
DIREITO PENAL GERAL

AUTOR: ANDRÉ PACHECO TEIXEIRA MENDES
COLABORADOR: PAULO RICARDO FIGUEIRA MENDES

Sumário

Direito Penal Geral

APRESENTAÇÃO DO CURSO	3
BLOCO I — INTRODUÇÃO AO DIREITO PENAL E TEORIA DA NORMA PENAL	9
AULA 1: APRESENTAÇÃO DO CURSO E INTRODUÇÃO AO DIREITO PENAL	9
AULA 2: TEORIA DA NORMA PENAL. PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL I	14
AULA 3: PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL II	18
AULA 4: PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL III	23
AULA 5: PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL IV	28
AULA 6: APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO TEMPO	32
AULA 7: APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO ESPAÇO	36
BLOCO II — TEORIA DO CRIME	40
AULAS 8 E 9: TEORIA DO CRIME	40
AULA 10: FATO TÍPICO I. TEORIA DA CONDUTA. AÇÃO E OMISSÃO PENALMENTE RELEVANTE	44
AULA 11: FATO TÍPICO II	49
AULA 12: FATO TÍPICO III	57
AULAS 13 E 14: ANTIJURIDICIDADE I E II	60
AULAS 15 E 16: ANTIJURIDICIDADE III E IV	64
AULA 17: ANTIJURIDICIDADE V	67
AULA 18: PROVA 1	69
AULA 19: ANTIJURIDICIDADE VI	70
AULA 20: CULPABILIDADE I	74
AULA 21: CULPABILIDADE II	75
AULAS 22 E 23: CULPABILIDADE III E IV	77
AULAS 24 E 25: CULPABILIDADE V E VI	79
AULAS 26 E 27: TENTATIVA E CONSUMAÇÃO I E II	81
AULAS 28 E 29: CONCURSO DE PESSOAS I E II	83
AULA 30: PONDERAÇÕES DE FECHAMENTO DO CURSO	85



Comeu na cozinha, empurrando com um copo de vinho tinto, e, quando terminou, quase sem pensar, repetiu a cantilena com três migalhas de pão, a da esquerda, que era o livro, a do meio, que era os exercícios, a da direita, que era o filme. Ganhou Quem Porfia Mata Caça, está visto que o que tem de ser, tem de ser, e tem muita força, nunca joga as pêras com o destino, que ele come as maduras e dá-te as verdes. É o que geralmente se diz, e, porque se diz geralmente, aceitamos a sentença sem mais discussão, quando o nosso dever de gente livre seria questionar energicamente um destino despótico que determinou, sabe-se lá com que maliciosas intenções, que a pêra verde é o filme, e não os exercícios e o livro.¹

I. INTRODUÇÃO

O que é direito penal? Qual sua função? Quando ele poderá ser aplicado? Do ponto de vista jurídico, o que é crime? Quais elementos compõem o conceito de crime? Quem comete um crime? De que forma alguém pode ser responsabilizado por um fato criminoso? Como ele pode ser praticado?

Essas perguntas norteiam o curso *Direito Penal Geral*. Espera-se que, ao fim dele, o aluno possa respondê-las. E formular novas perguntas. Problematizá-las.

O direito penal é ramo do direito público. A nomenclatura “penal” revela o caráter sancionatório desse ramo e determina a espécie de ilícito a que a resposta *pena* está vinculada: o crime.

Por que “penal”?

A expressão “direito penal” pode significar tanto o conjunto de leis penais quanto o conjunto de saberes destinado à interpretação da lei e de sua aplicação. No Brasil, prevalece a denominação “direito penal”, embora outros países de tradição anglo-saxã tenham preferência pela expressão *criminal law*.

Em que contexto se insere o direito penal e a prisão como pena?

Embora antropologicamente a pena remonte à história antiga, a origem histórica do direito penal como conhecemos hoje é contemporânea das revoluções liberais (americana e francesa) do século XVIII. Associado à contenção do poder punitivo do Estado na superação do absolutismo, o liberalismo marca o princípio da ideia de Estado de Direito, “um governo de leis e não de homens”. Já a forma de punição por excelência, a prisão, se consolida no século XIX, com a revolução industrial, que passa a conceber a pena como tempo cumprido em isolamento num estabelecimento voltado ao trabalho.

¹ SARAMAGO, José. *O homem duplicado*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 14.



No Brasil pós-independência, as ideias liberais já regiam o Código Criminal de 1830, mas a consolidação desse processo só se deu no fim do século XIX, com o fim da escravidão e com o Código Penal de 1890, já na República. O último Código é de 1940 (que entrou em vigor juntamente com o Código de Processo Penal e a Lei de Contravenções Penais) e sofreu reforma na parte geral (estabelece regras e princípios para aplicação do Direito Penal) em 1984. A parte especial (que os prevê os crimes e comina as penas) sofreu alterações ao longo dos anos, sendo complementada, sobretudo, por leis penais esparsas, fora do Código Penal (Lei 8.137/1990, por exemplo, que trata dos crimes contra a ordem econômica, tributária e contra as relações de consumo).

II. DELIMITAÇÃO DO CONTEÚDO DA DISCIPLINA

O curso de Direito Penal Geral é dividido em dois blocos: (1) Introdução ao Direito Penal e Teoria da Norma Penal; e (2) Teoria do Crime.

No Código Penal, a matéria objeto deste curso abrange o art.1º ao art.31.

No primeiro bloco, o curso se inicia com uma breve introdução sobre o direito penal, com o que serão abordados: **conceito, função e perspectiva crítica**. O objetivo é permitir que o aluno reflita sobre questões como: para que serve o direito penal? Quem atua na sua criação e aplicação? O direito penal realmente atua segundo os seus fundamentos?

As aulas seguintes tratarão da Teoria da Norma Penal, com ênfase nos **princípios do direito penal**. Depois, serão estudadas as regras para aplicação da lei penal ao fato criminoso **no tempo e no espaço**.

No segundo bloco, as atenções serão voltadas ao estudo da Teoria do Crime. O que é crime? Partindo do denominado **conceito analítico de crime** e da análise de cada uma das partes componentes desse conceito, espera-se que o aluno desenvolva a habilidade de identificar, na realidade, a ocorrência do fato criminoso. Essa etapa é fundamental para a compreensão da dogmática penal.

Um maior número de aulas abordará os elementos da teoria do delito, ou seja, as partes que compõem o conceito de crime (**ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade**).

Posteriormente, analisaremos de que forma o crime é realizado. Trata-se de discutir o caminho do crime. Quando ele se inicia? Em que momento ele é punível? A discussão se dará em torno do estudo das categorias da **tentativa** e da **consumação**.

Por fim, investigaremos quem pode ser responsabilizado pela prática de um crime. Quem pratica o crime? Assim, tomaremos como objeto de estudo as categorias da **autoria e participação**.



O plano de ensino prevê o conteúdo distribuído na forma do cronograma abaixo:

AULA	DIA	CONTEÚDO/ATIVIDADE
1	31/jul	Apresentação do Curso: objetivos, metodologia, avaliação e bibliografia. BLOCO I. Introdução ao Direito Penal. Noções propedêuticas. Conceito. Função. Críticas.
2	02/ago	Teoria da Norma Penal. Regras penais. Princípios do Direito Penal I. Princípio da Legalidade. Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos.
3	7/ago	Princípios do Direito Penal II. Princípio da intervenção mínima. Princípio da subsidiariedade do direito penal. Princípio da fragmentariedade. Princípio da culpabilidade. Princípio da responsabilidade pessoal. Princípio da insignificância.
4	9/ago	Princípios do Direito Penal III. Princípio da lesividade. Princípio da adequação social. Princípio da proporcionalidade.
5	14/ago	Princípios do Direito Penal IV. Princípio da individualização da pena. Princípio da limitação das penas. Princípio da dignidade da pessoa humana. Conclusão das aulas sobre Princípios do Direito Penal.
6	16/ago	Aplicação da lei penal no tempo. Princípio da extra-atividade da lei penal. Ultra-atividade. Retroatividade.
7	21/ago	Aplicação da lei penal no espaço. Princípio da territorialidade. Princípio da extraterritorialidade.
8	23/ago	BLOCO II. Teoria do Crime. Conceito Analítico de Crime I. Classificação dos Crimes: crime de dano/lesão e de perigo (abstrato/presumido e concreto); crime material, formal e de mera conduta; crime comum, próprio e de mão própria.
9	28/ago	Conceito Analítico de Crime II. Classificação dos Crimes: crime de dano/lesão e de perigo (abstrato/presumido e concreto); crime material, formal e de mera conduta; crime comum, próprio e de mão própria.
10	30/ago	Fato Típico I. Teoria da conduta. Ação e omissão penalmente relevante.
11	4/set	Fato típico II. Tipo Subjetivo. Dolo e Culpa.
12	6/set	Fato Típico III. Relação de Causalidade.
13	11/set	Antijuridicidade I. Introdução. Legítima defesa.
14	13/set	Antijuridicidade II. Legítima defesa.



15	18/set	Antijuridicidade III. Estado de necessidade
16	20/set	Antijuridicidade IV. Estado de necessidade
17	25/set	Antijuridicidade V. Estrito cumprimento do dever legal, Exercício regular de direito.
18	27/set -5/out	PROVA 1
19	16/out	Antijuridicidade VI. Consentimento do ofendido.
20	18/out	Culpabilidade I. Introdução. Conceito. Elementos.
21	23/out	Culpabilidade II. Imputabilidade. Maioridade e Sanidade. Inimputabilidade. Emoção e paixão. Embriaguez voluntária e involuntária.
22	25/out	Culpabilidade III. Potencial Conhecimento da Ilcitude. Teoria do Erro. Erro de Proibição. Erro de Tipo. Discriminantes Putativas.
23	30/out	Culpabilidade IV. Potencial Conhecimento da Ilcitude. Teoria do Erro. Erro de Proibição. Erro de Tipo. Discriminantes Putativas.
24	1/nov	Culpabilidade V. Exigibilidade de Conduta Diversa. Causas legais de exclusão: coação moral irresistível e obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico.
25	6/nov	Culpabilidade VI. Exigibilidade de Conduta Diversa. Causas supralegais de exclusão.
26	8/nov	Tentativa e consumação I. <i>Iter criminis</i> : etapas de realização do delito.
27	13/nov	Tentativa e consumação II. Desistência voluntária. Arrependimento eficaz. Arrependimento posterior. Crime impossível.
28	22/nov	Concurso de pessoas I. Autoria e participação.
29	27/nov	Concurso de pessoas II. Autoria e participação.
30	29/nov	Ponderações de fechamento do curso.
	3 - 7 /dez	PROVA 2
	10 - 12 /dez	2ª CHAMADA
	13 a 19 /dez	PROVA FINAL



III. METODOLOGIA

Cada aula consistirá numa exposição do tema em diálogo com os alunos (que deverão ler previamente a bibliografia indicada no material didático) e de uma discussão acerca de um caso concreto (notícias ou decisões judiciais). Espera-se poder instigar a participação e promover a capacidade do aluno de criar soluções jurídicas para os problemas apresentados, ao mesmo tempo em que é revelado o contexto social em que é aplicável o conteúdo estudado.

Essa metodologia aposta na capacidade do aluno de graduação da FGV Direito Rio de aplicar a compreensão teórica à prática do direito e estimular sua participação no processo de aprendizagem. Fornecendo as diretrizes da matéria, visa também fomentar a continuidade da aprendizagem para além da sala de aula por meio de atividades que impliquem habilidades essenciais ao futuro profissional do direito como: pesquisar, argumentar, analisar, criticar, formular problemas e apresentar soluções.

IV. BIBLIOGRAFIA

A bibliografia básica é dada aula por aula. Em sua maior parte é composta por três livros. Recomendamos os seguintes livros básicos:

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. Vol. 1. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. 5ª Ed. Curitiba: ICPC; Conceito Editorial, 2012.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1 — Parte Geral. 12ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.

Outras obras relevantes são:

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Vol. I. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral e parte especial*. 9ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.



Os demais livros indicados constituem bibliografia avançada e são destinados àqueles que pretendem aprofundar o estudo da disciplina:

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2ª Ed. Trad.: Diego-Manuel Luzon Peña *et. al.* Madrid: Editorial Civitas, 1997;

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2002.

O material didático não substitui a bibliografia, servindo apenas como mais um recurso pedagógico no processo de ensino e aprendizagem para o acompanhamento das aulas e formação do aluno.

V. AVALIAÇÃO

A avaliação divide-se em duas provas. Espera-se que o aluno possa resolver problemas e propor soluções para situações concretas derivadas da parte geral do direito penal. Eventualmente, poderão ser realizadas avaliações que afirmem outras habilidades e competências que não envolvam a escrita, como capacidade argumentativa verbal.



BLOCO I — INTRODUÇÃO AO DIREITO PENAL E TEORIA DA NORMA PENAL

AULA 1: APRESENTAÇÃO DO CURSO E INTRODUÇÃO AO DIREITO PENAL

APRESENTAÇÃO DO CURSO

Objetivos, metodologia, avaliação e bibliografia.

INTRODUÇÃO AO DIREITO PENAL

Noções propedêuticas. Conceito. Função. Críticas.

CONCEITO: O QUE É DIREITO PENAL?

O direito penal é um conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, definindo crimes e a eles vinculando penas ou medidas de segurança.

A parte geral (art.1º ao art.120 do CP) define os critérios a partir dos quais o direito penal será aplicado: quando o crime existe? Como e quando aplicar a pena?

A parte especial prevê os crimes em espécie e as penas correspondentes. O crime é uma conduta proibida, que pode ser tanto positiva, uma ação (ex. homicídio — art.121 do CP), quanto negativa, uma omissão (ex. omissão de socorro — art.135 do CP). Cada crime prevê uma determinada escala punitiva (mínima e máxima) de acordo com a gravidade do crime em abstrato.

FUNÇÃO: PARA QUE SERVE O DIREITO PENAL?

A função do direito penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos². *É missão do Direito Penal a proteção dos bens jurídicos mediante o amparo dos elementares valores ético-sociais da ação*³. Essa tem sido a concepção em torno da qual o direito penal moderno tem se desenvolvido⁴ desde Karl Binding (1841-1920).

² ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2ª Ed. Trad.: Diego-Manuel Luzon Peña et. al. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 51.

³ WELZEL, Hans. **Derecho Penal**: parte general. Trad.: Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 6 (tradução nossa).

⁴ BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**: parte general. 2ª Ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 43.

É de se mencionar, contudo, em razão da voz que vem reverberando pelo mundo, o posicionamento contrário de Günther Jakobs. O direito penal de Jakobs recusa a generalizada função atribuída ao direito penal de **proteção de bens jurídicos**, para abraçar a função de **proteção da norma jurídica**.

E assim tem pronunciado em diversos trabalhos: “o direito penal garante a vigência da norma, não a proteção de bens jurídicos”⁵. Como a constituição da sociedade tem lugar por meio de normas, isto é, se as normas determinam a identidade da sociedade, garantir a vigência da norma permite garantir a própria identidade social: *o direito penal confirma a identidade social*.⁶ Nesse quadro de proteção da norma e afirmação da identidade social, a sanção penal preveniria a *erosão da configuração normativa real da sociedade*.⁷

Muito embora o princípio de proteção de bens jurídicos tenha sido originariamente elaborado por Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (1775-1833) — no sentido de proteção de *interesses humanos* —, conforme afirma Hassemer⁸, atribui-se propriamente a criação e desenvolvimento do *conceito de bem jurídico* à Johann Michael Franz Birnbaum (1792-1877), de acordo com Roxin.⁹

Proteger *subsidiariamente* equivale a afirmar que os bens jurídicos não são protegidos apenas pelo direito penal. Significa dizer que tal proteção se realiza por meio da manifestação dos demais ramos do Direito que, atuando cooperativamente, pretendem operar como meio de *solução social do problema*.¹⁰ O direito penal deve intervir para solucionar problemas sociais tão-somente depois que outras intervenções jurídicas não-penais falharem nessa solução. Precisamente, por ser o direito penal a forma mais dura de ingerência do Estado na esfera da liberdade do cidadão, deve ele ser chamado a agir apenas quando outros meios do ordenamento jurídico (civis, administrativos, tributários, sanitários, trabalhistas etc.) mostrarem-se insuficientes à tutela dos bens jurídicos fundamentais.

Diante desse quadro, temos que, para a salvaguarda de bens jurídicos, o direito penal deve funcionar subsidiariamente aos demais campos jurídicos (*princípio da subsidiariedade*), intervindo minimamente na criminalização de condutas (*princípio da intervenção mínima*), operando como *ultima ratio* na solução de problemas sociais, considerando a dura intromissão estatal que o caracteriza: a privação da liberdade. Além disso, a proteção não se realiza em função de todos os bens jurídicos, bem como aqueles que são selecionados como objeto de proteção devem ser parcialmente protegidos. Nem todos os bens jurídicos extraíveis da Constituição devem ser elevados à categoria de *bem jurídico-penal* e, ainda, aqueles que o forem, devem ser protegidos somente diante de determinadas formas concretas de ataque. A proteção do direito penal é assim, pois, *fragmentária*¹¹ — *princípio da fragmentariedade*. A limitação da norma penal incriminadora às ações mais graves perpetradas contra os bens jurídicos mais relevantes vai conformar o caráter fragmentário do direito penal.¹²

⁵ JAKOBS, Günther. ¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004, p. 19. No mesmo sentido, cf. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. 3ª Ed. Organização e tradução: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008 p. 22; *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Traducción: Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000, p. 28; *Sobre la teoría de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 15-16; *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Traducción: Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003, p. 59.

⁶ *Id.*, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, p. 18.

⁷ *Id.*, *Sobre la teoría de la pena*, p. 16.

⁸ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Traducción: Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 7.

⁹ *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, p. 55.

¹⁰ *Ibid.*, p. 65.

¹¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 5 e ROXIN, *op. cit.*, p. 65.

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. Vol. 1. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 14.

Mas afinal, o que são bens jurídico-penais? Para Welzel (1904-1977), *bem jurídico é um bem vital do grupo ou do indivíduo, que em razão de sua significação social, é amparado juridicamente*.¹³ Desde uma perspectiva funcionalista, Roxin define que bens jurídicos *são circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema*.¹⁴ A literatura penal em geral costuma empregar as expressões *valor e interesse* para conceituar bem jurídico: *valores relevantes para a vida humana individual ou coletiva*¹⁵; *valores e interesses mais significativos da sociedade*¹⁶; valor ou interesse juridicamente reconhecido em determinado bem como tal em sua manifestação geral.¹⁷

Nesse contexto, os bens jurídico-penais devem derivar sempre da Constituição da República, documento fundamental e lei maior do Estado Democrático de Direito. A vida, a liberdade, o patrimônio, o meio ambiente, a incolumidade pública, para citar alguns, vão formar o rol de valores, interesses e direitos que, elevados à categoria de bens jurídico-penais, constituirão o objeto de proteção do direito penal.

Desde seu início, a denominada *teoria do bem jurídico* admite quer bens jurídicos individuais, tais como a vida e liberdade, quer bens jurídicos universais¹⁸, tais como administração da justiça¹⁹, e, modernamente, ordem tributária, administração pública, sistema financeiro, meio ambiente, relações de consumo, saúde pública, dentre outros.

VISÃO CRÍTICA: O DIREITO PENAL REALMENTE ATUA SEGUNDO OS SEUS FUNDAMENTOS?

Não é difícil perceber, entretanto, que a função que o direito penal assume encontra dificuldades no atual contexto brasileiro, fazendo pensar que uma coisa é a função que lhe é atribuída (função declarada) e outra aquela que realmente exerce no contexto social (função oculta).

A proliferação de crimes faz duvidar da subsidiariedade que deveria nortear a manifestação do direito penal, o que faz também suspeitar de seus pressupostos limitadores, que não resistem a uma empírica avaliação das agências responsáveis por criar e aplicar o direito penal.

O conjunto dessas agências responsáveis pelo processo de criminalização (legislativa, judicial, policial, penitenciária) forma o *sistema penal*. É dessa avaliação que surge uma visão fruto da crítica criminológica das funções da pena e da aplicação do direito penal. Como uma ciência não normativa, a sociologia se preocupa em estudar o “ser”, e não o “dever ser”, como o direito. Permite, portanto, investigar a realidade além da lente jurídica.

¹³ *Op. Cit.*, p. 5-6.

¹⁴ ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, p. 55-56.

¹⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Op. Cit.*, p. 4-5.

¹⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Vol. 1. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 2.

¹⁷ MAURACH/ZIPF *apud* ROXIN. *Op. Cit.*, p. 70.

¹⁸ Também chamados de bens jurídicos supraindividuais, *metaindividuais, transindividuais, ou coletivos*.

¹⁹ HASSEMER, Winfried. *Op. Cit.*, p. 7.



Para tanto, trabalha com pressupostos de difícil refutação: a) que se vive em uma sociedade conflitiva, onde o conflito não é um dado puramente marginal e criminalizável; b) a constatação empírica da desigualdade na aplicação do direito (punição de pobres e não de ricos); c) que para além da propaganda das funções declaradas, o direito penal é uma forma de reprodução da desigualdade social.

Partindo desses pressupostos a criminologia crítica elaborou um conjunto de importantes observações. O primeiro e fundamental é que *o crime não é um ente natural* e sim depende de um ato de poder que o defina como tal. Práticas que ontem foram consideradas crimes, como o adultério, hoje não o são por decisão política.

O segundo é uma separação em etapas do processo seletivo de criminalização entre *criminalização primária* e *secundária*. A criminalização primária é aquela realizada pelas agências políticas (legislativo) na definição do que é crime e, portanto, é uma enunciação em abstrato das condutas criminalizáveis. Já a criminalização secundária é a ação punitiva exercida em pessoas concretas, realizados pelas agências executivas do sistema penal (policial, judiciária e penitenciária). A disparidade entre o programa criminal primário, todas as condutas passíveis de criminalização, e o efetivo conhecimento das agências executivas é o que se chama de *cifra oculta* (Ver em ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro* — vol.1. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.43-53).

Todas as pessoas cometem ou podem cometer alguns crimes. Quem conhece alguém que levou algum objeto do seu restaurante preferido? Ou alguém que tenha passado por algum acidente sem prestar socorro? Ou ainda, bebeu e dirigiu? Xingou alguém?

É preciso entender é impossível a realização total do programa de criminalização, seja por falta de estrutura das agências executivas, seja porque implicaria num sufocamento das liberdades. Não se pode imaginar todo o orçamento estatal sendo gasto com polícia, nem é desejável um Estado policial que vigie e controle cada passo das pessoas.

Isso permite afirmar que o sistema penal é estruturalmente *seletivo*, ou seja, direciona sua atuação num determinado sentido na persecução criminal, geralmente voltado para os estereótipos presentes no imaginário social. Quem nunca atravessou a rua por ter visto uma figura “estranha” passar por perto, sem qualquer evidência de que se tratava de alguém com intenção de lhe fazer algum mal, confiando na sua “intuição”?

O direito penal tem sido aplicado seletivamente em várias partes do mundo. No Brasil, isso é sensivelmente percebido. Mas também nos Estados Unidos, onde a taxa de encarceramento é significativamente maior para negros e latinos em relação a brancos. No ano de 2010, a relação de presos era a seguinte: 3.074 presos negros para cada 100.000 residentes; 1.258 presos hispânicos/latinos para cada 100.000 residentes; e apenas 459 presos brancos para cada 100.000 residentes.²⁰

²⁰ Dados disponíveis no site: <http://www.prb.org/Articles/2012/us-incarceration.aspx?p=1>, Acesso em 20 de maio de 2013. “Incarceration rates are significantly higher for blacks and Latinos than for whites. In 2010, black men were incarcerated at a rate of 3,074 per 100,000 residents; Latinos were incarcerated at 1,258 per 100,000, and white men were incarcerated at 459 per 100,000”.

Não se pode ignorar esse dado, tradutor de uma aplicação seletiva do direito penal norte-americano.

Mas seria possível um sistema penal não seletivo? Em outras palavras, e se todas as condutas criminosas fossem punidas?

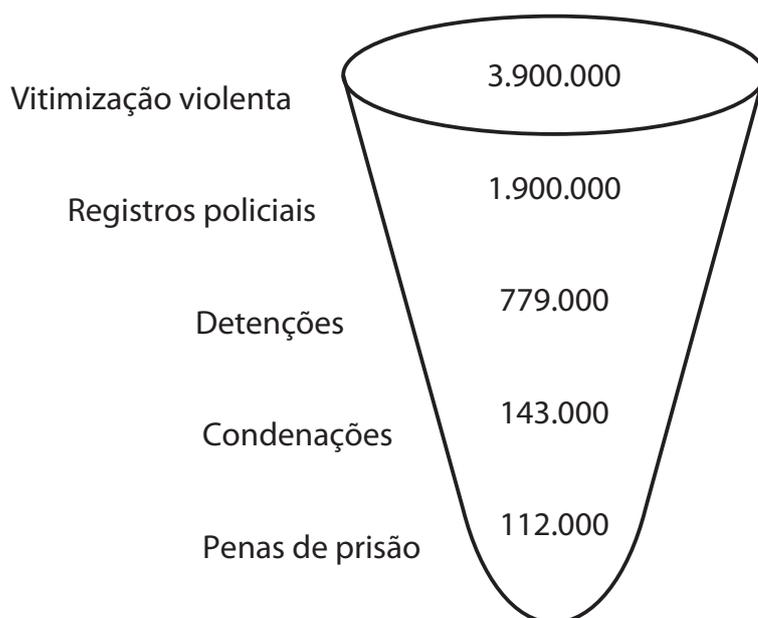
Um programa de punição que pretenda atingir TODAS as pessoas, punindo TODOS os crimes é irrealizável, pois exigiria que as agências penais fossem onipresentes. Ademais, é inconcebível punir TODOS os desvios, caso contrário, a vida em sociedade se tornaria um caos e, ainda, um estado penal absoluto. Nesse sentido:

*“(...) ninguém pode conceber seriamente que todas as relações sociais se subordinem a um programa criminalizante faraônico (que se paralise a vida social e a sociedade se converta em um caos, em prol da realização de um programa irrealizável), a muito limitada capacidade operativa das agências de criminalização secundária não lhes deixa outro recurso que proceder de modo seletivo”.*²¹

A seletividade é uma realidade empírica. Considerá-la um “*defeito conjuntural superável*”²² da sociedade é um tremendo equívoco.

O modelo de funil do funcionamento da justiça criminal representa a forma padrão de funcionamento de qualquer sistema penal. Confira o exemplo abaixo:

Ex.: Taxa de atrito nos Estados Unidos para crimes violentos



FONTES: Bureau of Justice Statistics, *Criminal Victimization in the U.S., 1994*; *Felony Sentences in State Courts, 1994*; *Uniform Crime Reports, 1994*.

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, p. 7.

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. Cit.*, p. 622.

**AULA 2: TEORIA DA NORMA PENAL. PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL I**

Regras penais. Princípios do Direito Penal I. Princípio da Legalidade. Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos.

BIBLIOGRAFIA PARA PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL I, II, III E IV:

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral. Vol. 1. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, Capítulo II — *Princípios Limitadores do Poder Punitivo Estatal* — pgs. 10-28;

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal:** parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, Capítulo 2 — Princípios do Direito Penal — pgs. 19-33;

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal:** Parte General. Buenos Aires: Ediar, 2002, Capítulo IV — *Limites derivados de la función política* — pgs. 110-153

INTRODUÇÃO

O Direito Penal é uma técnica de definição, comprovação e repressão do desvio.²³ Crime, processo e pena vão formar os objetos fundamentais do direito e processo penal. A definição do desvio se expressa na atividade legislativa, por meio da qual o legislador vai definir crimes (condutas proibidas) e cominar penas (punição correlata).

Em todas as democracias contemporâneas, o Direito Penal será regido por princípios constitucionais (explícitos e implícitos) para garantir o indivíduo em face do poder punitivo (*ius puniendi*) do Estado.²⁴ A função dos princípios será justamente a de limitar o poder punitivo estatal. Nesse sentido, o legislador não pode tudo. Ele deve observância aos princípios. O saber jurídico-penal moderno de tradição iluminista e liberal, amadurecido desde o século XVIII, foi responsável pela gestação do modelo garantista clássico, fundado em princípios como o da legalidade, lesividade, responsabilidade pessoal, contraditório e presunção de inocência.²⁵

A literatura relativa à principiologia penal é vasta.²⁶ Nas próximas quatro aulas, serão estudados os princípios – de forma não exaustiva – que informam o Direito Penal, seu papel dentro do sistema jurídico-penal e sua aplicação prática.

²³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: Teoría del garantismo penal.** Tradução: Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 209.

²⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal:** parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 19.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: Teoría del garantismo penal,** p. 33.

²⁶ Para citar alguns: ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal:** Parte General. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 107-142; TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994; MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: fundamentos e teoria do delito.** Tradução: Cláudia Vianna Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007; 82-107, CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal,** *op. cit.*, p. 19-32; BARATTA, Alessandro. **Principios de Derecho Penal Mínimo.** In: *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*, Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2004.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: O CRIME ESTÁ NA LEI

O princípio da legalidade é o principal postulado de exclusão da arbitrariedade no Estado de direito. Consagrado na fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege*, é previsto na Constituição em seu art.5º, XXIX: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (redação semelhante ao art. 1º do CP).

A reserva legal impõe uma elaboração incriminadora exclusiva da lei, constituindo garantia dos cidadãos frente ao poder punitivo. Do princípio da legalidade derivam vedações a formas de incriminação, exigindo *lex praevia, lex scripta, lex stricta e lex certa*.

1. *Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* — não há crime nem pena sem lei **prévia**

Questão: Reforma do Código Penal prevê criminalização dos jogos de azar e pena dobrada para explorador

— Vedação à retroatividade da lei mais grave (*lex gravior*)

A lei penal não retroage, salvo para beneficiar o réu (art.5º, XL, CR). A irretroatividade da lei penal mais gravosa atinge tanto as tipificações legais como as sanções penais que lhes correspondem. A proibição de retroatividade ganha especial relevância quando do estudo da lei penal no tempo, como será visto adiante.

2. *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* — não há crime nem pena sem lei **escrita**

— Vedação aos costumes como fonte de criminalização de condutas ou punibilidade.

Em matéria penal, é vedada a utilização do costume como *fonte* da lei penal, uma vez que a forma constitui garantia do cidadão e por isso deve ser pública, geral e escrita.

3. *Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* — não há crime nem pena sem lei **estricta**

— Vedação à analogia *in malam partem*.

Outra derivação que se extrai da legalidade é a vedação da analogia *in malam partem* (em desfavor do réu). A analogia é a aplicação da lei a fatos semelhantes sem expressa previsão legal. Na verdade, o que proíbe essa derivação é que o juiz inove na interpretação da lei em prejuízo do réu. A analogia *in bonam partem* não é vedada, embora seu reconhecimento exija ampla fundamentação quanto a sua pertinência ao caso concreto.



4. *Nullum crimen, nulla poena sine lege certa* — não há crime nem pena sem lei **certa**

— Vedação à normas penais vagas, imprecisas, indeterminadas

Questão: Art. 12, I, da Lei 8.137/90, viola o princípio da legalidade?

Ainda como consectário lógico do princípio da legalidade, há o princípio da taxatividade. É vedada a indeterminação normativa que crie tipos abertos, sob o risco de vulnerar a garantia que a legalidade representa. Por exemplo, a qualificadora do homicídio “por motivo fútil” (art.121, §2º, II, CP), é um tipo vago que comporta múltiplas situações. Não por outro motivo as leis criadas em regimes autoritários possuem exatamente essa marca de arbítrio, concedendo amplo poder ao juiz na perseguição das dissidências político-ideológicas, como nas Leis de Segurança Nacional nas ditaduras latino americanas do século passado.

PRINCÍPIO DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS: COMO SE PROTEGER DO DIREITO PENAL OU QUEM VIGIA O VIGIA?

O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos repudia incriminações que ofendam apenas valores morais, éticos ou religiosos. Isso significa que o direito não pode punir formas de existência e suas expressões, devendo reconhecer no indivíduo sua autodeterminação (âmbito de autonomia moral), daí que não deveria incriminar situações que interditem liberdades constitucionais como:

- a) no discutido caso do uso de drogas, onde haveria apenas autolesão (ofensa a própria saúde);
- b) em casos em que haja consentimento do ofendido, ou seja, em que embora objetivamente tenha havido uma lesão, o lesionado tenha anuído expressamente (intervenção cirúrgicas, por exemplo);
- c) pensamentos e suas expressões, garantindo a liberdade de expressão e informação contra a censura;
- d) manifestação política, como a criminalização da greve em tempos passados;
- e) expressões socioculturais de minorias. No início do século XX, por exemplo, as práticas dos negros recém-libertos, como a capoeira e as manifestações religiosas afro-brasileiras foram criminalizadas;
- f) condição social do indivíduo, como a vadiagem e a mendicância;
- g) atos considerados obscenos, mas em contextos artísticos, lugares privados ou em situações que a pessoa não tenha agido de forma deliberada e pública na exposição das partes íntimas.



MÍDIA: Criminalização do funk?

CDH fará audiência para debater se o funk pode ser criminalizado (21 de junho de 2017).

A Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado (CDH) aprovou nesta quarta-feira (21) o requerimento de audiência pública para debater a criminalização do funk. A proposta que transforma o estilo musical em crime está na Sugestão Legislativa (SUG) 17/2017, idealizada pelo cidadão Marcelo Alonso. Segundo a proposta, os chamados bailes de “pancadões” estimulam a prática de crimes contra crianças e adolescentes, promovendo o uso, venda e consumo de álcool e drogas, bem como o agenciamento, orgia e exploração sexual. Na CDH, a matéria vai ser relatada pelo senador Romário (PSB-RJ), que solicitou a audiência pública para discutir a questão. Romário quer trazer para o debate no Senado o autor da proposta, compositores e cantores de funk, além de antropólogos que estudam o gênero musical. Entre os artistas listados pelo senador para opinar sobre o assunto estão Anitta, Nego do Borel e Valesca Popozuda — expoentes do estilo musical. Para Romário, é preciso avaliar em que medida os crimes ocorridos durante ou após os bailes podem ser coibidos pelo Estado, sem que seja necessária uma medida tão drástica como transformar o funk em crime.

Fonte: https://www.google.com.br/search?q=CDH+far%C3%A1+audi%C3%Aancia+para+debater+se+o+funk+pode+ser+criminalizado&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b-ab&gws_rd=cr&ei=eUF2WbHgKIP7wQTh_oHoBg

CASO: “SURDO NA MINHA SALA NÃO!”

Professora que se recusou aceitar um aluno surdo em sala de aula. É questão que enfrenta a discriminação ao portador de deficiência e a vedação à analogia *in malam partem*. Ver art. 8º, inciso I, da lei nº 7.853/89 (STJ. Resp nº 1022478/SP. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. 6ª Turma. Julgamento: 22/09/2011. Publicação: 09/11/2011).



AULA 3: PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL II

Princípio da intervenção mínima. Princípio da subsidiariedade do direito penal. Princípio da fragmentariedade. Princípio da culpabilidade. Princípio da responsabilidade pessoal. Princípio da insignificância.

PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA: HÁ ALTERNATIVA A RESPOSTA PENAL?

A intervenção mínima (*ultima ratio*, em latim) é um princípio destinado ao legislador como critério quando da seleção de crimes e se baseia na ideia de que o direito penal só pode ser invocado em caso de extrema necessidade e quando se afigure como meio idôneo. Isso se fundamenta no fato da pena ser o meio mais gravoso de intervenção legal (tem a prisão como principal pena) e gerar danos de difícil reparação para aquele a que é impingida, podendo ser forma de estigma e fonte de novos conflitos.

Esse princípio advém de uma reação à enorme expansão que o direito penal conheceu nos últimos anos, se tornando muitas vezes a primeira e única saída a que recorre o Estado para responder aos anseios sociais. Por isso, dentro da lógica da intervenção mínima se extrai os princípios de subsidiariedade e fragmentariedade.

A subsidiariedade se refere à necessidade de adotar respostas alternativas fora do campo penal, como o civil e o administrativo. A fragmentariedade requer que somente as lesões mais aos bens jurídicos mais importantes sejam passíveis de pena, sendo assim um sistema descontínuo de proteção.

PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE: SE FEZ, NÃO NECESSARIAMENTE TEM QUE PAGAR

Complemento essencial ao princípio da legalidade, consagrado na fórmula latina *nullum poena sine culpa*, a culpabilidade se refere à capacidade de determinação do indivíduo frente ao delito. A evolução do direito penal substituiu a incriminação mecanicista pela mera causação de um resultado, pela consideração da vontade do agente dentro da ideia do delito como um fenômeno social, numa perspectiva finalista.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (Ver em: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. Vol. 1. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.15 e 16), a culpabilidade possui três dimensões:



- a) Fundamento da pena (elemento do crime) — etapa necessária de aferição no conceito analítico de crime, ou seja, não basta que o crime seja típico e antijurídico, deve também ser culpável (atribuível ao agente). É com base na culpabilidade, por exemplo, que o inimputável não é considerado passível de receber uma pena, mas apenas medida de segurança.
- b) Medição da pena — serve como um dos critérios para determinar a aplicação da pena, conforme art. 59 do CP.
- c) Responsabilidade subjetiva — a culpabilidade também se refere ao tipo subjetivo, requer dolo ou culpa para uma conduta ser considerada típica, e não apenas que o agente tenha causado um resultado.

PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PESSOAL: A CULPA NÃO É DO PAI NEM DA MÃE

O princípio da responsabilidade pessoal reza que a pena não pode passar da pessoa do condenado, como prevê expressamente a Constituição no Art.5º, XLV. Por essa razão uma das causas de extinção da punibilidade é a morte do agente. Isso não exclui, entretanto, a obrigação civil de reparar o dano por parte dos herdeiros.

Além da intranscendência da pena, o direito penal brasileiro adota a responsabilidade penal subjetiva, que deve ser sempre aplicado à pessoa humana, capaz de vontade. Exceção a essa regra constitui a responsabilidade penal da pessoa jurídica prevista nos crimes ambientais — art. 225, §3º, CF/88 c/c art. 3º da Lei 9.605/98.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: E SE SURRUIPIOU UM BOMBOM DE UMA LOJA DE CONVENIÊNCIA?

O critério de insignificância, criado por Claus Roxin, é uma técnica de interpretação da lei que permite afastar a incidência da norma penal por entender que embora esteja contida na descrição típica, a conduta não afeta o bem jurídico de modo relevante. Além de ajudar a cumprir a função de intervenção mínima do direito penal, é uma medida de política criminal, já que não se justifica mover a máquina estatal (custo, tempo, pessoal) para perseguir condutas dessa natureza.

A bagatela, como também é chamado, vem sendo aplicada pelos tribunais brasileiros de modo oscilante, tendo o STF estabelecido critérios para sua aferição (ver na seção jurisprudência e leitura complementar):



- a) mínima ofensividade da conduta do agente;
- b) nenhuma periculosidade social da ação;
- c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento;
- d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

O princípio da insignificância é a expressão jurisprudencial da aplicação da lesividade, que é mais abrangente (basta ser pensado como “lesão insignificante ao bem jurídico tutelado”). Geralmente, na prática judicial brasileira, é reconhecido em caso de crimes cometidos sem violência, cujo principal exemplo é o furto de coisa de pequeno valor ou em crimes fiscais de pouca monta, como a evasão de divisas ou a sonegação fiscal.

MÍDIA: Princípio da insignificância: carne, fralda....

STF: 1ª Turma concede HC a mulher condenada por tentativa de furto de pacote de fraldas

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, determinou o trancamento de ação penal contra uma mulher presa em flagrante em março de 2011 e condenada a quatro meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, por tentativa de furto de um pacote de fraldas de um estabelecimento comercial em São Paulo. A decisão foi tomada na sessão desta terça-feira (6) no julgamento do Habeas Corpus (HC) 119672, de relatoria do ministro Luiz Fux.

Confira em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=266156>

CASO: Princípio da insignificância não se aplica a uso e tráfico de drogas

STJ. Agrg no Recurso Especial nº 1.637.113 - SP (2016/0293326-4) . Relator Ministro Jorge Mussi. 06 de abril de 2017 (data do julgamento). O princípio da insignificância não se aplica ao uso e tráfico de drogas. Como esses são crimes de perigo abstrato, é irrelevante a quantidade da substância apreendida. Com base nesse entendimento, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça afastou a insignificância e, em decisão unânime, determinou o recebimento de denúncia por prática de tráfico internacional em razão da importação clandestina de 14 sementes de maconha por remessa postal.

Decisão: <http://s.conjur.com.br/dl/principio-insignificancia-nao-aplica1.pdf>



JURISPRUDÊNCIA

EMENTA: Princípio da insignificância. Identificação dos vetores cuja presença legitima o reconhecimento desse postulado de política criminal. Conseqüente descaracterização da tipicidade penal em seu aspecto material. Delito de furto. Condenação imposta a jovem desempregado, com apenas 19 anos de idade. “Res furtiva” no valor de r\$ 25,00 (equivalente a 9,61% do salário mínimo atualmente em vigor). Doutrina. Considerações em torno da jurisprudência do STF. Pedido deferido.

1. O princípio da insignificância qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade penal.
2. O princípio da insignificância — que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal — tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material.
3. Tal postulado — que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada — apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do poder público.
4. O postulado da insignificância e a função do direito penal: “de minimis, non curat praetor”.
5. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade.
6. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor — por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes — não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

STF. Habeas Corpus nº 84.412-0/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Julgamento: 19/10/04. Publicação: 19/11/2004.



LEITURA COMPLEMENTAR

Confira o artigo do professor de Direito Penal da USP Pierpaolo Bottini: Princípio da insignificância é um tema em construção; para entender como a jurisprudência brasileira tem lidado com a questão. <http://www.conjur.com.br/2011-jul-26/direito-defesa-principio-insignificancia-tema-construcao>



AULA 4: PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL III

Princípio da lesividade. Princípio da adequação social. Princípio da proporcionalidade.

PRINCÍPIO DA LESIVIDADE: A CONDUCTA AFETA DE MODO RELEVANTE O BEM JURÍDICO?

Também chamado de princípio da ofensividade, a lesividade é fundamental pra demarcar o campo do indiferente penal, exigindo que haja, no mínimo, perigo de lesão ao bem jurídico para se configurar o crime. Essa máxima se remete tanto ao legislador, que não deve criminalizar condutas que não ofendam bens jurídicos; quanto ao juiz, que deve verificar no caso concreto se houve lesão relevante ao bem jurídico.

A classificação dos crimes será estudada adiante, mas uma distinção se faz importante pra delimitar o alcance do princípio da lesividade e introduzir uma divergência doutrinária acerca da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. Os crimes de perigo (potencial lesão ao bem jurídico) se dividem em crimes de perigo abstrato (ou presumido) e concreto.

Conforme art. 306 do CTB (Código de Trânsito Brasileiro, lei 9.503/97) é crime conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência. Isso significa que o mero ato de conduzir bêbado pressupõe, pela descrição típica, um perigo. Aqueles que advogam pela inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, defendem que para configurar crime, deve haver um perigo concreto ao bem jurídico, ou seja, que no caso do exemplo acima o motorista deve não somente estar dirigindo em desacordo com as normas de trânsito como ter colocado um bem jurídico (ex. integridade física de pedestre) em perigo. Assim, não responderia penalmente (numa concepção estrita de responsabilidade penal subjetiva) aquele que, mesmo bêbado, dirige com cautela; ou ainda que sem cautela, não coloque em perigo um bem jurídico, fazendo-o, por exemplo, em um local ermo, desabitado, sem risco a vidas e patrimônios alheios.

PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL: ISSO AINDA É CRIME?

Concebido por Hans Welzel, a adequação social é um princípio geral de interpretação da norma penal que procura estabelecer uma relação de atualização da norma incriminadora sob a ótica da relevância social e desvalor do comportamento.



A sua razão é evitar que comportamentos socialmente aceitos ou tolerados sejam criminalizados. Basta imaginar que sem essa concepção de adequação do direito penal, um *topless* em praia não naturista poderia configurar crime de ato obsceno.

O grande dilema é saber se a norma penal pode deixar de ser aplicada por desuso, ou seja, se o reconhecimento do costume pode dar ensejo a uma descriminalização tácita. Na prática o que ocorre geralmente é que a própria persecução criminal, nesses casos, diminui e a punição de um caso isolado acaba se tornando injusta diante do grau de irrelevância social da condenação.

Fato é que o princípio é pouco usado, uma vez que sua indeterminação gerou novos critérios de aferição mais depurados e menos subjetivos quando da sua aplicação pelo juiz. Geralmente se aplicam em casos de evidente anacronismo da norma penal em questões morais, como o não reconhecimento do adultério como crime mesmo antes da sua revogação em 2005. Não se tem aplicado a adequação social em casos de violação de direito autoral, conforme decisões do STJ.

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Segundo Juarez Cirino dos Santos, do ponto de vista do direito penal, o princípio da proporcionalidade se desdobra em três princípios parciais que podem ser resumidos na formulação de três questões (ver, nesses exatos termos: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 27):

- 1) princípio da adequação: a pena criminal é um *meio adequado* (entre outros) para realizar o *fim* de proteger um bem jurídico?
- 2) princípio da necessidade: a pena criminal (meio *adequado* entre outros) é, também, *meio necessário* (outros meios podem ser adequados, mas não seriam necessários) para realizar o *fim* de proteger um bem jurídico?
- 3) princípio da proporcionalidade em sentido estrito: a pena criminal cominada e/ou aplicada (considerada meio adequado e necessário), é proporcional à natureza e extensão da lesão abstrata e/ou concreta do bem jurídico?

A proporcionalidade deve ser critério tanto da cominação da pena (criminalização primária), quanto na aplicação da mesma (criminalização secundária). No primeiro caso, deve ser avaliada não só a relação entre o grau de afetação ao bem jurídico que a conduta incriminada representa e a sua respectiva pena em abstrato (definição da escala da pena); mas também a relação das penas aplicadas aos diversos crimes entre si, para que não haja, por exemplo, aplicação de penas maiores para delitos patrimoniais do que



para delitos que ofendam a vida, integridade física e liberdade. No segundo caso, deve o juiz ponderar o contexto social e o grau de culpabilidade do agente quando da dosimetria da pena.

MÍDIA

POLÍCIA PRENDE TRÊS POR EXPLORAÇÃO DE PROSTITUIÇÃO EM TERMAS NA ZONA SUL

Entre os detidos, dois permanecem presos e um foi liberado após fiança. Operação do Ministério Público ocorreu em Copacabana e Ipanema.

Duas mulheres e um homem, que trabalhavam como gerentes, foram presos em flagrante na madrugada desta sexta-feira (15), por explorar a prostituição em termas de Copacabana e Ipanema, na Zona Sul do Rio, segundo a Polícia Civil.

Doze termas foram percorridas pela operação, desencadeada às 22h pelo Ministério Público, com o apoio de cem policiais de policias da 12ª DP (Copacabana) e da Coordenadoria de Segurança e Inteligência (CSI).

Permanecem presos dois gerentes: da Centauros, em Ipanema, e da Termas L'uomo, em Copacabana. Um outro gerente da Centauros foi preso, mas acabou solto após pagamento de fiança. Segundo o MP, havia 90 garotas de programa no local, onde foram apreendidos R\$ 290 mil, além de uma pequena quantidade de euros e dólares. Na termas L'uomo, os policiais encontraram R\$ 3 mil e um gerente foi preso.

Em sete termas houve apreensão de documentos e computadores por apresentarem irregularidades. Os mandados de busca e apreensão foram expedidos pela 5ª Vara Criminal.

Os outros locais vasculhados foram Copacabana Termas Spa, Café Sensoo, La Cicciolina, Barbarella, Erotika, Don Juan, Termas Casablanca, Boate Miami Show, Boate Calábria e Boate 204, todas situadas em Copacabana.

De acordo com o Ministério Público, o objetivo da ação foi arrecadar provas para a fundamentação de uma ação penal contra os donos dos estabelecimentos. O crime previsto é de exploração da prostituição, cuja pena é de 2 a 5 anos de prisão.

De acordo com o MP, “há certa tolerância e indiferença com os prostíbulos”. No requerimento encaminhado à Justiça, os promotores alertaram que, na maioria dos casos, “esses estabelecimentos são utilizados não só para fins de exploração sexual, mas também para exploração sexual de adolescentes, lavagem de dinheiro de grupos mafiosos, tráfico de drogas, porte de armas de fogo e corrupção policial”.

Fonte: G1-globo.com. 15 de junho de 2012.

<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2012/06/policia-prende-tres-por-exploracao-de-prostituicao-em-termas-na-zona-sul.html>



CASO: PIRATARIA E ACEITAÇÃO SOCIAL

Absolvição de dois camelôs (denunciados pela prática do delito previsto no artigo 184, parágrafo 2º do Código Penal,) fundamentada no Princípio da Adequação Social.

Ação Penal - Procedimento Ordinário- Violação de Direito autoral. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Comarca de São Miguel Arcanjo. 05 de maio de 2017 (data do julgamento)

Decisão: <http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-camelo.pdf>

JURISPRUDÊNCIA

Posição dominante no STJ sobre o crime de *Casa de Prostituição*.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. INAPLICABILIDADE. REEXAME DE PROVA. AUSÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - De acordo com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, não se aplica o princípio da adequação social aos crimes de favorecimento da prostituição ou manutenção de casa de prostituição.

II - Decisão agravada que deve ser mantida por seus próprios fundamentos, uma vez que as razões do agravo regimental não cuidam de infirmar os fundamentos da decisão recorrida.

III- Agravo regimental desprovido.

Processo: AgRg no REsp 1508423/MG. Relator(a): Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP). Órgão Julgador: SEXTA TURMA. Data do Julgamento: 01/09/2015.

NÃO INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL PARA O CRIME DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTRAL

EMENTA: Violação de direito autoral (art. 184, § 2º, do código penal). Venda de mídias “pirateadas”. Adequação social da conduta. Inexistência. Princípio da insignificância.

1. O fato de estar disseminado o comércio de mercadorias falsificadas ou “pirateadas” não torna a conduta socialmente aceitável, uma vez que fornecedores e consumidores têm consciência da ilicitude da atividade,



a qual tem sido reiteradamente combatida pelos órgãos governamentais, inclusive com campanhas de esclarecimento veiculados nos meios de comunicação.

2. A exposição de 171 CDs e 72 DVDs falsificados, em estabelecimento comercial, demonstra a existência de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, afastando a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância. 3. Ordem denegada

STJ. Habeas Corpus nº 187.456/TO. Relatora Ministra Laurita Vaz. Quinta Turma. Julgamento: 13/12/2011. Publicação: 01/02/2012.

LEITURA COMPLEMENTAR

Sobre os sistemas político-jurídicos de enquadramento da prostituição — proibicionista, abolicionista e regulador — confira o texto: *Prostituição: diferentes posicionamentos no movimento feminista*, disponível em: <http://www.umarfeminismos.org/images/stories/pdf/prostituicaomantavares.pdf>



AULA 5: PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL IV

Princípio da individualização da pena. Princípio da limitação das penas. Princípio da dignidade da pessoa humana. **Conclusão das aulas sobre *Princípios do Direito Penal***. Dúvidas.

PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A individualização da pena é prevista no art.5º, XLVI, da CR e visa estabelecer uma forma de personalização gradativa da resposta punitiva do Estado. A individualização ocorre em três momentos:

- a) legislativo — escolha das espécies de penas e previsão dos regimes de cumprimento
- b) judiciário — fixação da pena e determinação do regime de cumprimento, conforme art. 59 do CP
- c) executivo — regula o cumprimento da pena, conforme prevê a LEP.

A questão mais importante em que o STF reconheceu o alcance da individualização da pena se trata na gradativa mitigação dos efeitos da Lei de Crimes Hediondos — L.8072/90. Essa lei previa em seu art.2º, §1º, que a pena seria cumprida em regime integralmente fechado, o que foi considerado inconstitucional por cercear o poder-dever do juiz de individualizar a pena, ferindo o caráter necessariamente progressivo do cumprimento da pena. Outras decisões recentes têm sido proferidas no sentido de impedir que o legislador ordinário crie limitações à individualização da pena fora das previsões constitucionais, notadamente as previstas na Lei de Crimes Hediondos e na Lei de Drogas — L.11.343/06.

PRINCÍPIO DA LIMITAÇÃO DAS PENAS

Derivado da dignidade da pessoa humana (art.1º, III, da CR) em direito penal, o também chamado princípio da humanidade reflete a necessidade de limitação das penas e prescreve forma de tratamento ao preso que respeitem os direitos humanos. Daí a vedação expressa de cominação, aplicação e execução de penas de morte, perpétuas, de trabalhos forçados, de banimento, e cruéis, conforme prevê o art. 5º, XLVII da CR (além de tratados internacionais como o *Pacto de San José da Costa Rica*).



Da mesma forma, ao preso deve ser assegurado o respeito à integridade física e moral, em observância ao disposto no art. 5º, XLIX da CR (especificados em artigos da L. 7210/84 — Lei de Execuções Penais — LEP, como os art. 3º, 40, 88).

Uma das aplicações práticas da limitação das penas é fazer com a medida de segurança encontre o mesmo limite máximo previsto para a pena, ou seja, 30 anos, suprindo a indeterminação inconstitucional prevista no art. 97, §1º do CP. Embora medida de segurança não seja pena, implica em evidente restrição à liberdade. Sobre o tema, confira a decisão abaixo proferida no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

MEDIDA DE SEGURANÇA E LIMITAÇÃO TEMPORAL — STF

A Turma iniciou julgamento de habeas corpus em que se pretende a extinção de medida de segurança aplicada à paciente, diagnosticada como doente mental pela prática do delito de homicídio, cujo cumprimento, em hospital de custódia e tratamento, já ultrapassara trinta anos. A impetração é contra decisão do STJ que indeferira a mesma medida, sob o fundamento de que a lei penal não prevê limite temporal máximo para o cumprimento da medida de segurança, somente condicionada à cessação da periculosidade do agente. Sustenta-se, na espécie, com base no disposto nos artigos 75 do CP e 183 da LEP, estar a medida de segurança limitada à duração da pena imposta ao réu, e que, mesmo persistindo a doença mental e havendo necessidade de tratamento, após a declaração da extinção da punibilidade, este deve ocorrer em hospital psiquiátrico, cessada a custódia. O Min. Marco Aurélio, relator, deferiu o writ para que se implemente a remoção da paciente para hospital psiquiátrico da rede pública, no que foi acompanhado pelos Ministros Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau. Considerou que a garantia constitucional que afasta a possibilidade de ter-se prisão perpétua se aplica à custódia implementada sob o ângulo de medida de segurança, tendo em conta, ainda, o limite máximo do tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade a que alude o art. 75 do CP, e o que estabelece o art. 183 da LEP, que delimita o período da medida de segurança ao prever que esta ocorre em substituição da pena, não podendo, dessa forma, ser mais gravosa do que a própria pena. Com base nisso, concluiu que, embora o §1º do art. 97 do CP disponha ser indeterminado o prazo da imposição de medida de segurança, a interpretação a ser dada a esse preceito deve ser teleológica, sistemática, de modo a não conflitar com as mencionadas previsões legal e constitucional que vedam a possibilidade de prisão perpétua. Após, pediu vista dos autos o Ministro Sepúlveda Pertence. (CP: “Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos. ... Art. 97. ... §1º A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante

perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de um a três anos.”; LEP: “Art. 183. Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança.”). HC 84219/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 9.11.2004. (HC-84219)

Outro instituto polêmico é o RDD — Regime Disciplinar Diferenciado, instituído pela lei 10.792 (art. 52), que tem gerado forte reação doutrinária quanto a sua constitucionalidade, por ferir o objetivo ressocializador da execução penal.

A limitação das penas, cláusula pétrea, também enseja a impossibilidade de previsão legal de penas de morte ou perpétua, bem como outras cruéis, como esterilização.

MÍDIA: Documentário “Sem pena”

JURISPRUDÊNCIA

Individualização da pena

EMENTA: Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.
2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.
3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.



4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.
5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado“. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.

STF. Habeas Corpus nº 111.840/ES. Relator Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma. Julgamento: 27/06/12.



AULA 6: APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO TEMPO

Princípio da extra-atividade da lei penal. Ultra-atividade. Retroatividade.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA (ESCOLHA, NO MÍNIMO, UMA LEITURA):

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. Vol. 1. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pgs. 160-174.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, pgs. 47-55.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral e parte especial*. 4ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pgs. 93-110.

BIBLIOGRAFIA AVANÇADA:

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2ª Ed. Trad.: Diego-Manuel Luzon Peña *et. al.* Madrid: Editorial Civitas, 1997, pgs. 161-169.

APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO TEMPO: QUAL A LEI APLICÁVEL?

A regra geral de aplicação da lei é a *tempus regit actum*, ou seja, se aplica a lei vigente ao tempo do fato (princípio da atividade). O código penal brasileiro considera o tempo do crime o momento da ação ou omissão, ainda que o resultado tenha se dado em momento diverso (art.4º do CP). Na prática, o aplicador da lei deve saber a data do crime e procurar a legislação vigente à época. Caso a lei tenha sido revogada, deve identificar qual a lei mais favorável no caso concreto. Se mais benéfica, retroage; se mais gravosa, não retroage.

As normas de aplicação da lei penal são destinadas a regular as situações de conflito que se colocam a partir da sucessão de leis penais no tempo que não seguem essa regra geral.

Corolário do princípio da legalidade a lei penal incriminadora deve ser anterior ao fato e, portanto, se posterior, é irretroativa (art.5º, XXXIX, da CR e art.1º do CP). A irretroatividade é um postulado fundamental que confere



segurança jurídica e impede que juízos de exceção provocados por comoção punitiva atinjam fatos pretéritos. A irretroatividade da lei penal mais grave se aplica não só a criação de novos crimes, mas também ao aumento da pena ou qualquer agravamento da situação do infrator como: regime de cumprimento de pena mais rígido, aumento do prazo prescricional ou qualquer outro que afete os direitos de liberdade do réu.

A exceção é a lei penal mais benéfica (art.5º, XL, da CR e art. 2º, parágrafo único, do CP) que alcançará tanto fatos pretéritos a vigência da lei, ainda que alcançados por sentença condenatória transitada em julgado, quanto fatos posteriores a sua revogação (princípio da extra-atividade). O fundamental é reconhecer qual a lei mais favorável ao infrator e estabelecer uma comparação: a) quando a lei revogadora é mais benéfica, será retroativa; b) quando a lei revogada é mais benéfica, ela terá ultra-atividade, aplicando-se aos fatos cometidos durante sua vigência (nesses termos, ver: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. Vol. 1. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.163).

HIPÓTESES DE CONFLITO

Quatro são as hipóteses de conflito:

- 1) *Abolitio criminis* — é a descriminalização de determinada conduta por lei nova que deixa de considerar crime conduta anteriormente tipificada como ilícito penal. Ela apaga qualquer efeito da lei penal incriminadora, da pena em cumprimento, passando pelo processo e chegando até a própria anotação na ficha criminal do indivíduo, não podendo ser considerada para configurar reincidência ou maus antecedentes;
- 2) *Novatio legis* incriminadora — é a hipótese inversa, ou seja, lei nova que tipifica conduta que antes não era considerada crime. Consagrando a anterioridade da lei penal, não se aplica a fatos anteriores a sua vigência;
- 3) *Lex mitior* — lei posterior que melhora a situação do sujeito. Corolário da retroatividade da lei mais benigna, como consagrado na Constituição de 1988, a lei posterior mais benéfica *sempre* retroage, alcançando inclusive os fatos já alcançados por decisão condenatória já transitada em julgado. Diferencia-se da *abolitio criminis*, uma vez que aqui não é a conduta, mas outras circunstâncias que são modificadas pela nova lei como: pena ou tempo de prescrição;
- 4) *Lex gravior* — lei posterior que agrava a situação do sujeito. A lei mais gravosa não retroage, aplicando-se apenas aos fatos ocorridos após sua vigência. Aos fatos anteriores a lei mais gravosa, se aplica a lei anterior mais benigna (ultra-atividade da lei mais benigna).



CONTROVÉRSIAS

Ultra-atividade das leis penais temporárias ou excepcionais

Conforme previsto no art.3º do CP, as leis penais temporárias (que preveem um prazo pré-determinado de vigência) ou excepcionais (que preveem a vigência de determinada lei penal enquanto durarem situações de emergência como: enchente, terremoto) se aplicam ao fato praticado sob sua vigência, ainda que revogadas.

Parte majoritária da doutrina entende que não se aplica a retroatividade de lei para beneficiar o réu, porque as situações tipificadas são diversas, permanecendo a razão temporária de incriminação ou agravamento da punição. Parte minoritária entende que a exceção prevista no art.5º, XL, da CR é incondicional e que todos os efeitos da lei penal temporária, quando perder vigência, devem ser cassados.

Combinação de leis

Divide-se a doutrina e a jurisprudência quanto à possibilidade de conjugar leis em benefício do réu, ou seja, considerar parte de cada lei em conflito para aplicar uma solução em concreto mais vantajosa. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 596.152/SP (13/10/2011), o STF se dividiu (5 ministros foram à favor e 5 foram contra, prevalecendo o benefício ao réu) na questão da possibilidade de combinação de leis no que tange ao crime de tráfico de drogas (confira jurisprudência *infra*).

Leis processuais

Outra discussão que tem gerado grande debate é o alcance das regras de aplicação da lei penal no tempo, se atingiriam somente as leis penais materiais, ou também determinadas normas processuais. Primeira maneira segura é identificar se a questão objeto de disputa está prevista ou não no código penal. Dessa forma, além da incriminação e da pena, também se incluem, ainda que de caráter processual, situações que envolvam a ação penal, regime de cumprimento de pena, causas extintivas de punibilidade e prescrição.

A segunda é saber se, ainda que de cunho processual, a questão envolve o direito de liberdade do acusado, como regras para a decretação de prisão provisória. Nesses dois casos a lei retroage para beneficiar o réu. A terceira maneira é identificar se as leis processuais em questão são fundamentais ao direito de ampla defesa e ao contraditório do acusado. Nessa hipótese a doutrina e jurisprudência não tem uma posição unânime, mas sendo uma tendência considerar que essas normas têm caráter híbrido e, portanto, não são meros procedimentos, mas verdadeira garantia do acusado.



MÍDIA: Ministra Cármen Lúcia quer chegar a 1000 júris de feminicídio (Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015)

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=384095>, 16 de julho de 2018.

CASO: QUANDO EU FIZ NÃO ERA ASSIM

Irretroatividade da *lex gravior* (lei mais gravosa), Lei 11.464/07, que aumentou o prazo para progressão de regime do apenado (STJ. HC nº 174317/ SP. Relator Ministro Gilson Dipp. Quinta Turma. Julgamento: 14/06/2011. Publicação: 01/07/2011).

JURISPRUDÊNCIA

Combinação de leis: Recurso Extraordinário nº 596.152/SP

EMENTA: Recurso Extraordinário. Constitucional. Penal. Tráfico de entorpecentes. Causa de diminuição de pena, instituída pelo § 4º do art. 33 da lei 11.343/2006. Figura do pequeno traficante. Projeção da garantia da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Conflito intertemporal de leis penais. Aplicação aos condenados sob a vigência da lei 6.368/1976. Possibilidade. Princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica (inciso XL do art. 5º da carta magna). Máxima eficácia da Constituição. Retroatividade alusiva à norma Jurídico-positiva. Ineditismo da minorante. Ausência de Contraposição à normação anterior. Combinação de Leis. Inocorrência. Empate na votação. Decisão mais Favorável ao recorrido. Recurso desprovido.

1. A regra constitucional de retroação da lei penal mais benéfica (inciso XL do art. 5º) é exigente de interpretação elástica ou tecnicamente “generosa”.
2. Para conferir o máximo de eficácia ao inciso XL do seu art. 5º, a Constituição não se refere à lei penal como um todo unitário de normas jurídicas, mas se reporta, isto sim, a cada norma que se veicule por dispositivo embutido em qualquer diploma legal. Com o que a retroatividade benigna opera de pronto, não por mérito da lei em que inserida a regra penal mais favorável, porém por mérito da Constituição mesma. (...).



AULA 7: APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO ESPAÇO

Princípio da territorialidade. Princípio da extraterritorialidade.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA (ESCOLHA, NO MÍNIMO, UMA LEITURA):

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. Vol. 1. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pgs. 175-195.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, pgs. 36-46.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*: parte geral e parte especial. 4ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pgs. 114-140.

BIBLIOGRAFIA AVANÇADA:

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal*: parte general. 2ª Ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, pgs. 175-186.

APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO ESPAÇO: A LEI DE QUE PAÍS É APLICÁVEL?

A validade da lei penal não se refere apenas ao tempo, mas também ao espaço em que ela pode ser aplicada. O território delimita a jurisdição que um Estado soberano tem para processar e julgar os crimes. Existem casos específicos, porém, em que há um interesse na persecução criminal que justifica a ampliação da jurisdição, esses são os casos em que se aplica o critério de extraterritorialidade.

O estudo da aplicação da lei no espaço, portanto, se resume em entender o que o conceito de território engloba e especificar as hipóteses que, embora se encontrem fora dessa abrangência, ainda assim são considerados de competência da justiça brasileira. A matéria pode ser bem entendida se for feita uma análise detida do próprio Código Penal.



TERRITORIALIDADE

O critério geral da territorialidade prevê que a lei penal é aplicada ao crime cometido em território nacional (art. 5º, *caput*, CP). Território brasileiro é a faixa de terra e mar territorial (12 milhas contadas do litoral), e todo o espaço aéreo e subsolo correspondente. Para efeitos penais, as embarcações e aeronaves públicas são consideradas extensão do território brasileiro, e as privadas também o são quando localizadas em alto mar ou em seu espaço aéreo correspondente (art.5º, §§ 1º e 2º, CP).

O Brasil adota a teoria da ubiquidade, ou seja, tem competência para processar e julgar os crimes em que a ação ou o resultado ocorreram ou deveriam ocorrer (segundo o plano do agente) em território nacional (art. 6º, CP), evitando que o crime deixe de encontrar resposta penal (conflito negativo de jurisdição). Como medida de justiça, entretanto, computa a pena cumprida pelo mesmo fato no estrangeiro (art.8º, CP).

A principal exceção à territorialidade se dá no caso de imunidade diplomática, que garante aos agentes diplomáticos serem processados em seus países de origem e garante a inviolabilidade das embaixadas.

ENTRETANTO, HÁ DETERMINADOS CRIMES QUE A LEGISLAÇÃO PREVÊ A POSSIBILIDADE DE PERSECUÇÃO, AINDA QUE FORA DO TERRITÓRIO BRASILEIRO. SÃO MOTIVOS QUE JUSTIFICAM ESSA APLICAÇÃO NOS CASOS DE DEFESA NACIONAL (ART.7º, I, CP), NACIONALIDADE DO AGENTE ATIVO (ART.7º, II, B) OU PASSIVO (ART. 7º, §3º) COMPETÊNCIA UNIVERSAL DE CARÁTER HUMANITÁRIO (ART.7º, II, A).

Essas hipóteses se dividem em:

- a) Incondicionadas (art.7º, §1º, CP), quando a lei brasileira sempre se aplica.
- b) Condiionadas (art.7º, §2º, CP), quando a lei brasileira só pode ser aplicada se previstas as condições objetivas de punibilidade do art.7º, §2º, CP.

LEI Nº 13.445/2017: LEI DE MIGRAÇÃO.

O que fazer quando alguém que comete um crime em outro país e vem para o Brasil? Para dar conta desse problema é que surgiu uma obrigação internacional de cooperação em âmbito penal, a extradição. Não basta, entretanto, que ocorra esse mero fato para que o Brasil entregue o indivíduo a justiça estrangeira. O direito brasileiro prevê, para que isso ocorra, algumas condições, na forma dos art. 82 e 83 da Lei 13.445/2017.



Não se deve confundir, entretanto, extradição com deportação ou expulsão. Seguem diferenças entre esses institutos:

QUADRO COMPARATIVO ENTRE DEPORTAÇÃO, EXPULSÃO E EXTRADIÇÃO

MEDIDAS QUE OBRIGAM A PESSOA A DEIXAR O PAÍS	NATUREZA JURÍDICA E FUNDAMENTO	PREVISÃO LEGAL — LEI DE MIGRAÇÃO
Deportação	Medida administrativa de retirada compulsória: situação migratória irregular em território nacional (Ex. expirar prazo do visto)	Art. 50 a 53 da Lei 13.445/2017
Expulsão	Medida administrativa de retirada compulsória: condenação com sentença transitada em julgado relativa à prática de alguns crimes	Art. 54 e 60 da Lei 13.445/2017
Extradição	Medida de Cooperação jurídica internacional em âmbito penal — entrega de acusado/condenado para que seja julgado/cumpra pena em outro país	Art. 81 e ss da Lei 13.445/2017

Para estudo de outros assuntos afins a aplicação da lei penal no espaço como imunidade diplomática e parlamentar ou Tribunal Penal Internacional ver a parte final do capítulo XI do livro de Cezar Roberto Bitencourt, que trata do assunto e aponta bibliografia especializada.

MÍDIA: Brasileiro punido em território estrangeiro por crime praticado fora do Brasil

Rodrigo Gularte, executado na Indonésia, é enterrado em Curitiba

Corpo do paranaense foi sepultado na tarde deste domingo (3 de maio de 2015). Ele foi condenado à pena de morte por tráfico de drogas na Indonésia.

Disponível em: <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2015/05/rodrigo-gularte-executado-na-indonesia-e-enterrado-em-curitiba.html>



CASO: MATOU NO URUGUAI E VEIO PARA O BRASIL

Aplicação do princípio da extraterritorialidade em homicídio praticado por brasileiro no exterior (STJ. Conflito de Competência nº 104342/SP. Relatora Ministra Laurita Vaz. Terceira Secção. Julgamento: 10/06/2011. Publicação: 26/08/2009).

**BLOCO II — TEORIA DO CRIME****AULAS 8 E 9: TEORIA DO CRIME**

Classificação dos Crimes: crime de dano/lesão e de perigo (abstrato/presumido e concreto); crime material, formal e de mera conduta; crime comum, próprio e de mão própria.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA (ESCOLHA, NO MÍNIMO, UMA LEITURA):

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. Vol. 1. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pgs. 205-215, Capítulo XIII — Conceito de crime.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*: parte geral e parte especial. 4ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pgs. 158-176, Capítulo XII — Crime.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Vol. I. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, pgs. 135-145, Capítulo 20 (não abrange o tema da *classificação dos crimes*).

BIBLIOGRAFIA AVANÇADA SOBRE CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES/TIPOS PENAIS:

ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. 2ª Ed. Trad.: Diego-Manuel Luzon Peña *et. al.* Madrid: Editorial Civitas, 1997, pgs. 327-341, *Clases de tipos*.

INTRODUÇÃO

A teoria do crime é o núcleo dogmático do direito penal. Toda a história científica do direito penal gira em torno da discussão sobre a teoria do delito, mais precisamente sobre os elementos que a compõe e o seu alcance.



Na prática, o que se busca entender é se há crime ou não, ou seja, diante de uma descrição fática se extrair os elementos necessários à configuração ou não do crime.

Tomaremos por objeto de estudo o conceito analítico de crime, mostrando sua utilidade e pontuando seus elementos. Para entender o que é crime, entretanto, é preciso saber que tipos de crimes existem, e por isso será apresentada a classificação de crimes.

CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME

O crime é uma ação ou omissão humana, típica, antijurídica e culpável. Essa é uma das máximas do direito penal que corresponde ao conceito analítico de crime, que remonta ao modelo clássico Liszt-Beling-Radbruch. Mas por que conceituar o delito dessa maneira e não de outra?

Muitas foram as respostas já oferecidas sobre o que seria o crime, dentre as quais se destacam: a ação ou omissão proibida por lei, sob a ameaça de pena (conceito formal); ou a ação ou omissão que contraria valores ou interesses do corpo social, exigindo sua proibição com ameaça de pena (conceito material). Esses conceitos, entretanto, não ajudam em nada a tarefa de verificar no mundo dos fatos se determinadas condutas podem ou não serem consideradas crime. Basta pensar que crime seria simplesmente, no conceito formal, o que a lei diz que é ou ainda, com base no conceito material, aquilo que a sociedade considera crime.

Exatamente com o intuito de permitir essa verificação foi criado um conceito que implicasse numa análise sistemática do delito, dividindo-o em elementos dispostos em ordem de avaliação. Esses elementos são as características essenciais que todo o crime deve ter para ser considerado como tal. Eles podem ser dispostos segundo algumas perguntas direcionadas ao fato, sem o qual não se verifica o crime:

- a) Houve alguma conduta humana?
- b) Essa conduta é individualizada em algum tipo penal (algum dos crimes previstos pela legislação penal)?
- c) Essa conduta individualizada em algum tipo penal é antijurídica (não possui alguma causa de justificação, ex. legítima defesa)?
- d) Essa conduta individualizada em algum tipo penal e que não possui nenhuma causa de justificação, é imputável ao agente/reprovável ao autor?



Assim, se não houver conduta, não há que se perguntar se o fato é típico. Se o fato não é previsto em lei como crime não há que justificá-lo, e assim por diante. Esse é um conceito que vai da conduta (ação, típica e antijurídica — que formam o injusto penal) ao autor (culpabilidade — que se refere à reprovabilidade da conduta do agente). Conforme ensina a doutrina (ver nesses termos: ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007, p.340-341):

Delito é uma conduta humana individualizada mediante dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária à ordem jurídica (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que agisse de maneira diversa diante das circunstâncias, é reprovável (culpável).

CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES

Crime e Contravenção

Crime e contravenção penal são espécies do gênero infração penal. Crime é conduta considerada mais grave, prevista na parte especial do Código Penal e em leis esparsas e que prevê como modalidades de pena privativa de liberdade, a reclusão e a detenção. As contravenções são consideradas menos graves (ex. explorar jogo do bicho), estão previstas no Decreto-lei n° 3.914/41, e que prevê a pena privativa de liberdade na forma de prisão simples.

De dano e de perigo

O crime é de dano quando se verifica a lesão efetiva ao bem jurídico tutelado (ex. lesão corporal). Crime de perigo é aquele em que apenas se configura uma potencialidade lesiva, ou seja, a criação de uma situação que coloque o bem jurídico em risco.

Os crimes de perigo se subdividem em perigo abstrato (ou presumido) e concreto. Os de perigo abstrato presumem a potencialidade lesiva da conduta, não sendo preciso provar o efetivo risco ao bem jurídico (ex. dirigir embriagado). Os de perigo concreto exigem a comprovação de efetiva colocação em risco do bem jurídico (ex. crime de incêndio — art.250 do CP, que prevê expressamente a exposição a perigo da vida, integridade física e patrimônio de outrem).



Material, formal e de mera conduta

Para diferenciar o crime material do formal e de mera conduta é preciso observar o resultado. No crime material o resultado integra o tipo penal, ou seja, para se configurar o crime é necessário que ocorra uma determinada mudança no mundo natural. Para que se configure o homicídio é preciso que a vítima tenha efetivamente morrido. A ação e o resultado são distinguíveis no tempo, subsistindo em caso de não ocorrência do resultado a tentativa.

No crime formal, embora preveja resultado, basta a ação para que o crime se consuma (ou seja, para que a conduta possa ser juridicamente considerada crime, se torne definitivo), como no caso da ameaça. Já os de mera conduta são aqueles que o legislador prevê somente a ação, como no caso da violação do domicílio e da desobediência.

Comum, próprio e de mão própria

O critério de aferição para essa classificação é o sujeito ativo do crime. No crime comum o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa (ex. roubo ou lesão corporal). O crime próprio exige uma qualidade especial do agente, por exemplo, ser funcionário público, como no crime de peculato (art. 312 do CP). Já o crime de mão própria é aquele que só pode ser cometido pelo agente em pessoa, sem a possibilidade de ser cometido por intermediários (ex. falso testemunho). Diferencia-se do crime próprio, uma vez que qualquer pessoa, desde que por si mesma, pode cometer o crime.

MÍDIA

Eles já caíram na Lei Seca

O efeito 'tolerância zero' é uma das armas da Operação Lei Seca, que faz questão de divulgar os nomes de famosos (...).

Disponível em: <http://veja.abril.com.br/galeria-fotos/eles-ja-cairam-na-lei-seca/>

CASO: "MAS EU NÃO MACHUQUEI NINGUÉM! — NÃO INTERESSA! É PERIGOSO E PONTO!"

Delito de embriaguez ao volante. Crime de perigo abstrato. Constitucionalidade do crime de perigo abstrato.

STF. Habeas Corpus nº 109.269/MG. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. Julgamento: 27/09/11.



AULA 10: FATO TÍPICO I. TEORIA DA CONDUTA. AÇÃO E OMISSÃO PENALMENTE RELEVANTE

BIBLIOGRAFIA BÁSICA (ESCOLHA, NO MÍNIMO, UMA LEITURA):

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, pgs. 81-101, Capítulo 6.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Vol. I. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, pgs. 147-154, Capítulo 21.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. Vol. 1. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pgs. 216-241, Capítulo XIV e XV.

BIBLIOGRAFIA AVANÇADA

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2002, Capítulo XI — *La acción como carácter genérico del delito* — pgs. 399-429.

TEORIA DA CONDUTA

Parte fundamental do conceito analítico de crime é a teoria da conduta. É investigando a definição da ação que se chegou aos principais modelos da teoria do delito (causalismo, finalismo e funcionalismo). Não cabe refazer toda a história dessa teoria, mas apenas pontuar o principal momento de mudança de perspectiva sobre o conceito de ação da qual ainda somos herdeiros, que é representada pela passagem do causalismo ao finalismo (para um panorama geral das teorias da conduta e sua evolução ver: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, pgs. 81-96, Capítulo 6 e BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. Vol. 1. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pgs. 216-228, Capítulo XIV e XV).

O causalismo, defendido por Liszt e Beling, definia ação como produção de um resultado no mundo exterior por um comportamento humano voluntário. É um conceito mecanicista influenciado pelas ciências naturais que concebia a ação de modo puramente objetivo. Vontade, nesse sentido, equivalia à mera consciência.



Foi Welzel quem, opondo-se a essa teoria, criou o conceito final de ação, segundo o qual ação é exercício de atividade final. Assim, o plano do agente (a intenção) tornou-se fundamental para caracterizar a ação, como vontade que dirige o acontecimento causal. Nas palavras de Welzel, “a finalidade é vidente, a causalidade é cega”. Assim, a ação ganha uma dimensão de finalidade: previsão do resultado, escolha dos meios de execução e ação concreta no sentido de realizar esse fim.

Mas por que se dedicar a especulação filosófica do que seria a ação? Os penalistas queriam com isso unificar em uma definição todas as condutas penalmente relevantes, englobando ação e omissão (hipótese em que o direito penal pune um não fazer do sujeito). Pretendiam também fundamentar o delito a partir de um elemento básico que pudesse conectar o conceito de crime com um dado real, a ação humana. Planejavam, ainda, delimitar a ação humana, excluindo determinados fatos que não poderiam ser atribuídos a pessoa.

AÇÃO E OMISSÃO PENALMENTE RELEVANTE

Para efeitos práticos, entretanto, existem na verdade determinadas condutas puníveis eleitas como crime, ações que o direito penal dá um significado através do tipo penal (descrição legal do fato punível, ex. furto, homicídio, roubo), prevendo uma determinada pena como sanção. Essas condutas configuram a ação e omissão penalmente relevante, constituindo as demais ações, indiferentes penais próprios da reserva legal como espaço de liberdade que deve ser garantido ao indivíduo.

Portanto, quatro são as perguntas fundamentais: quem são os sujeitos da ação? Quando não se verifica a ação? Qual a diferença entre ação e omissão? Quais as espécies de omissão?

Os sujeitos da ação

O crime pressupõe um agente (chamado comumente de criminoso ou delinquente) e uma vítima. Aquele que realiza a conduta descrita no tipo penal é o sujeito ativo, chamado de indiciado (quando ainda da investigação policial), réu (quando responde a processo), condenado (depois da sentença condenatória) ou preso (quando está cumprindo a pena). O sujeito passivo é aquele que sofre a ação do agente, o titular do bem jurídico ofendido, que pode ser tanto uma pessoa física quanto o próprio Estado (no caso, por exemplo, dos crimes contra a administração pública) ou ainda uma determinada coletividade (crimes contra a organização do trabalho, o consumidor, a saúde pública).



Ausência de conduta

Existem hipóteses em que, ainda que exista uma determinada modificação no mundo, o indivíduo atua como mero instrumento, sem vontade ou qualquer consciência sobre o fato. Essas hipóteses configuram ausência de ação e são as seguintes:

- a) Coação física irresistível — nesse caso o indivíduo tem seu corpo utilizado como instrumento, mera massa mecânica dirigida pela vontade de outra pessoa que deu causa ao fato;
- b) Movimentos reflexos — atos reflexos que não dependem da vontade do indivíduo, como a reação ao encostar numa superfície muito quente;
- c) Estados de inconsciência — como o sonambulismo, hipnose e embriaguez absoluta involuntária.

Diferença entre ação e omissão

A principal diferença entre ação e omissão se encontra no comando que se extrai da norma. Os crimes de ação exigem uma abstenção do agente (“não matar”), se extraindo da norma uma proibição. Nos crimes omissivos o que se extrai da norma é a obrigação de evitar o resultado lesivo (“omitir socorro”), ou seja, não fazer o que a norma manda.

Se na ação o direito penal pretende evitar que se pratiquem condutas que afetem negativamente outras pessoas, na omissão quer resguardar um determinado sentido de solidariedade social, de responsabilidade compartilhada. Não é, entretanto, qualquer omissão que configura crime, devendo estar reunido pelo menos três pressupostos essenciais: a abstenção do agente (não se pune quem tenta evitar o resultado); que o resultado pudesse ter sido evitado; e que tenha surgido de alguma forma a obrigação de agir (efetivo conhecimento da situação).

Omissão própria e imprópria

A omissão pode ser própria ou imprópria. Um critério para fácil diferenciação entre ambas é sua localização na lei penal. A omissão própria é prevista em determinados tipos penais (art.135 — omissão de socorro, art.244 — abandono material), enquanto a omissão imprópria é prevista na parte geral (art.13, §2º do CP). Isso ocorre porque a omissão própria (*dever genérico de agir*) é um dever de agir que surge de um tipo penal específico (omissão de socorro), que cria uma imposição normativa genérica (todos aqueles que omitirem socorro são puníveis, bastando a mera abstenção) e que somente pode ser cometido por omissão (o próprio tipo contém a palavra “omissão” ou forma equivalente



como “deixar de”). Já a omissão imprópria (*dever especial de agir*), também chamada de crime comissivo por omissão, é uma maneira de cometer o crime (que poderia ser cometido por meio de uma ação positiva, por exemplo, “matar alguém”) não evitando o resultado que podia ou devia evitar segundo uma obrigação (posição de garantidor, ex. bombeiro salva-vidas) que pode surgir de uma situação concreta (afogamento de banhista) prevista em qualquer tipo penal que descreva um crime de resultado.

A omissão própria é caracterizada segundo o tipo penal, por exemplo, para configurar a omissão de socorro é preciso a situação de emergência, a não prestação de socorro e que o sujeito ativo tenha reconhecido de alguma forma essa situação. Excluída a responsabilidade penal se havia risco pessoal ou caso tenha pedido socorro a autoridade pública.

Já a omissão imprópria possui o critério especial da posição de garantidor. Assim, o indivíduo, além de conhecer a situação e poder agir (possibilidade física), o resultado deveria ser evitável se tivesse agido (por exemplo, se não socorreu banhista que se encontrava a uma distância que seria impossível chegar nadando), além de ter o dever de impedir o resultado (posição de garantidor).

A posição de garantidor surge do dever de agir que a norma impõe, a partir do qual o indivíduo passa a ter uma especial relação de proteção ao bem jurídico. Conforme previsto no próprio Código Penal (art.13, §2º, a, b e c), tem o dever de agir quem:

- a) Tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância (ex. médico em relação ao paciente, pais em relação aos filhos);
- b) De outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado
- c) (ex. obrigação contratual, como no caso de segurança particular);
- d) Com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (ex. pessoa que ajuda velinha a atravessar faixa de pedestre e a abandona no meio da travessia) — se aplica tanto a quem cria a situação de risco quanto a quem de alguma forma agrava essa situação, concorrendo para o resultado.

MÍDIA

Sonâmbulo, Werdum deu mata-leão na esposa, que bateu... e ele soltou (24 de abril de 2016)

Disponível em: <http://globoesporte.globo.com/programas/esporte-espetacular/noticia/2016/04/sonambulo-werdum-deu-mata-leao-na-esposa-que-bateu-e-ele-soltou.html>



CASO: "NÃO VOU FAZER NADA".

Omissão Imprópria. Bombeiro que deixou de prestar socorro a vítima que estava se afogando em Copacabana.

TJ/RJ. Recurso em Sentido Estrito nº 0033924-82.2009.8.19.0001. Relator Desembargador José Augusto de Araújo Neto. Segunda Câmara Criminal. Julgamento: 18/01/11. Publicado: 31/05/11.

**AULA 11: FATO TÍPICO II**

Tipo Subjetivo. Dolo e Culpa.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA (ESCOLHA, NO MÍNIMO, UMA LEITURA):

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, (Dolo) pgs. 131-148, Capítulo 8, III. Tipo subjetivo; (Culpa) 165-196, Capítulo 9.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Vol. I. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, pgs. 183-212, Capítulos 23 e 34.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. Vol. 1. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pgs. 264-292, Capítulos XVIII e XIX.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral e parte especial*. 4ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pgs. 217-232, Capítulo XIV — Elementos subjetivos do crime: dolo e culpa.

BIBLIOGRAFIA AVANÇADA:

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2002, Capítulo XIII, pgs. 455-463, Capítulo XIV, XV e XVI, 483570.

FATO TÍPICO

Como dito anteriormente, a ação penalmente relevante é aquela que se encontra descrita no tipo penal. Segundo Cezar Roberto Bitencourt, “o tipo penal implica uma seleção de comportamentos e, ao mesmo tempo, uma valoração (o típico já é penalmente relevante)”.

Mas o que é o tipo penal? Tipo penal é a descrição que a lei faz da conduta proibida, indicando quais fatos devem ser considerados crimes. Da conformidade entre o fato praticado pelo agente e o fato descrito na norma penal (tipicidade), surge o fato típico. Essa operação intelectual de verificação é feita por meio do juízo de tipicidade, ou seja, da constatação da presença dos elementos necessários para que uma conduta seja considerada típica.



Qual a função do tipo penal?

É o tipo penal que demarca o campo do que é lícito (permitido) e ilícito (proibido), individualizando e limitando os fatos puníveis aqueles descritos na lei penal (tipicidade formal), ou seja, é o elemento da teoria do delito que expressa o princípio da legalidade. Exerce, portanto, importante função de garantia, de limitação das possibilidades de intervenção do poder punitivo. Permite ainda a identificação do bem jurídico protegido, ou seja, o valor que o direito penal busca tutelar. Com isso possibilita a aferição da lesão ao bem jurídico no caso concreto (tipicidade material), excluindo a tipicidade das condutas insignificantes.

Quais elementos integram o tipo?

Integram o tipo o elemento objetivo, a descrição da conduta (“matar alguém”), e o elemento subjetivo, pressuposto geral da vontade do agente em praticar a conduta descrita (a intenção de matar).

Integram ainda o tipo os elementos normativos, que não descrevem objetivamente uma conduta, exigindo um juízo de valor acerca de seu significado, como por exemplo, a expressão “indevidamente” na violação de correspondência (art.151 do CP — “devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem”). A interpretação dos elementos normativos não se esgota na leitura do tipo (é, portanto, um tipo aberto, em oposição ao tipo fechado), uma vez que requer do intérprete o conhecimento da definição jurídica de determinada expressão, no presente caso o conhecimento da expressão “indevidamente” fora das situações em que a lei permite devassar a correspondência.

Existem situações, entretanto, que o tipo faz menção a expressões que não possuem definição jurídica exata, como “obsceno” no crime de ato obsceno (art. 233, do CP), o que requer um juízo de valor essencialmente moral por parte do juiz. Nessas situações a taxatividade do tipo penal (corolário do princípio da legalidade) fica comprometida pela forma adotada pelo legislador, devendo o juiz interpretar restritivamente o tipo.

TIPO OBJETIVO

O tipo penal pode ser dividido em tipo objetivo e tipo subjetivo. O tipo objetivo é aquele que descreve a conduta, da qual pode se inferir o autor (quem pode praticar o crime), a ação ou omissão (o que praticou), o resultado (a consequência dessa prática) e a relação de causalidade (o nexo entre a ação e o resultado dessa prática). O núcleo do tipo é o verbo que expressa a conduta proibida (ex. “matar”).



Além da conduta principal prevista no *caput* dos tipos penais (ex. “matar alguém”, art. 121 do CP), existem circunstâncias, motivos e modos de execução que podem se somar a conduta principal do agente. O essencial é o crime previsto na sua forma básica (ex. homicídio simples, art.121, *caput*, do CP), que por si só já configura o crime. As circunstâncias que se somam ao tipo básico são acessórias, pois não excluem a responsabilidade penal, podendo somente mudar a escala da pena (tipo qualificado — ex. homicídio qualificado — art.121, §2º, do CP — que muda a escala penal de 6 a 20 anos para 12 a 30 anos) ou prever causas de aumento ou diminuição de pena (que adicionam ou diminuem determinada fração a pena prevista no tipo base, ex. diminuição de 1/3 a 1/6 em caso de homicídio cometido por relevante valor social ou moral — art.121, §1º, do CP).

O tipo objetivo se refere, portanto, àquelas circunstâncias essenciais para que uma conduta possa ser considerada penalmente típica.

TIPO SUBJETIVO

O tipo subjetivo se refere ao elemento de vontade, o querer realizar a conduta descrita no tipo objetivo. A vontade não é um elemento descrito no tipo penal, uma vez que é um pressuposto geral de qualquer delito. O que é expresso no tipo são os elementos subjetivos especiais (especial fim de agir, por exemplo, “para si ou para outrem” no furto) presentes em determinados tipos penais e a responsabilidade penal por culpa, punível somente quando expressamente previstos em lei (art.18, parágrafo único, do CP). O tipo subjetivo, portanto, contempla o dolo e a culpa.

DOLO

Elementos do dolo: conhecimento e vontade

Dolo é a vontade consciente de realizar o tipo objetivo. O dolo pressupõe *conhecimento e vontade*. Conhecimento efetivo das circunstâncias de fato do tipo objetivo, que implica um saber atual ao momento da prática do crime que abrange todos os elementos essenciais do tipo (como a vítima, o meio empregado e a previsão do resultado). É a representação mental desses elementos.

A vontade é o querer realizar o tipo objetivo, é a disposição interna, o ânimo, que quer diretamente (dolo direto) ou ao menos consente na produção do resultado lesivo (dolo eventual). Nos termos da lei penal, “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo” (art.18, I, do CP).



Elementos subjetivos especiais do tipo

Existem alguns tipos penais que além da vontade geral (dolo) que caracteriza todo tipo penal, exigem elementos subjetivos especiais, distintos do dolo, que exigem um especial fim de agir para que o tipo penal seja caracterizado. Por exemplo, não basta a subtração de coisa alheira móvel para caracterizar o furto, mas também uma intenção de apropriação do bem.

Espécies de dolo

O dolo pode ser, conforme classificação de Juarez Cirino dos Santos: a) direto, de primeiro ou segundo grau; b) indireto (ou eventual).

O dolo direto de primeiro grau é aquele em que há uma pretensão de realizar o fato típico, uma simetria entre o querer, o meio empregado e o fim atingido. A dispara arma de fogo para matar B.

O dolo de segundo grau (ou de consequências necessárias) é aquele em que, embora o agente queira um resultado específico (ex. A queira matar B), os meios utilizados extrapolam essa finalidade, gerando como consequência necessária lesão a bem jurídico de terceiros (ex. explodir avião para matar um inimigo gerando a morte dos demais passageiros).

O dolo indireto, ou eventual, é aquele em que o autor não almeja o resultado, mas assume com seu comportamento o risco de produzi-lo. O dolo eventual será melhor tratado a seguir, quando da análise do limite entre dolo (eventual) e culpa (consciente).

CULPA

O direito penal prevê, além do dolo, uma responsabilidade excepcional por culpa (*princípio da excepcionalidade dos crimes culposos*). Enquanto a responsabilidade do dolo é genérica, presente implicitamente em todo tipo penal, a culpa é subsidiária, estando expressamente prevista nos tipos penais que a admitem (ex. art. 121, §3º, do CP — homicídio culposo).

O crime é atribuído ao agente como resultado de uma imprudência, negligência ou imperícia (art.18, II, do CP), violando assim um dever de cuidado objetivo. Ao contrário do tipo doloso, no tipo culposo o agente não quis o resultado. O resultado ocorre pela falta de diligência do agente, que deveria ter previsto as possíveis consequências de sua conduta.

Com isso o direito quer incutir um dever de cuidado, a prudência necessária para agir num contexto social. O princípio da confiança estabelece uma expectativa recíproca de comportamentos conforme o dever de cuidado.



No trânsito de veículos, por exemplo, a direção, embora atenta e defensiva, conta com o respeito as normas de circulação como: a ultrapassagem à esquerda e a circulação do lado direito. Daí porque o resultado lesivo (atropelamento, colisão) decorrente do desrespeito a essas normas possa gerar responsabilidade penal.

Elementos da culpa

Para configurar a culpa é preciso:

- a) Uma **ação ou omissão humana voluntária**;
- b) um **resultado lesivo** para o bem jurídico;
- c) um **nexo de causalidade** que ligue a ação ao resultado;
- d) **previsibilidade**: a possibilidade de previsão desse resultado — a imprevisibilidade do resultado exclui a culpa (situações extraordinárias, ex. pessoa que se joga numa pista de alta velocidade e é atropelada). A previsibilidade é objetiva, feita a partir de um juízo comparativo em que se pergunta: “na situação concreta do agente era possível prever o resultado?”;
- e) a **inobservância do dever objetivo de cuidado** — o agente não age com a cautela devida por imprudência (conduta arriscada), negligência (falta de atenção, displicência) ou imperícia (falta de habilidade no exercício de profissão, arte ou ofício). Deve, portanto, agir de forma a reconhecer o perigo, levando em consideração as possíveis consequências de sua conduta, se abstendo de agir ou agindo com a precaução necessária quando essa ação implicar perigo de lesão à bem jurídico;
- f) **tipicidade**: o que o agente fez deve corresponder a uma conduta proibida pela lei penal (ex.: art. 129 do Código Penal).

Diferença entre culpa e culpabilidade

Embora sobre o mesmo nome, a culpa é espécie do tipo subjetivo (a outra é o dolo) em que se avalia a violação de um dever objetivo de cuidado por parte do agente. A culpabilidade é a fase final de verificação analítica do crime em que se avalia se é exigível ou não conduta diversa da praticada e, portanto, no tipo de injusto culposos, onde se analisa as possibilidades de agir com cautela por parte do agente (por exemplo: capacidade individual, fatalidade do resultado).

Pela duplicidade gerada nessa nomenclatura, além da confusão leiga de que a culpa é mais grave que o dolo, Juarez Cirino prefere adotar o termo “imprudência”, entendendo que o tipo imprudente faz menção a necessidade de violação do dever de cuidado, caracterizando melhor a conduta proibida e abarcando as outras modalidades de culpa (negligência e imperícia, que seriam também formas de imprudência).



Espécies de culpa

A culpa pode ser inconsciente ou consciente. Na culpa inconsciente o agente não prevê resultado que era previsível, gerando um resultado de dano fruto de uma conduta imprudente. Nesse caso, a censurabilidade da conduta (valoração da quantidade de pena a ser aplicada) é menor.

Na culpa consciente o agente prevê o resultado, mas confia que pode evitá-lo, não reconhecendo a imprudência de sua conduta. Nesse caso a censurabilidade é maior. Por exemplo, motorista em alta velocidade (conduta imprudente) que atropela vítima (resultado lesivo), avistada de longe (consciência), em faixa de pedestre em sinal vermelho (violação de dever de cuidado), confiando que com sua habilidade poderá desviar caso ela permaneça na pista quando de sua passagem. Diferente seria se esse mesmo motorista não visse o pedestre e, na mesma situação, o atropelasse. Nesse caso a culpa seria inconsciente, porque embora não tenha visto a vítima (não previsão), deveria ter previsto a possibilidade do resultado, já que atravessava sinal vermelho em local com faixa de pedestre.

Dolo eventual e culpa consciente

Como visto anteriormente o crime é doloso não só quando o agente quer o resultado, mas também quando assume o risco de produzi-lo. Nesse caso, como diferenciar o dolo eventual da culpa consciente, já que em ambos existe a previsão do resultado? O ponto de distinção é que no dolo eventual há uma aceitação da possibilidade de produzir o resultado lesivo (indiferença quanto à produção do resultado), enquanto na culpa consciente há uma rejeição dessa possibilidade (confiança de que o resultado não vai acontecer).

Outras questões relativas à culpa

A culpa pode ser ainda imprópria, quando o agente prevê e quer o resultado, mas age em excesso ou em erro de tipo evitável na justificação da conduta, ou seja, quando, por exemplo, em legítima defesa de furto espanca o ladrão (excesso) ou quando pensa erroneamente que uma pessoa que passa ao seu lado irá lhe roubar por alguma atitude que achou suspeita (erro de tipo evitável). O excesso nas causas de justificação e o erro de tipo serão vistos em seguida, na antijuridicidade e culpabilidade, respectivamente.

Existem determinados crimes em que o resultado da ação lesiva supera o resultado que estava no plano do autor. Por exemplo, querendo praticar lesão corporal com uma faca o agente acerta parte vital e causa a morte da vítima (art.129, §3º, do CP — lesão corporal seguida de morte).



Esses são os chamados crimes qualificados pelo resultado, ou preterdolosos, em que há uma combinação de dolo e culpa, porque o agente quis resultado menos grave, mas com sua ação gerou resultado mais grave, ou seja, dolo no resultado querido e culpa no resultado obtido. Para sua configuração eles devem estar expressamente previstos como qualificadores nos tipos penais na parte especial do código.

Em determinados casos pode haver concorrência de culpas, ou seja, que o resultado lesivo seja consequência de duas ações imprudentes, por exemplo, a colisão de dois carros em um cruzamento em que um dos motoristas se encontrava bêbado e em alta velocidade e o outro tenha atravessado o sinal vermelho. Nesse caso as culpas não se compensam, podendo o agente responder pelo eventual resultado lesivo (ex. morte de motorista do outro carro).

MÍDIA

MINISTÉRIO PÚBLICO DENUNCIA QUATRO POR HOMICÍDIO NA BOATE KISS.

Segundo a Promotoria, integrantes da banda Gurizada Fandangueira e sócios da casa noturna abriram mão de medidas de segurança por maior lucro. Outras quatro pessoas vão responder por crimes cometidos durante as investigações, como fraude.

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul anunciou, na tarde desta terça-feira (2), que denuncia formalmente quatro pessoas por homicídio com dolo eventual (quando se assume riscos) no caso da tragédia da boate Kiss, em Santa Maria. São elas: Marcelo de Jesus dos Santos, vocalista da banda Gurizada Fandangueira, Luciano Augusto Bonilha Leão, produtor do grupo musical, Elissandro Callegaro Spohr e Mauro Londero Hoffman, ambos donos da boate Kiss.

Em janeiro, o fogo provocado por uma faísca liberada por artefato pirotécnico durante show da banda Gurizada Fandangueira, em contato com a espuma do revestimento acústico da boate, liberou gases tóxicos que asfixiaram as vítimas, segundo inquérito concluído pela Polícia Civil do Estado.

Os qualificadores do homicídio, segundo o promotor Joel Dutra, são uso de meio cruel (asfixia) e motivo torpe (arrecadação). A promotoria argumenta que os donos e os integrantes da banda Gurizada Fandangueira agora denunciados abriram mão de medidas de segurança visando maior lucro.

Também foram denunciadas outras quatro pessoas, mas por crimes praticados durante a investigação. Os bombeiros Gerson da Rosa Pereira e Renan Severo Berleze foram denunciados por fraude processual. A promotoria alega que ambos incluíram depoimentos sobre o alvará de funcionamento da Kiss na pasta das investigações.



Elton Cristiano Uroda (ex-sócio da boate) e o contador Volmir Astor Panzer foram denunciados por falso testemunho. De todos os denunciados, Volmir é o único que não constava como indiciado no inquérito da Polícia Civil. No total, o MP denunciou oito pessoas no caso.

Antes de anunciar os nomes, o promotor David Medina havia explicado as razões que levaram o MP a considerar o caso dos donos da boate e dos integrantes da banda como homicídio com dolo eventual. “Havia uso de fogo num local completamente inadequado para o uso de fogo. Qualquer tipo de chama ali lançado era por si só um risco. Havia uma espuma altamente inflamável utilizada no revestimento”, disse. “Havia mais: a Kiss era um verdadeiro labirinto. Estava superlotada, não tinha indicação adequada da saída”.

Para Medina, essas circunstâncias “não permitem outra coisa que não seja dolo eventual. Eles (os denunciados) assumiram o risco de produzir o resultado.”

O caso

O fogo provocado por uma faísca liberada por artefato pirotécnico durante show da banda Gurizada Fandangueira, em contato com a espuma do revestimento acústico da boate, liberou gases tóxicos que asfixiaram as vítimas, segundo inquérito concluído pela Polícia Civil do Estado. Ao todo, 241 pessoas morreram.

(...)

Fonte: Revista Época. 02 de abril de 2013. <http://revistaepoca.globo.com/Brasil/noticia/2013/04/ministerio-publico-denuncia-quatro-por-homicidio-na-boate-kiss.html>

CASO: “FOI SEM QUERER”

Homicídio e Lesão Corporal culposa no trânsito. Ao manobrar o veículo em marcha ré em estreita rua, o apelante atropelou duas pessoas, causando a morte de uma delas e provocando lesões corporais na outra.

TJ/RJ. Apelação Criminal nº 0001779-21.2008.8.19.0061. Relator Desembargador Cláudio Luis Braga Dell Orto. Primeira Câmara Criminal. Julgamento: 16/12/10. Publicado: 09/12/10.

**AULA 12: FATO TÍPICO III**

Relação de Causalidade.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA (ESCOLHA, NO MÍNIMO, UMA LEITURA):

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, pgs. 117-131, Capítulo 8 — O tipo de injusto doloso de ação (Tipo objetivo).

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Vol. I. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, pgs. 213-226, Capítulos 25 — Relação de causalidade.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. Vol. 1. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pgs. 242-253, Capítulos XVI — Relação de causalidade.

BIBLIOGRAFIA AVANÇADA

ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2ª Ed. Trad.: Diego-Manuel Luzon Peña *et. al.* Madrid: Editorial Civitas, 1997, pgs. 342-402 — *La imputación al tipo objetivo*.

RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

O principal critério objetivo para aferição da responsabilidade penal (imputação) é o nexos de causalidade entre a ação do agente e o resultado produzido. Isso porque uma vontade não exteriorizada ou uma ação que não contribui de alguma forma para um dano ao bem jurídico é um indiferente penal. O Código adota a teoria da equivalência das condições (art.13, *caput*, do CP), ou seja, para estabelecer o nexos causal é preciso analisar se o resultado foi efetivamente consequência da ação do agente. Como prevê um resultado, essa regra se aplica somente aos crimes materiais (em oposição aos crimes formais, conforme visto acima), por força da própria interpretação da lei “o resultado, *de que depende a existência do crime...*”.



Mas como se estabelece essa relação de causalidade? Por meio de um juízo hipotético de exclusão da ação para verificar se ela é uma condição sem a qual (*conditio sine qua non*) permanece o resultado ou não. A pergunta fundamental é: eliminada a conduta, permanece o resultado?

Esse juízo hipotético por si só, porém, não oferece resposta definitiva, uma vez que se pensarmos nas quantidades de condições que determinam um crime, o regresso seria infinito. Seria responsável por um homicídio cometido por meio de arma de fogo não só o agente, mas quem lhe vendeu a arma, produziu o revólver... Portanto, esse juízo deve levar em conta o elemento subjetivo, a vontade do agente, ou seja, a possibilidade de previsão do resultado e um agir ao menos com culpa.

Além da limitação subjetiva, o fato pode estar atrelado a um evento em que concorrem mais de um causa (concausas), razão pela qual deve ser estabelecida qual a causa eficiente para a produção do resultado (que por si só produziu o resultado). Quando da análise de uma conduta deve ser observado se existe algum outro fato que interviu no processo causal para poder se estabelecer corretamente a imputação pelo resultado. Esse fato pode ocorrer antes (concausa antecedente), durante (concausa concomitante), ou depois (concausa superveniente) da conduta, segundo o tempo entre as causas.

A intervenção de outra causa no curso desse processo causal pode interromper, anulando os efeitos da conduta do agente (causa absolutamente independente) ou se somar a ela na produção do resultado (causa relativamente independente), segundo a natureza da relação entre as causas. Por exemplo, se A envenena B e este, antes do veneno fazer efeito, morre num acidente de carro, a causa superveniente (o acidente de carro ocorrido posteriormente ao envenenamento) é absolutamente independente, não respondendo A pelo resultado “morte” (homicídio consumado). Se na mesma situação, B perde o controle do carro por efeito do veneno (perda parcial da habilidade), o envenenamento contribui (embora não determine) o resultado morte, razão pela qual configura uma causa relativamente independente.

Mas qual a regra, o efeito, que se extrai dessa construção doutrinária? Essa regra serve para determinar a responsabilidade penal do agente. Assim, nas causas absolutamente independentes (sejam elas antecedentes, concomitantes ou supervenientes) o agente não responde pelo resultado, podendo responder pela tentativa. A tentativa será vista mais tarde, mas é caracterizada quando embora o agente tenha a intenção de matar, circunstâncias alheias (fora do seu domínio) impedem o resultado (art.14, II, do CP).

Nas causas relativamente independentes, o agente responde pelo crime consumado (art.14, I, do CP). A exceção é expressa pelo art. 13, §2º, do CP. Quando uma causa superveniente relativamente independente causa por si só o resultado, o agente só responde pelos fatos anteriores, não pelo resultado.



O exemplo doutrinário clássico é da morte de alguém ferido por outrem, que no caminho para o hospital morre devido a um acidente com a ambulância. Nesse caso, o fato de o ferido estar na ambulância é atribuível ao agente (relativamente independente), mas a causa que concorre e determina a morte não está na esfera de domínio do agente (Zaffaroni), causando a morte por si só, o que, portanto, exclui a responsabilidade pelo resultado. Diferente, portanto, do caso do envenenamento, em que a perda do controle do carro pela vítima se deu por conta da ação anterior do agente.

MÍDIA

Pacientes são retirados às pressas de hospital no Pará após incêndio (26 de junho de 2015)

Pacientes também tiveram que sair pelas janelas do pronto-socorro. Duas pessoas morreram depois da transferência para outros hospitais. (...)

Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2015/06/pacientes-sao-retirados-de-hospital-de-belem-pa-apos-incendio.html>

CASO

Case: TJ RJ Apelação Criminal n.º 2009.050.07847. Causa superveniente. Lesão corporal seguida de morte.

**AULAS 13 E 14: ANTIJURIDICIDADE I E II**

Introdução.

Legítima defesa.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA (ESCOLHA, NO MÍNIMO, UMA LEITURA):

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, pgs. 217-238, Capítulo 11, I e II (a).

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Vol. I. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, Capítulo 32, pgs. 307-313 (itens 1-6) e pgs. 332-360 (item 8).

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. Vol. 1. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, Capítulo XX, pgs. 293-306 (itens 1-5), Capítulo XXI, 319-324 (item 6).

BIBLIOGRAFIA AVANÇADA:

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal*: Parte General. Buenos Aires: Ediar, 2002, Capítulo XIX, 609-631.

ANTI JURIDICIDADE

Vencida a análise da conduta e da tipicidade é avaliada a antijuridicidade. Nessa etapa se verifica a contradição da ação típica com o ordenamento jurídico como um todo. Isso ocorre porque um comportamento proibido pela lei penal (ex. matar alguém) pode ser justificado por outra norma de caráter permissivo (ex. matar em legítima defesa). Conforme dizia o jurista alemão Max Ernst Mayer, a tipicidade é um indício de antijuridicidade, assim como “onde há fumaça, deve haver fogo”. Nesse sentido, a antijuridicidade é entendida como ausência de justificação de uma conduta típica.

O Código Penal trata a justificação como excludente de ilicitude (art.23, *caput*, do CP). Ilicitude é sinônimo, para fins penais, de “antijuridicidade”.



Justificação é uma permissão de atuar, em determinadas circunstâncias, de maneira que a princípio (fora do contexto da ação) seria crime. Essas circunstâncias em que não há crime (daí porque também são chamadas de discriminantes) são as causas de justificação: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito (art.23, I, II e III, do CP).

A doutrina, com base no direito comparado, na jurisprudência e na tradição do pensamento penal afirma que as causas de justificação previstas no código não são taxativas, ou seja, não esgotam a possibilidade de reconhecimento de outras causas de justificação (causas supralegais de justificação). A principal causa supralegal de justificação é o consentimento do ofendido.

Como dito anteriormente, a justificação é uma permissão de atuar excepcional. Por isso, quando o agente excede na sua conduta o necessário para afastar o mal que lhe é causado, é passível de punição. Responde pelo excesso por dolo ou culpa (art.23, parágrafo único, do CP).

Um didático método adotado por Juarez Cirino dos Santos e que serve de base para analisar a seguir as justificações é a diferenciação entre: a) situação justificante e b) ação justificada. A seguir será feita a análise pormenorizada das causas de justificação, com a descrição dos elementos que a caracterizam (e diferenciam) e o alcance dessas hipóteses.

LEGÍTIMA DEFESA

Existem determinadas situações que justificam a autotutela (defesa por si mesmo) como forma de proteção individual em defesa de bem jurídico. É intuitivo que submetido a uma violência o indivíduo não seja obrigado a suportá-la, reagindo em defesa própria. Essa ideia básica está no cerne do que se entende por legítima defesa.

Conforme o art.25, do CP: entende-se em legítima defesa (situação justificante) quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem (ação justificada).

Agressão não se confunde com provocação. Agressão injusta é aquela que ofende um bem juridicamente tutelado e não encontra uma justificação, ensejando a reação do ofendido.

Por exemplo, a invasão de domicílio é uma agressão injusta, mas se torna lícita quando em cumprimento de mandado judicial de busca e apreensão para fins investigatórios (basta lembrar das espetaculares ações da polícia federal).



Nesse caso, a ação da autoridade pública está justificada por ocorrer em estrito cumprimento do dever legal.

Não se admite a legítima defesa recíproca, ou seja, que o indivíduo que agride injustamente possa alegar legítima defesa da agressão sofrida por pessoa em legítima defesa. Diferente, entretanto, é o caso em que a pessoa que se defende atua com excesso, o que torna a agressão injusta e permite a legítima defesa por parte daquele que primeiro agrediu (legítima defesa sucessiva).

Essa agressão injusta, no entanto, deve ser atual (em curso) ou iminente (prestes a acontecer). Quando postergada não configura legítima defesa, mas vingança passível de punição. Não há possibilidade de legítima defesa da honra (ex. pai que mata pessoa que estuprou a filha), situação que pode apenas atenuar a culpabilidade do agente.

A lei prevê a possibilidade de legítima defesa de outrem, na proteção de direito alheio. Deve, no entanto, essa proteção ser consentida pelo titular do bem jurídico, a não ser nos casos em que o consentimento deve ser presumido (ex. defesa de alguém que está sofrendo violência).

Os meios devem ser aqueles necessários para repelir a agressão e devem ser usados moderadamente, podendo a escolha do meio (ex. arma de fogo) ou o uso imoderado (ex. violência física) constituir excesso. Também se exige o ânimo de defesa, que seria o elemento subjetivo da legítima defesa: conhecimento da agressão injusta e o propósito de se defender.

O excesso na legítima defesa decorre da desproporcionalidade da reação como medida suficiente para impedir ou fazer cessar a agressão. Por exemplo, atirar em quem invade propriedade para furtar frutas (defesa atual, mas desproporcional) ou ainda continuar desferindo socos após flagrante estado de impossibilidade de reação da pessoa (ex. perda da consciência) que primeiro agrediu, constituindo essa continuação excesso de legítima defesa passível de punição.

MÍDIA

Após sofrer quase 30 ameaças, policial mata homem a tiros em Contagem (21/07/2017)

Um homem, de 35 anos, foi morto a tiros na manhã desta sexta-feira (21), em Contagem, na Região Metropolitana de Belo Horizonte. De acordo com a Polícia Militar (PM), os disparos foram feitos por um sargento do Batalhão de Choque, que relatou ter sido ameaçado pelo homem cerca de 30 vezes.

Disponível em : <http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/apos-sofrer-quase-30-ameacas-policial-mata-homem-a-tiros-em-contagem.ghtml>



CASO

Mulher que arremessa água fervente da panela em marido que a havia agredido com faca. Excesso de legítima defesa. Reconhecimento de causa supralegal de exclusão da culpabilidade por ter atuado em forte estado de desequilíbrio emocional. Ré absolvida.

TJ-RJ. Apelação Criminal nº 2009.050.01649. Desembargador Relator Gilmar Augusto Teixeira. Oitava Câmara Criminal. Julgamento em: 28/05/2009.

**AULAS 15 E 16: ANTIJURIDICIDADE III E IV**

Estado de Necessidade.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA (ESCOLHA, NO MÍNIMO, UMA LEITURA):

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, pgs. 239-255, Capítulo 11, II (b).

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Vol. I. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, pgs. 314-330 (item 7), Capítulo 32.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. Vol. 1. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pgs. 311-318, Capítulo XXI (item 5).

BIBLIOGRAFIA AVANÇADA

ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2ª Ed. Trad.: Diego-Manuel Luzon Peña *et. al.* Madrid: Editorial Civitas, 1997, pgs. 668-733 — Sección 4, §16 — *El estado de necesidad justificante casos afines*.

ESTADO DE NECESSIDADE

Qual a resposta do direito penal para uma situação de perigo em que existe um conflito de interesses insuperável senão por meio de lesão a bem jurídico? Essa situação é o estado de necessidade (art.23, I, do CP). O clássico exemplo é o do naufrágio em que duas pessoas disputam uma tábua, que suporta apenas uma, para não se afogarem.

O estado de necessidade pressupõe uma colisão de interesses (legítimos à luz do direito) em que não se pode exigir o sacrifício do bem jurídico de uma pessoa em detrimento da outra, pois isso seria ignorar o próprio instinto de sobrevivência comum do ser humano. O direito não pode exigir ato de heroísmo que implique num sacrifício não razoável. Basta lembrar da cena final do naufrágio do *Titanic*, em que Jack se sacrifica morrendo congelado para salvar Rose, sua amada. Embora moralmente nobre, motivado por ato extremo de amor, a atitude não pode ser juridicamente exigida sob ameaça de pena.



A diferença entre a legítima defesa e o estado de necessidade é que: “no estado de necessidade se faz necessário um meio lesivo para evitar um mal maior, enquanto, na legítima defesa, o meio lesivo se faz necessário para repelir uma agressão antijurídica” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007, p.499).

O principal critério para aferição do estado de necessidade é a avaliação dos bens jurídicos em conflito. Quando em conflito bens jurídicos de valores diferentes, o ordenamento jurídico permite o sacrifício daquele de menor valor, por exemplo, quebrar parte de uma casa (patrimônio) para salvar criança (vida) de um incêndio.

No caso de bens jurídicos de mesmo valor, por exemplo, a vida (como no caso da tábua), o direito reconhece, sem manifestar preferência (já que trata-se de bens jurídicos equivalentes), a solução dada pelo próprio esforço das partes. A doutrina diverge quanto à natureza jurídica do afastamento de responsabilidade penal nesse caso. A maioria, devido à teoria unitária de estado de necessidade adotada pelo Código, entende que se trata de uma excludente de antijuridicidade, ou seja, que mesmo no caso de bens de mesmo valor há uma justificação da conduta. Uma parte minoritária entende que nesse caso se trataria de uma excludente de culpabilidade (teoria diferenciadora), diferenciando um estado de necessidade justificante (para bens jurídicos de valores diferentes) de um estado de necessidade exculpante (para bens jurídicos de mesmo valor).

Ainda que a situação de perigo não configure estado de necessidade por faltar algum de seus requisitos, o Código Penal prevê a possibilidade de diminuição de pena (art.24, §2º, do CP), quando seja razoável exigir-se o sacrifício de bem jurídico. Nesse caso, se o bem jurídico sacrificado for de maior valor ou ainda, quando uma das pessoas tenha o dever legal de atuar enfrentando o perigo (ex. bombeiro em incêndio), o sujeito, se culpável (última etapa de verificação do conceito analítico de crime), poderá ter a pena reduzida.

Conforme o art. 24, do CP: “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”.

Os requisitos para configuração do estado de necessidade são:

- a) Existência de perigo atual (exclui perigo passado ou futuro), involuntário (não causado dolosamente) e inevitável (sem outras formas de evitar menos lesivas ao bem jurídico, excluindo o excesso);
- b) Inexigibilidade razoável de sacrifício do bem ameaçado (ex. a certeza da morte de quem se omite em salvar terceiro)



- c) Para salvar (finalidade de salvar um bem — elemento subjetivo) direito próprio ou alheio (como no caso da criança no incêndio)

Além dos requisitos positivos gerais, a lei penal trás como condição pessoal negativa a ausência de dever legal de enfrentar o perigo (art.24 §1º, do CP). Esse dispositivo afasta a possibilidade daqueles que tem o dever de enfrentar o perigo (ex. bombeiro em caso de incêndio, salva-vidas em caso de afogamento) de alegarem estado de necessidade. Essa exclusão, no entanto, só alcança o enfrentamento de perigo inerente ao exercício dessas atividades, em condições normais. Um bombeiro salva-vidas não pode alegar risco de afogamento para não salvar um banhista. Diferente seria se, tentando salvá-la, não conseguisse, por força de correnteza muito forte que lhe impõe optar entre morrer tentando resgatar ou desistir para salvar-se. (para uma visão abrangente sobre as posições especiais de dever, ver: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2010, pgs. 245-250).

MÍDIA

Sacrifício de onça exibida em passagem da tocha por Manaus revela drama de espécie ameaçada

Onça mascote do Exército foi morta com um tiro de pistola após avançar sobre soldado; ela havia sido acorrentada e apresentada ao público durante cerimônia.

Disponível em: <http://g1.globo.com/natureza/noticia/2016/06/o-fim-tragico-da-onca-juma-exibida-em-passagem-da-tocha-e-sacrificada-apos-fuga.html>

CASO: EU OU A FLORESTA?!

Alegação de estado de necessidade em crime ambiental por incêndio provocado pelo réu culposamente na tentativa de pedir socorro por ter se perdido em excursão no Parque Nacional de Itatiaia.

TRF 2ª Região. Apelação Criminal nº 200151090003630. Desembargador Federal André Fontes. Quarta Câmara Criminal. Julgamento em: 24/08/2010.

**AULA 17 : ANTIJURIDICIDADE V**

Exercício regular de direito
Estrito cumprimento do dever legal

BIBLIOGRAFIA BÁSICA (ESCOLHA, NO MÍNIMO, UMA LEITURA):

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, pgs. 255-269, Capítulo 11, itens C, D e E.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Vol. I. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, pgs. 360-369 (itens 9, 10 e 11), Capítulo 32.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. Vol. 1. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pgs. 308-309 e 324-327, Capítulo XXI (itens 3 e 7).

BIBLIOGRAFIA AVANÇADA

ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2ª Ed. Trad.: Diego-Manuel Luzon Peña *et. al.* Madrid: Editorial Civitas, 1997, pgs. 509-553 — Sección 3, §13 — *El consentimiento*.

EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

Existem situações que se inserem em determinados contextos sociais (ex. profissionais) em que todas as atividades dentro de um padrão são consideradas apenas exercício regular de direito. São os casos, por exemplo, da violência esportiva e das intervenções médico-cirúrgicas.

O critério definidor do limite, *a contrario sensu*, é o abuso de direito, ou seja, quando as condutas fogem da regularidade, extrapolando o exercício do direito. As situações de abuso são verificadas geralmente em contexto de forte conflito social em que o exercício de um direito é utilizado como permissão para a autotutela violenta, por exemplo, a defesa da posse pelo grande proprietário contra sem-terra.



A doutrina identifica nas ofendículas (pequenos obstáculos destinados à defesa do patrimônio, como cacos de vidro em muro) um exercício regular de direito de propriedade, embora alguns autores a classifiquem como legítima defesa preordenada. O importante é que esses dispositivos de segurança não sejam letais, nem potencialmente muito lesivos e estejam bem sinalizados no sentido de evitar um excesso punível.

CASO:

Homicídio culposo - Ofendículo - Cerca elétrica. APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0521.07.058427-6/001 - = Comarca de Ponte Nova - Apelante: Júlio César Mansur- Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: Mariana Matos Nélio - Relator: DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS.

Decisão: <http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/1066/1/0202-TJ-JCr-015.pdf>

ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

Existem situações em que o dever de um funcionário público (sobretudo no exercício do poder de polícia) conflita com o direito do indivíduo. Para garantir a eficácia da lei sem fulminar a esfera de liberdade do indivíduo, esse poder deve ser exercido com fundamento na lei e encontrar limitações quando do seu exercício. Nesse âmbito se encontra o estrito cumprimento do dever legal, justificante que torna lícitas ações que impliquem restrição de direitos por parte dos agentes do estado. Ações como, por exemplo: cumprimento de mandado de busca e apreensão em residência (que de outra forma configuraria violação de domicílio); prisão em flagrante ou em cumprimento de mandado judicial (que de outra forma caracterizaria constrangimento ilegal).

Entretanto, para configurar essa justificante, o funcionário deve praticar somente os atos necessários a garantir o cumprimento da ordem que emana da lei, devendo abster-se de extrapolá-lo para não configurar abuso passível de punição. Conforme Juarez Cirino: “o estrito cumprimento de dever determinado por *lei* exclui lesão de *direitos fundamentais* definidos em tratados e convenções internacionais — por exemplo, homicídios dolosos para impedir fuga de presos de estabelecimento penal”. (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: parte geral. 4ª edição ver. e atual. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2010, pgs. 251).



AULA 18: PROVA

**AULA 19: ANTIJURIDICIDADE VI**

Consentimento do ofendido.

CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

O consentimento do ofendido é uma causa supralegal de justificação (porque não expressamente prevista em lei) e, portanto, decorre de interpretação jurisprudencial e construção doutrinária com base no direito comparado (sobretudo o alemão).

O consentimento é previsto como elementar (elemento constitutivo do tipo cuja ausência implica em atipicidade) de diversos crimes. Por exemplo, não há violação de domicílio se o morador consente na entrada de terceiro. Nesses casos, não há que se falar em justificação porque não houve sequer ofensa e, portanto, o comportamento sequer é típico.

O consentimento pode operar como justificação quando não é elementar do crime. Aqui surge uma discussão doutrinária sobre o que poderia ser objeto de consentimento e, portanto, quais bens jurídicos poderiam ser alcançados pela exclusão da ilicitude. Cezar Roberto Bitencourt defende que apenas os bens jurídicos disponíveis (patrimônio e liberdade) poderiam ser objeto de consentimento. Juarez Cirino dos Santos repudia essa divisão, uma vez que entende que também a vida e o corpo, bens jurídicos individuais, são disponíveis, utilizando o exemplo de esportes marciais. Essa é uma discussão sobre a extensão do consentimento, que encontra na eutanásia (morte voluntária por interrupção de tratamento) sua expressão máxima.

O consentimento pode ser real ou presumido. Real quando expressa inequívoca manifestação de anuência, o que via de regra exclui a própria tipicidade porque falta a ofensa. O respeito da esfera de liberdade constitucional é o reconhecimento da autonomia moral do indivíduo e conseqüentemente, seu âmbito de escolha.

O consentimento presumido é um intermediário entre o estado de necessidade e o consentimento real, operando como subsidiário deste e excluindo a antijuridicidade. Ou seja, podendo haver a manifestação do ofendido, não se pergunta sobre a presunção. Entretanto, se por algum motivo esse consentimento não pode ser obtido, mas é razoável presumir-se (uma situação em que o normal seria consentir), a responsabilidade penal é afastada (ex. não há violação de domicílio em quem entra em casa de vizinho para apagar incêndio).



Outros requisitos para reconhecimento da exclusão da antijuridicidade pelo consentimento são a:

- a) Capacidade — quem consente deve ter compreensão do sentido, extensão e consequências do consentimento. Por exemplo, o estupro de vulnerável exclui a aquiescência do menor de 14 anos como válida (art.217-A, do CP);
- b) Manifestação de vontade livre — significa que a vontade não pode ser viciada por erro ou coação;
- c) Atuação nos limites do consentimento — a ação consentida deve se restringir ao que foi permitido, afastando o excesso;
- d) Titularidade do bem jurídico — como manifestação da liberdade de disposição individual, a ofensa permitida deve ser suportada por aquele que consente.

MÍDIA

Menina de 14 anos com doença degenerativa se prepara para a eutanásia (20 de julho de 2016)

Disponível em: <http://extra.globo.com/noticias/mundo/menina-de-14-anos-com-doenca-degenerativa-se-prepara-para-eutanasia-19755229.html>

CASO

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Repetitivo – REsp 1480881. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Publicado no dia 10.09.2015.

“(…)

De acordo com as alegações das partes e as provas dos autos, entendo que merece ser acolhida a pretensão punitiva Estatal, vez que foi formada a convicção deste juízo sobre a veracidade dos fatos alegados pela acusação.

Restou demonstrado que acusado A. R. DE O. começou a manter relações sexuais com a vítima E. M. S. P. desde que esta tinha 11 anos de idade.

Foi essencial para a conclusão, a confissão do acusado quanto ao crime narrado na peça acusatória, tendo o réu confessado à prática delitiva tanto em juízo, quanto em sede policial, tudo corroborado pelos depoimentos das testemunhas, da vítima e pelo exame de corpo de delito constante às fls. 11 dos autos, onde o perito concluiu que a vítima havia iniciado sua vida sexual acerca de um ano em razão da cicatriz himenal.



A vítima relatou pormenorizadamente em juízo, todo o seu envolvimento com o acusado, que usou sua experiência para adquirir a confiança da menor, tendo esta desde os 08 (oito) anos de idade começado a nutrir um sentimento incompatível com sua idade, o que levou, anos depois, à vítima a iniciar sua vida sexual com apenas 11 anos de idade, cedendo aos apelos sexuais de um homem de 25 anos de idade.

No depoimento em juízo a vítima confirma que teve sua primeira relação sexual com o acusado aos 11 anos de idade, conforme se vê às fls. 79, tendo a menor, na fase investigativa afirmado que o réu fazia muitas promessas, dizendo até que iria se casar com a vítima quando a mesma ficasse maior de idade, conforme se vê às fls. 18/19.

O denunciado para conseguir obter êxito em sua empreitada delituosa, conquistou a confiança de toda a família da vítima, assim, poderia manter conjunção carnal com a menor dentro de sua própria casa sem despertar suspeitas dos pais e do irmão da vítima.

A instrução não revela discrepância e os depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação, são uníssonas quanto aos aspectos que caracterizam o delito objeto da pretensão punitiva, formando consistente liame. Tais fatos foram obtidos pela conjugação dos depoimentos da VÍTIMA e das testemunhas A. M. A. P. (mãe da vítima), A. C. DE S. B. (padrasto da vítima), L. V. DA S. (pai da vítima) tanto no inquérito policial como na instrução processual.

A vítima afirmou em seu depoimento constante às fls. 79, que começou a namorar de 08 para 09 anos com o acusado e só depois que tinha 11 anos foi que teve a 1ª relação sexual com o acusado, confirmando ainda que manteve mais de uma relação sexual com o acusado.

No depoimento da testemunha F. J. P. DA S. F., colacionado às ffs. 84, esta afirmou que chegou a advertir ao acusado que namorar com menor poderia dar problemas.

Além da prova oral, a pericial por si só já evidencia a materialidade do crime de estupro de vulnerável, pela constatação de que a paciente E. M. P. S. não era mais virgem, não havendo indícios de desvirginamento recente, com

carúnculas himenais de aspecto cicatricial remoto, tal como consta do auto de exame de corpo de delito para constatação de conjunção carnal, acostado às fls. 11.

[...].

Incide, pois, na sanção do art. 217-A do CP o agente que induz menor de 14 anos à conjunção carnal, sendo irrelevante à caracterização do delito o seu consentimento, pois falta à mulher, nessa idade, a plena capacidade de manifestação.



Assim, concluo que a instrução não revela discrepância e os depoimentos das testemunhas tanto em sede policial, quanto em juízo, bem como por toda análise minuciosa dos fatores abordados, são uníssonas quanto aos aspectos que caracterizam o delito objeto da pretensão punitiva, formando consistente liame.

O próprio acusado não desmente que manteve conjunção carnal por várias vezes com a vítima, defendendo-se apenas dizendo que não conseguiu se controlar, pois começou a gostar muito da menor, demonstrando plena consciência quanto a idade da vítima e do caráter delituoso de sua conduta. (...)”

**AULA 20: CULPABILIDADE I**

Introdução. Conceito. Elementos.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA (ESCOLHA, NO MÍNIMO, UMA LEITURA):

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, pgs. 273-283, Capítulo 12.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Vol. I. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, pgs. 371-384, Capítulo 33.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. Vol. 1. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pgs. 330-353, Capítulo XXII e XXIII.

BIBLIOGRAFIA AVANÇADA

ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2ª Ed. Trad.: Diego-Manuel Luzon Peña *et. al.* Madrid: Editorial Civitas, 1997, pgs. 788-818 — Sección 5, §19 — *Cuestiones básicas de la teoría de la responsabilidad*.

CULPABILIDADE

Existindo um agir ou um não-agir típico e ilícito vislumbra-se o que se chama de *injusto jurídico-penal*. No entanto, a simples existência de um injusto não basta para afirmar a existência do delito quando não for possível vinculá-lo ao autor de forma individualizada. Para que ocorra crime, pois, é imprescindível a concorrência do elemento denominado *culpabilidade*.

Se a ação ou omissão típica e ilícita realizada pelo indivíduo puder lhe ser reprovada, aí ela será também culpável, podendo, bem assim, ser constatada a existência da prática de um crime. E quando o injusto será reprovável? Quando um autor será culpável?

**AULA 21: CULPABILIDADE II**

Imputabilidade. Maioridade e Sanidade. Inimputabilidade. Emoção e paixão. Embriaguez voluntária e involuntária.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA (ESCOLHA, NO MÍNIMO, UMA LEITURA):

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, pgs. 286-295, Capítulo 12, *capacidade de culpabilidade*.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Vol. I. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, pgs. 384-395, Capítulo 33, item 5, *elementos da culpabilidade na concepção finalista*.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. Vol. 1. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pgs. 354-361, Capítulo XXIV, *inimputabilidade e culpabilidade diminuída*.

BIBLIOGRAFIA AVANÇADA

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2ª Ed. Trad.: Diego-Manuel Luzon Peña *et. al.* Madrid: Editorial Civitas, 1997, pgs. 819-858 — Sección 5, §20 — *La capacidad de culpabilidad o imputabilidad*.

IMPUTABILIDADE

“A imputabilidade é a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar segundo esse entendimento”.²⁷ Nesse sentido, inimputável é o indivíduo incapaz de vontade. Essa incapacidade de vontade é entendida como ausência dos requisitos mínimos de desenvolvimento biológico ou de sanidade psíquica. Assim sendo, se um indivíduo inimputável pratica um injusto jurídico-penal (fato típico e antijurídico), não será culpável, considerando que a possibilidade de agir de modo diverso fica prejudicada pela falta das funções de compreensão e volição do aparelho psíquico.²⁸

²⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 16ª ed. rev. Por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 242.

²⁸ A imputabilidade penal é regulada pelos arts. 26 e seguintes do Código Penal brasileiro.



Medo e emoção como causas excludentes de responsabilidade penal

- a) Brasil — Direito Penal brasileiro: Art. 28, I, do Código Penal brasileiro, **não há exclusão da responsabilidade penal;**
- b) Espanha — O *miedo insuperable* no Direito Penal Espanhol: *Artículo 20, 6º*, Código Penal Español — Ley Organica 10/1995;
- c) EUA — O *heat of passion, sudden and sufficient provocation and sudden combat* no Direito Criminal americano (Flórida e Califórnia): *Chapter 782.03*, Florida Criminal Code e *Section 195*, California Penal Code;
- d) Alemanha — A *confusão, o medo e o susto* como excesso de legítima defesa no Direito Penal alemão: — §33 do Código Penal alemão.

CASO:

0031786-19.2009.8.19.0042 — APELAÇÃO CRIMINAL — TJ/RJ DES. SIDNEY ROSA DA SILVA — Julgamento: 22/02/2011 — SETIMA CAMARA CRIMINAL APELAÇÃO CRIMINAL. ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. ARTIGO 213 DO CÓDIGO PENAL. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ARTIGO 129 DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. APELO IMPROVIDO. 1. Não assiste razão à Defesa quando pugna pela absolvição, por ausência de provas da autoria. 2. Consta dos autos, em resumo, conforme denúncia, que o denunciado constrangeu a vítima Ana Carolina, mediante violência, a praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal, qual seja, passar a mão no corpo da vítima e lambe seus seios. 3. Ao contrário do que alega a Defesa, a materialidade restou comprovada pelos depoimentos firmes e seguros da vítima, da testemunha, bem como da própria confissão do réu. 4. As provas de autoria são fartas, razão pela qual não se pode falar em aplicação do princípio *in dubio pro reo*. 5. Inviável a aplicação da excludente da culpabilidade almejada pela defesa técnica do réu, posto que o Código Penal determina que apenas a embriaguez completa, decorrente de caso fortuito ou força maior é que constitui causa de exclusão da imputabilidade, afastando expressamente este benefício aos casos de embriaguez voluntária ou culposa. 6. Insta registrar, que o acusado não fez prova da alegada inimputabilidade. 7. Quanto ao pleito desclassificatório para o crime de lesão corporal, não merece guarida, vez que as provas colhidas no decorrer da instrução criminal demonstram que o dolo do acusado era o de constranger a vítima à prática de ato de natureza sexual e não o de causar-lhe lesão corporal. 8. A r. sentença não merece reparos, devendo ser mantida, por seus próprios fundamentos. 9. Apelo conhecido e não provido.

**AULAS 22 E 23: CULPABILIDADE III E IV**

Potencial Conhecimento da Ilícitude. Teoria do Erro. Erro de Proibição. Erro de Tipo. Descriminantes Putativas.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA (ESCOLHA, NO MÍNIMO, UMA LEITURA):

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, pgs. 296-321, Capítulo 12, item 2, *Conhecimento do injusto e erro de proibição*; e pgs. 150-161, Capítulo 8, item 2, *Erro de Tipo*.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Vol. I. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, pgs. 396-402, Capítulo 33, item 5.2, *Potencial consciência sobre a ilicitude do fato*; e pgs. 293-305, Capítulo 31, *Erro de Tipo*.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. Vol. 1. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pgs. 374-398, Capítulo XXV, *Erro de tipo e erro de proibição*.

BIBLIOGRAFIA AVANÇADA

ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2ª Ed. Trad.: Diego-Manuel Luzon Peña *et. al.* Madrid: Editorial Civitas, 1997, pgs. 456-509, §12, II — *El error de tipo*; e pgs. 859-894, §21 — *El error de prohibición*.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal*: Parte General. Buenos Aires: Ediar, 2002, Capítulo XV: *Tipo doloso activo: aspecto subjetivo*, § 35, *Ausencia de dolo: error de tipo*, pgs. 531-545; e Capítulo XXII: *La inexigibilidad de comprensión de la criminalidad proveniente de error (errores exculpantes)*, § 48 e § 49, 724-742.

POTENCIAL CONHECIMENTO DA ILICITUDE

Trata-se da “consciência que o autor deve ter de que atua contrariamente ao direito²⁹”. Dessa forma, se o indivíduo estiver em erro sobre se seu comportamento está permitido (erro de proibição), excluir-se-á a culpabilidade se inevitável o erro, e atenuar-se-á se evitável.

²⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. Cit.*, p. 252.



Assim, não será culpável o indivíduo que, ao tempo do fato, não podia conhecer a proibição e, nesse sentido, agir de outro modo, atuar conforme o direito, por ausente o potencial conhecimento da ilicitude.

MÍDIA

MULHER LEVA TIRO APÓS CABELO MOICANO SER CONFUNDIDO COM PÁSSARO

Caso ocorreu em Grand Junction, no Colorado.

Tiro provocou ferimento leve na cabeça da vítima.

Um homem de 49 anos foi condenado a cinco anos de liberdade condicional em Grand Junction, no estado do Colorado (EUA), depois que atirou em uma mulher após confundir o cabelo vermelho moicano dela como sendo uma ave, segundo o jornal “Daily Sentinel”.

Derrill Rockwell disse à polícia que disparou a arma calibre 22 porque pensou que era um pássaro que tinha pousado em uma colina perto de sua casa no dia 5 de outubro. Logo depois do disparo, ele ouviu um gemido de dor de uma mulher.

O “pássaro” acabou por ser uma mulher de 23 anos. Por sorte, o tiro provocou um ferimento leve na cabeça da vítima. A mulher não chegou a comparecer na audiência no tribunal, pois já havia deixado o estado do Colorado.

“Em 15 anos, esse foi um dos casos mais interessantes que já trabalhei”, disse o policial Sean Crocker ao juiz, durante a audiência na última sexta-feira.

Fonte: Site G1 em 28/03/2012

<http://g1.globo.com/planeta-bizarro/noticia/2012/03/mulher-leva-tiro-apos-cabelo-moicano-ser-confundido-com-passaro.html>

CASO

“Eu não sabia que não podia!”

Erro de Proibição: APELAÇÃO CRIMINAL No. 0001542_TRF4

**AULAS 24 E 25: CULPABILIDADE V E VI**

Exigibilidade de Conduta Diversa. Causas Legais de Exclusão: coação moral irresistível e obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico. Causas Supralegais de Exclusão.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA (ESCOLHA, NO MÍNIMO, UMA LEITURA):

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, pgs. 322-341, Capítulo 12, item 3, *Exigibilidade de comportamento diverso*.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Vol. I. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, pgs. 403-412, Capítulo 33, item 5.3, *Exigibilidade de Conduta Diversa*.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. Vol. 1. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pgs. 362-365, Capítulo XXIV, item 2, *Coação irresistível e obediência hierárquica*.

BIBLIOGRAFIA AVANÇADA

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2002, Capítulo XXIII: *La inexigibilidad de otra conducta por la situación reductora de la autodeterminación*, § 50, pgs. 744-761.

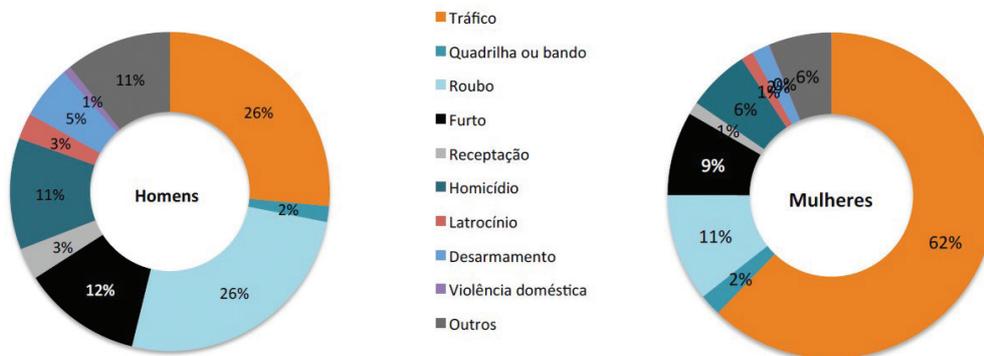
EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Para que se consubstancie a reprovabilidade do agente *capaz de conhecer a ilicitude do fato* que cometeu um injusto jurídico-penal, é preciso ainda, que dele seja possível, no momento do fato, exigir obediência ao direito. O último elemento caracterizador da culpabilidade é a possibilidade concreta que tem o autor de determinar-se conforme a lei.

Nesse ponto, o ordenamento jurídico admite que, em determinadas situações e sob circunstâncias específicas, o agente pode não ajustar sua conduta ao direito. É dizer, pois, em outros termos, que não há reprovabilidade se na situação em que se achava o agente não lhe era exigível comportamento diverso.

MÍDIA

Figura 6. Distribuição por gênero dos crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade, por tipo penal



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen Junho/2016

CASO

“Ou leva a droga. Ou morre.”

Apelação Criminal nº 0404730-69.2009.8.19.0001. TJ/RJ Relator: Des. Roberto Távora

Rio de Janeiro, 9 de junho de 2011.

Excludente de culpabilidade. Coação moral irresistível.

**AULAS 26 E 27: TENTATIVA E CONSUMAÇÃO I E II**

Iter criminis: etapas de realização do delito.

Desistência voluntária. Arrependimento eficaz. Arrependimento posterior.
Crime impossível.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA (ESCOLHA, NO MÍNIMO, UMA LEITURA):

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, pgs. 377-401, Capítulo 15, *Tentativa e Consumação*.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Vol. I. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, pgs. 245-263, Capítulo 26, *Consumação e Tentativa*; e pgs. 265-288, Capítulo 27, 28 e 29.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. Vol. 1. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pgs. 399-413, Capítulo XXVI, *Crime consumado e crime tentado*.

BIBLIOGRAFIA AVANÇADA

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal*: Parte General. Buenos Aires: Ediar, 2002, Capítulo XXV: *Las etapas del delito*, § 55 e § 56, pgs. 809-850.

CASO

“Quero, mas não posso X posso, mas não quero”.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0025401-51.2009.8.19.0205. TJ/RJ Relatora: Desembargadora Maria Angélica G. Guerra Guedes Rio de Janeiro, 11 de outubro de 2011.

Desistência voluntária?



MÍDIA

Ladrão arrependido devolve carro e manda carta para a vítima (6 de junho de 2016)

Vendedora autônoma foi surpreendida pela reação do assaltante, que disse que não serve para o crime.

Disponível em: <http://diariogaucho.clicrbs.com.br/rs/policia/noticia/2016/06/ladrao-arrependido-devolve-carro-e-manda-carta-para-a-vitima-5863622.html>

AULAS 28 E 29: CONCURSO DE PESSOAS I E II

Sujeito ativo e passivo do delito. Teoria do domínio do fato. Autoria direta; autoria indireta; coautoria e autoria colateral. Instigação e cumplicidade. Cooperação dolosamente distinta e participação de menor importância.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA (ESCOLHA, NO MÍNIMO, UMA LEITURA):

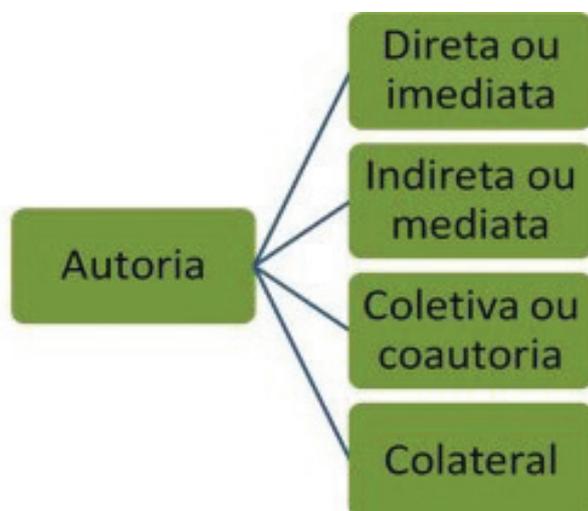
CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, pgs. 347-376, Capítulo 14, *Autoria e Participação*.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Vol. I. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, pgs. 415-450, Capítulo 34, *Concurso de pessoas*.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. Vol. 1. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pgs. 414-437, Capítulo XXVII, *Concurso de pessoas*.

AUTORIA E PARTICIPAÇÃO

- Autor *do fato*: aquele que tem o controle da *continuidade* ou *paralisação* da realização da ação típica = **Teoria do domínio do fato** (H. Welzel e C. Roxin)



- Partícipe *no fato*: contribuição dolosa a fato principal doloso



CASO

“Juntos na moto para ‘ganhar’ uma bolsa”

APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 0047287-42.2010.8.19.0021. TJ/RJ
APELAÇÃO CRIMINAL — ROUBO MAJORADO — CONCURSO
DE AGENTES — CONDENAÇÃO — APELOS DEFENSIVOS —
RESPONSABILIDADE PENAL COMPROVADA: Autoria e materialidade
devidamente comprovadas nos autos. Depoimento seguro e coerente da
vítima. — COAUTORIA — INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 29 DO CP —
PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA — INOCORRÊNCIA:
A atuação, em conjunto, dos apelantes, na execução da ação típica, impõe a
responsabilização de ambos, nos termos do artigo 29, do Código Penal.

MÍDIA

Quadrilha finge ser da PF e simula operação da Lava Jato para fazer arrastão
(14 de abril de 2016)

*Grupo invadiu apartamentos no prédio em que mora o empresário Ronan Maria
Pinto, alvo de ação da Polícia Federal na 27ª fase da Lava Jato, em Santo
André, no ABC Paulista.*

Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2016-04-14/quadrilha-finge-ser-da-pf-e-simula-operacao-da-lava-jato-para-fazer-arrastao.html>



AULA 30: PONDERAÇÕES DE FECHAMENTO DE CURSO



ANDRÉ MENDES

Doutor e Mestre em Direito pela PUC-RJ. Formado pela Emerj. Bacharel em Direito pela PUC-RJ. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) da Graduação da FGV DIREITO RIO.



FICHA TÉCNICA

Fundação Getúlio Vargas

Carlos Ivan Simonsen Leal
PRESIDENTE

FGV DIREITO RIO

Sérgio Guerra
DIRETOR

Antônio Maristrello Porto
VICE-DIRETOR

Thiago Bottino do Amaral
COORDENADOR DA GRADUAÇÃO

André Pacheco Teixeira Mendes
COORDENADOR DO NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA

Cristina Nacif Alves
COORDENADORA DE ENSINO