa jurídica, mas sua falta não afasta, de modo algum, a responsabilidade destas, pois às pessoas jurídicas é perfeitamente possível atribuir ação, vontade e dolo completamente independentes das eventuais ações, vontades e dolo das pessoas físicas. (BUSATO, p. 211, 2017)

Dessa forma, concluímos nossos primeiros estudos sobre essa ciência tão instigante, o direito penal. Não nos propusemos explorar todas as correntes, interpretações e consequências das normas previstas na primeira parte do Código Penal, mas acreditamos que foram aqui apresentados os principais institutos e entendimentos sobre o tema.

Sem medo de errar

- Vamos juntos buscar a solução para a situação-problema exposta nesta seção?

Imagine uma nova situação próxima à realidade profissional: Karina estava se sentindo cada vez pior pelas tentativas frustradas de colocar um fim à vida de Tatiana. Todas as suas ações eram inaptas para atingir o resultado almejado, o que a deixava ainda mais enlouquecida. Em razão disso, Karina já estava sendo investigada pela polícia e muitas pessoas do seu círculo social havia se distanciaram dela.

Certo dia, ciente de que iria até o fim em sua empreitada criminoso, e em comum acordo com Luan (que havia acabado de ser contratado para um serviço de segurança privada), resolveram fazer uma simulação de tentativa de roubo. Segundo o plano traçado, Karina esbarraria em Tatiana e gritaria por socorro dizendo que estava sendo assaltada. Luan sacaria a arma e dispararia contra Tatiana. Assim, no dia previamente ajustado, Karina deslocou-se para a porta do shopping em que Tatiana costumava frequentar, assim que a noiva do seu ex apareceu, Karina esbarrou-se nela, em frente do amigo segurança, gritando por socorro. O segurança imediatamente sacou a arma e disparou um tiro, o qual acertou Tatiana que veio a falecer imediatamente.

Karina foi denunciada juntamente com Luan pela prática de homicídio doloso qualificado em concurso de pessoas com unidade de desígnios. A família da vítima, insatisfeita, pediu para que você, como advogado, redigisse um parecer esclarecendo sobre a possibilidade de incluir a empresa de segurança privada. **Pergunta:** Pessoa jurídica pode responder pela prática de crime? De qual espécie? Para responder a essa indagação, você deverá compreender as principais características da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.



Lembre-se

De acordo com o ordenamento jurídico atual, é possível que a empresa responda apenas pela prática de crimes ambientais, conforme o art. 225 da CR/88. Lembrando também que o art. 173 §5º da CR/88 ainda não foi regulamentado.

Sabemos que existe uma grande discussão na doutrina sobre a possibilidade ou não da prática de crimes ambientais por pessoas jurídicas. Enquanto uma vertente defende a impossibilidade dogmática, tendo em vista que as empresas não agiriam com dolo próprio para atingir um bem jurídico penal, outras defendem que a vontade da empresa seria a reunião das vontades de todos aqueles que formam essa organização coletiva pelo que deveria existir a responsabilização independente. Alguns autores mostram-se contrários à essa política tendo em vista que faltariam dois requisitos para as empresas: vontade e a própria capacidade de ação. Nesse sentido, Cezar Bitencourt (2018) chega a afirmar que a vontade da empresa é artificial, uma vez que um ente fictício não tem capacidade natural de expressar essa característica que é exclusivamente humana. Por outro lado, parte da doutrina tende a aceitar a responsabilização que pode vir tanto contra os sócios em concurso de pessoas ou apenas a empresa ser punida isoladamente quando a complexidade da organização impedir a identificação individual daqueles que a administram. Pacelli e Callegari (2017) afirma que a responsabilização decorre, todavia, das seguintes condições: violação a um risco proibido, a um dever jurídico da empresa, presença de um resultado lesivo, desde com resultado previsível. Ocorre que no presente caso, não é possível responsabilizar criminalmente a empresa em razão de que o ordenamento jurídico brasileiro autorizou, até o momento, somente a incriminação de pessoas jurídicas quando estas praticam crimes contra o meio ambiente. Isso é o que consta tanto na Constituição da República, art. 225 da CR/88, como na Lei de Crimes Ambientais de nº 9.605/98.

Pratique mais!	
<p>Instrução Desafiamos você a praticar o que aprendeu transferindo seus conhecimentos para novas situações que pode encontrar no ambiente de trabalho. Realize as atividades e depois as compare com a de seus colegas.</p>	
Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica	
1. Competência Geral	Compreender o conceito, a abrangência e as principais características da responsabilidade penal da pessoa jurídica
2. Objetivos de aprendizagem	Compreender as hipóteses de aplicação da incriminação da pessoa jurídica
3. Conteúdos relacionados	<ul style="list-style-type: none"> • Possibilidade de incriminação da pessoa jurídica. • Previsão legal. • Critérios.
4. Descrição da SP	João das Couves é CEO da mineradora “Mais Minério” que opera na cidade de Itabirito, em Minas Gerais. Devido a uma decisão do conselho administrativo da empresa (do qual ele e outros fizeram parte) foi aprovada a redução das despesas com a manutenção de barragens. Em razão dessa medida, uma delas veio a se romper o que provocou um enorme desastre ambiental na região. Em perícia realizada descobriu-se justamente que a manutenção da represa se tornou precária após a decisão da corporação. Quem poderá ser responsabilizado pelo dano? O sócio, o conselho, a empresa ou todos em concurso de pessoas?
5. Resolução da SP	Trata-se de crime ambiental praticado por pessoa jurídica. Conforme o art. 3º da lei 9605 que prevê é possível a responsabilidade penal da pessoa jurídica, admitindo-se ainda a dupla imputação entre a pessoa jurídica sem, é claro, prejuízo quanto à imputação também da pessoa física quando a responsabilidade desta puder ser efetivamente comprovada. Neste caso, é possível apurar e comprovar a participação dos sócios que assumiriam um risco não permitido ao tomarem a decisão que motivou a redução de recursos financeiros para a manutenção da represa, cujo descuido provocou o rompimento e a consequente lesão ao meio ambiente. Tem-se que o ministério público deverá oferecer acusação contra a empresa e os demais responsáveis pela decisão em concurso de pessoas não obrigatória, imputando para cada um a responsabilidade pelo evento danoso.

Faça valer a pena

1. De acordo com Paulo César Busato (2017), a nossa própria estrutura linguística já indicaria que uma empresa pode ser responsabilizada por algo sem que tenhamos

que identificar a pessoa natural por trás do dano. Quando se identificam sinais de poluição ambiental grave em uma determinada região do oceano que é proveniente de um vazamento de petróleo, as pessoas e o próprio jornalismo não informam que tal acidente decorreu por responsabilidade do diretor X ou funcionário Y, mas sim por culpa da empresa petrolífera que explora o local.

Assinale a alternativa correta.

- a) É possível deduzir que Paulo Busato defende a impossibilidade de incriminar a pessoa jurídica pela prática de crime ambiental.
- b) É possível afirmar que a sociedade civil já assimilou a responsabilidade penal, já que consegue distinguir quando uma empresa, ela própria, pratica crimes contra o meio ambiente.
- c) Para Busato, somente a empresa deve ser incriminada por dano ambiental.
- d) Para Busato, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma ficção distante da realidade das pessoas.
- e) Busato defende a dupla imputação entre pessoas física e jurídica.

2. Existem de acordo com a doutrina, ao menos três teorias acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil.

Quanto à teoria adotada pela Constituição da República e pelos tribunais superiores no Brasil, assinale a alternativa correta.

- a) A Constituição admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais.
- b) A Constituição admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes contra o patrimônio.
- c) A constituição admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica desde que a acusação necessariamente apresente dupla imputação.
- d) A Constituição permite a responsabilidade penal da pessoa jurídica desde que a pessoa física não tenha participado do ilícito.
- e) A Constituição define a responsabilidade penal da pessoa jurídica, mas indica os crimes pelos quais essa organização coletiva poderá responder.

3. A Petrobras ainda não sabe por quanto tempo vazou óleo do duto da Reduc (Refinaria de Duque de Caxias) que rompeu por volta das 5h30 da manhã de anteontem. A Secretaria Estadual de Meio Ambiente estima que vazaram entre 800 e 1.000 toneladas, bem acima do cálculo inicial da Petrobras, de 500 toneladas. A secretaria informa que este é o maior acidente ambiental na baía de Guanabara desde 1975, quando o navio grego Tarik derramou 5.800 toneladas de óleo.

(Fonte: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2001200001.htm>>. Acesso em: 26 nov. 2018).

Como se sabe, o vazamento de óleo pode provocar sérios danos ambientais, principalmente ao longo da costa litorânea mais próxima do local de extração do petróleo. Sobre os crimes ambientais, o que a Constituição disciplina?

a) A Constituição prevê a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica e a responsabilidade penal da pessoa física por danos ambientais.

b) A Constituição inadmite a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais.

A Constituição admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais.

d) A Constituição não menciona qualquer possibilidade de a pessoa jurídica responder ou não por crime ambiental.

e) O art. 225 §3º foi considerado inconstitucional pela Suprema Corte pelo que a pessoa não pode responder por crimes ambientais.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BRANDÃO, Cláudio. Curso de Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: GEN-Forense, 2008.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 nov. 2018.
- _____. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 26 nov. 2018.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- _____. **Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral 1**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- Díez, Carlos Gómez-Jara. **A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Teoria do Crime para Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Atlas, 2015.
- GOMES, Luis Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – parte geral**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.
- LISZT, Von. **Tratado de Derecho Penal**. Trad. Luiz Jiménez de Asúa, Madrid: Reus, 1929.
- PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal - Parte Geral**. 3. ed. Atlas: São Paulo, 2017.
- QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**. 11ª ed. Juspodivm, 2010. 1 v.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1977.

ISBN 978-85-8482-410-6



9 788584 824106 >