



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PRÓ-REITORIA DE GRADUAÇÃO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

APOSTILA DE

DIREITO PENAL I

Resumo: Material didático

2019/1

APRESENTAÇÃO

O singelo material didático apresentado tem por objetivo propiciar o aluno da disciplina Direito Penal I, a noção do conteúdo elementar e fundamental do Direito Penal referente à Parte Geral, discorrendo sobre o processo histórico, fontes e princípios do Direito, bem como a noção sobre a estrutura do crime entre outros institutos relacionados no conteúdo programático, como parte integrante do processo ensino aprendizagem no sentido de estimular e incentivar a compreensão do estudo pelo aluno, capacitando-o e habilitando-o a exercitar o Direito, nas diversas áreas, subsidiando sua atuação profissional considerando o aspecto ético e moral e o compromisso perante a comunidade na qual estará inserido.

CONTEÚDO PROGRAMÁTICO – DIREITO PENAL I

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

- 1.1 Fases: vingança privada, pública e divina.
- 1.2 Período humanitário
- 1.3 Escolas Penais
- 1.4 Evolução do Direito Penal Brasileiro: Das Ordenações Filipinas até hoje
- 1.5 Códigos: 1830, 1890, 1940, 1969, 1984.

2 DIREITO PENAL

- 2.1 Conceito e características
- 2.2 Novas tendências

3 CRIMINOLOGIA

- 3.1 Ciências auxiliares
- 3.2 Relação com outros ramos do direito

4 DA LEI PENAL

- 4.1 Conceito, classificação, técnica legislativa
- 4.2 Fontes: conceito e classificação
- 4.3 Princípio da legalidade: conceito, origem, alcance, exceções, princípios limitadores
- 4.4 Interpretação da lei: conceito e formas
- 4.5 Lei penal no tempo: princípios, leis temporárias, leis excepcionais e normas penais em branco
- 4.6 Lei penal no espaço: princípios, extraterritorialidade
- 4.7 Lei penal em relação às pessoas: imunidades, extradição, expulsão e deportação
- 4.8 Pena cumprida no estrangeiro, sentença penal estrangeira

5 DISPOSIÇÕES GERAIS

- 5.1 Contagem de prazo e frações não computáveis da pena
- 5.2 Legislação especial

6 INFRAÇÃO PENAL

- 6.1 Conceito
- 6.2 Sistemas: unitário, bipartido e tripartido
- 6.3 Distinção: entre crime e contravenção, crime e ilícito extra penal.

7 DO CRIME

- 7.1 Sistemas de conceituação
- 7.2 Elementos do crime
- 7.3 Condição de punibilidade, elementar e circunstância, pressupostos do crime.

8 DIVISÃO DOS CRIMES.

- 8.1 Comum especial, comum próprio e de mão própria
- 8.2 Crime comissivo, omissivo próprio e omissivo impróprio
- 8.3 Crime unissubsistente, plurissubsistente, monossujeivo e plurissujeivo
- 8.3 Instantâneo e permanente, simples e complexo
- 8.4 Crime material, formal e de mera conduta
- 8.5 Crime progressivo e progressão criminosa
- 8.6 Crime doloso, culposo, peterdoloso, qualificado pelo resultado
- 8.7 Crime consumado, tentado, exaurido, impossível

- 8.8 Crime: habitual, profissional, de trânsito e circulação
- 8.9 Crime: uniofensivo, pluriofensivos, plurilocais
- 8.10 Tipo aberto e tipo fechado, de conteúdo variado ou tipo misto

9 SUJEITOS E OBJETOS DO CRIME

- 9.1 Sujeito ativo: conceito, capacidade geral e especial
- 9.2 Sujeito passivo: conceito e classificação
- 9.3 Objeto do crime: conceito, classificação e noção sobre o interesse jurídico

10 CONDUTA

- 10.1 Teorias: causal, finalista, social
- 10.2 Ausência de conduta

11 OMISSÃO

- 11.1 Teorias: naturalística e normativa
- 11.2 Essência, relevância da omissão

12 RESULTADO

- 12.1 Resultado e dano
- 12.2 Formas de resultado

13 RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

- 13.1 Noções e teorias
- 13.2 Causalidade na omissão e superveniência causal

14 TIPICIDADE

- 14.1 Noções e evolução doutrinária
- 14.2 Conceito de tipo e tipicidade
- 14.3 Importância do tipo, elemento e estrutura
- 14.4 Adequação típica
- 14.5 Concepção material do tipo
- 14.6 Tipo total do injusto
- 14.7 Dolo: teorias, posição, classificação e elemento subjetivo
- 14.8 Culpa: conceito, tipicidade do crime culposo, adequação típica, espécies, formas graus, modalidades de culpa
- 14.9 Presunção de culpa, excepcionalidade do crime culposo
- 14.10 Erro de tipo: conceito, classificação, essencial e acidental: sobre o objeto quanto a pessoa, *aberratio ictus*, *aberratio causae* e *aberratio criminis*
- 14.11 Crime consumado: conceito, consumação e tipos de crimes – *inter criminis*
- 14.12 Tentativa: teorias, inadmissibilidade, classificação e punibilidade
- 14.13 Crime impossível: noções, teorias
- 14.14 Desistência voluntária e arrependimento eficaz, arrependimento posterior

15 ANTIJURICIDADE

- 15.1 Conceito, antijuridicidade e ilícito, antijuridicidade formal e material
- 15.2 Estado de necessidade: noções, teorias e requisitos
- 15.3 Legítima defesa: noções, teorias e requisitos
- 15.4 Exercício regular de direito: noções, hipóteses de exercício regular de direito
- 15.5 Estrito cumprimento de dever legal: noções e sujeito
- 15.6 Excesso nas causas justificativas

15.7 Causas supralegais de justificação

15.8 Consentimento do ofendido: noções, excludente de tipicidade e antijuridicidade

16 CULPABILIDADE

16.1 Teorias e conceito

16.2 Elementos da culpabilidade

16.3 Exclusão da culpabilidade

16.3.1 Inexigibilidade de conduta diversa

16.3.2 Erro de proibição

16.3.3 Descriminantes putativas

16.4 Coação irresistível e obediência hierárquica

16.5 Imputabilidade

16.5.1 Sistemas e conceito

16.5.2 Doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado

16.5.3 Culpabilidade diminuída

16.5.4 Menoridade

16.5.5 Emoção e paixão

16.5.6 Embriaguez

16.5.6.1 *Actio libera in causa* e responsabilidade objetiva na embriaguez

Ana Maria Duarte

CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO PENAL

DIREITO PENAL

Noções: A disciplina a qual estudaremos é denominada direito penal, que se ocupa de estudar os valores fundamentais sobre os quais assentam as bases da convivência e da paz social. Posto que o homem, por sua própria natureza, vive e coexiste em comunidade, e o **Direito** regula o convívio social, assegurando-lhes condições mínimas de existência, tanto é assim que a sociedade e Direito se pressupõem mutuamente, e se desenvolvem em um contínuo processo histórico cultural e social, no dizer do doutrinador Regis Prado, “conformando a experiência jurídica – de natureza axiológica -, a qual os fatos são aferidos em seus vínculos objetivos de significado, sentido ou fim (expressão normativo-fática)”.

Desse modo, ao regular ou organizar a vida do homem em sociedade, o direito se apresenta em geral sob forma de modelos de conduta exteriorizados em normas de determinação – **Dever - Ser**.

Assim, para que se possa compreender a filosofia e os princípios que regem o direito penal contemporâneo é preciso que se tenha uma visão do processo histórico que os precedeu.

Antes, porém de adentrarmos no conceito de direito se faz necessário explicar o significado de alguns termos que compõem o a disciplina de Direito.

Norma: aquilo que regula procedimentos ou atos; regra, princípio, padrão, lei, refere-se a um “termo que vem do latim e significa “esquadro”. Uma norma é uma regra que deve ser respeitada e que permite ajustar determinadas condutas ou atividades. No âmbito do direito, uma norma é um preceito jurídico”. (<https://conceito.de/norma>)

Direito: termo que “segue a lei e os bons costumes; justo, correto, honesto, de acordo com os costumes, o senso comum, as normas morais e éticas etc.; certo, correto, justo”. (<https://www.dicio.com.br/norma/>); desse modo podemos concluir que se trata de um conjunto de normas que regulam as relações sociais. Estudaremos as normas penais.

Norma penal é uma regra proibitiva, não escrita, que se extrai do espírito dos membros da sociedade, isto é, do senso de justiça do povo.

Lei é a regra escrita feita pelo legislador com a finalidade de tornar expresso o comportamento considerado indesejável e perigoso pela coletividade. É o veículo por meio do qual a norma aparece e sua observância torna-se cogente. A lei é por imperativo do princípio da legalidade descritiva e não proibitiva. A norma sim é proibitiva.

As leis penais estão escritas no **Código Penal** e em **leis esparsas** (fora do Código Penal) são estas chamadas de leis especiais ou extravagantes. Exemplo de leis extravagantes: Lei de tortura, Lei de drogas.

Conceito de Direito Penal: o Direito Penal é o setor ou parcela do ordenamento jurídico público que estabelece as ações ou omissões delitivas, combinando-lhes determinadas consequências jurídicas – penas ou medidas de segurança.

O Direito Penal é visto como uma ordem de paz pública e de tutela das relações sociais, cuja missão é proteger a convivência humana, assegurando, por meio da coação estatal, a inquebrantabilidade da ordem pública.

Cumprir lembrar que, nem sempre foi possível extrair o conceito de Direito Penal nos moldes do conceito contemporâneo, haja vista os fatos ocorridos entre a pré-história e a história, sendo constante desde a gênese das civilizações, a preocupação, dos povos antigos, com as regras que definem o crime e as penas a serem aplicadas aos infratores. Sendo inconteste que, com o aparecimento do homem sobre a terra, surgiu também o crime. Um dos mais antigos livros que se tem acesso, a Bíblia, já relata o assassinato de Abel por seu irmão Caim e a consequente pena de banimento que lhe foi aplicada por Deus. Com o surgimento da escrita, considerada como marco divisório entre a pré-história e a história, trouxe a possibilidade de gravação das leis, como o famoso Código de Hamurabi, entre outros que serão visto no ponto I do conteúdo programático – com explicações pertinentes ao desenvolvimento da evolução histórica do Direito Penal, descrita em fases nas quais os princípios e aspectos distintivos não se sucedem de forma estritamente linear.

Ponto I
EVOLUÇÕES HISTÓRICAS DO DIREITO PENAL

Noções: A história penal existe desde os primórdios dos tempos, entretanto com o sistema orgânico de princípios, e conquista da civilização, como diz Noronha, data de ontem.

O direito contemporâneo tornou-se positivo recentemente, a Revolução Francesa é o marco dessa passagem, a qual traz a noção de que o poder jurídico emanado do povo, sendo exercido por representantes e pelo Estado. A manifestação máxima desse poder é a norma jurídica, principalmente na forma da **lei**, mas também na forma de **contratos** e **sentenças**.

A pena, em sua origem remota, nada mais significava senão a fase da vingança, consistindo no revide à agressão sofrida, não havia a preocupação com a proporcionalidade, nem com a justiça, sendo que os historiadores que a pena foi dividida em várias fases, considerando como as mais antigas: “A Vingança Privada” com a famosa Lei de Talião, “A Vingança Divina” onde direito e religião se confundiam e a “Vingança Pública” cuja principal finalidade era a segurança do monarca que detinha o poder absoluto.

Depois veio o “Direito Romano” que foi o grande antepassado das leis atuais e introduziu conceitos inovadores como graus de culpa. Também o “Direito Germânico” inovou com a definição de uma “ordem de paz” que poderia ser rompida pelo crime. O “Direito Canônico” substituiu as penas patrimoniais pelo encarceramento.

O Iluminismo propiciou a conscientização de uma visão ética sobre o homem e o tratamento que a ele deveria ser dado. Surgiu, juntamente com a Teoria do Contrato Social, o “Período Humanitário” com a contribuição importante do Marquês de Beccaria, que teve um papel decisivo na elaboração de um novo Direito Penal mais compassivo e respeitador do indivíduo.

Assim como as escolas penais que constituem as diversas correntes filosófico-jurídicas sobre crimes e punições que apareceram nos Tempos Modernos. Vejamos cada uma delas, ressalta-se, entretanto, que uma fase não sucede a outra,

integralmente, o que se verifica é a existência concomitante dos princípios característicos de cada fase que se entrelaça na outra e por bom tempo permanece a seu lado.

1.1 – FASES DA VINGANÇA PENAL

FASE DA VINGANÇA PRIVADA – a reação à agressão era a regra nas sociedades mais primitivas, entretanto, a reação passou a ser de seu grupo e mais tarde do conglomerado social, esta evolução deu origem à vingança privada, a qual não guardava proporcionalidade com a ofensa. Surge, então, **Talião** (de talis = tal) – a primeira delimitação ao castigo, a qual limitava a reação à ofensa a um mal idêntico ao praticado (sangue por sangue, olho por olho, dente por dente).

Talião foi adotado no Código de Hamurabi da Babilônia (séc. XXII a.c.), no Êxodo do povo hebraico, nas XII Tábuas de Roma.

Com Talião surgiu também a composição, preço em moeda, gado, vestes etc, onde o ofensor comprava do ofendido o direito de represália (permanece até hoje entre os povos na forma de indenização, multa, dote etc). Na denominada fase da vingança privada, cometido um crime, ocorria a reação da vítima, dos parentes e até do grupo social (tribo), que agiam sem proporção a ofensa, atingindo não só o ofensor, como todo o seu grupo. A inexistência de um limite (falta de proporcionalidade) no revide à agressão, bem como a vingança de sangue foi um dos períodos em que a vingança privada constituiu-se a mais frequente forma de punição, adotada pelos povos primitivos.

A vingança privada constituía uma reação natural e instintiva, por isso, foi apenas uma realidade sociológica, não uma instituição jurídica.

Duas grandes regulamentações, com o evolover dos tempos, encontrou a vingança privada: o talião e a composição. Apesar de se dizer comumente pena de talião, não se tratava propriamente de uma pena, mas de um instrumento moderador da pena. Consistia em aplicar no delinquente ou ofensor o mal que ele causou ao ofendido, na mesma proporção.

Foi adotado no código de Hamurabi:

- “Art. 209 – Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez siclos pelo feto”.
- "Art. 210 – Se essa mulher morre, então deverá matar o filho dele”.

Também encontrado na Bíblia Sagrada:

- "Levítico 24, 17 – Todo aquele que feriu mortalmente um homem será morto”.

Assim como na Lei das XII Tábuas.

- "Tábua VII, 11 – Se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se houver acordo”.

"Ut supra", o Talião foi adotado por vários documentos, revelando-se um grande avanço na história do Direito Penal por limitar a abrangência da ação punitiva.

Posteriormente, surge a composição, através do qual o ofensor comprava sua liberdade, com dinheiro, gado, armas, etc. Adotada, também, pelo Código de Hamurabi (Babilônia), pelo pentateuco (Hebreus) e pelo Código de Manu (Índia), foi largamente aceita pelo Direito Germânico, sendo a origem remota das indenizações cíveis e das multas penais.

“Se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se houver acordo”. XII Tábuas.

FASE DA VINGANÇA DIVINA – Nos primórdios dos tempos o direito penal impregnou-se num sentido místico, já que se devia reprimir o crime como satisfação à divindade pela ofensa sofrida. O castigo ou oferenda era cruel, pois deveria guardar relação com a grandeza do deus ofendido. Visava, especialmente, a intimidação. A administração da sanção penal ficava a cargo dos sacerdotes que, como mandatários dos deuses, encarregavam-se da justiça. Foi adotado pelo Código de Manu, da Índia, Cinco Livros do Egito, Código de Hamurabi, pelos povos do Oriente Antigo, dentre outros.

Aqui, a religião atinge influência decisiva na vida dos povos antigos, pode-se afirmar que a religião confundia-se com o Direito.

FASE DA VINGANÇA PÚBLICA – Nesta fase a pena, além do caráter de intimidação, tem por objetivo a segurança do príncipe ou soberano. Teve origem entre os gregos, romanos, germânicos, canônico, medieval. Permanece

o caráter religioso, pois a proteção ao soberano se justifica porque este era o intérprete e mandatário de seu deus. Com uma maior organização social, especialmente com o desenvolvimento do poder político, surge, no seio das comunidades, a figura do chefe ou da assembléia. A pena perde sua índole sacra para transformar-se em uma sanção imposta em nome de uma autoridade pública, representativa dos interesses da comunidade.

Não era mais o ofendido ou mesmo os sacerdotes os agentes responsáveis pela punição, mas o soberano (rei, príncipe, regente). Este exercia sua autoridade em nome de Deus e cometia inúmeras arbitrariedades.

A pena de morte era uma sanção largamente difundida e aplicada por motivos que hoje são considerados insignificantes. Usava-se mutilar o condenado, confiscar seus bens e extrapolar a pena até os familiares do infrator.

Embora a criatura humana vivesse aterrorizada nessa época, devido à falta de segurança jurídica, verifica-se avanço no fato de a pena não ser mais aplicada por terceiros, e sim pelo Estado. Vejamos como se deu o desenvolvimento da vingança pública de acordo com os povos que a originaram.

Gregos - dividiam o crime em público e privado, conforme a predominância do interesse ofendido, distribuindo a repressão às respectivas vítimas. Mais tarde surgiu a crimina extraordinária, esvaziando o conteúdo dos crimes privados. Finalmente, a pena se tornou, em regra, pública.

Romanos - não fugiram às imposições da vingança (Talião e composição). Inicialmente o direito penal também teve seu caráter religioso, porém, mais tarde houve a separação do direito da religião. Contribuiu o direito romano para com a evolução do direito penal, com a criação de princípios penais sobre o erro, culpa, dolo, imputabilidade, coação irresistível, agravantes, atenuantes, legítima defesa etc.

Germânicos - O direito penal **germânico** era constituído de costumes (não havia escritas). A vingança privada era acentuada, somente mais tarde Talião e o Cristianismo influenciaram-no. No processo, vigoravam os 'ordálios' ou 'juízos de Deus' (prova do ferro em brasa) e os duelos judiciais (pessoalmente ou por lutadores profissionais).

Direito Penal Canônico situa-se entre o direito romano/germânico e o moderno. Era influenciado pelo cristianismo. Ordenamento jurídico da igreja Católica Apostólica Romana – formada pelo *Corpus Juris Canonici*, resultado do *Decretum Gratiani* (1140) sucedidos pelos decretos dos pontífices romanos (sec. XII), de Gregório IX (1234) de Bonifácio VIII (1298) e pelas Clementinas, de Clemente V (1313). Outra fonte canônica eram os *libri poenitentiales*.

Os livros penitenciais eram instruções dadas aos confessores para administrar o sacramento da penitencia e nos quais estavam incluídas as penitencias que deviam ser impostas aos diversos delitos e pecados

O papel da lei penal da igreja católica foi de suma relevância, por duas razões: a primeira, porque fez com que as tradições jurídicas romanas penetrassem em definitivo na vida social do ocidente; a segunda – porque contribuiu para civilizar as práticas brutais germânicas, adaptando-as á vida pública acentuou-se o aspecto subjetivo do crime e a responsabilidade penal, tentou banir os ordálios e os duelos judiciários. Buscou a regeneração do criminoso pelo arrependimento, paradoxalmente foi aos excessos da inquisição. Não aceitou a pena de morte, entregando o condenado ao poder civil para a execução.

Assim, a igreja contribuiu para com a humanização do direito penal, embora tivesse por objetivo a predomínio do papado. A influência do cristianismo na legislação penal foi extensa e importante, pois contribuiu para a humanização das penas (*Ecclesesia non sanguinem*) de modo a fortalecer o caráter público do direito penal. Nesse sentido, merecem destaque duas instituições: a trégua de Deus e o direito de asilo. a) - A vingança privada teve nesse direito um limite real e definitivo; b) – afirmou o princípio da igualdade entre os homens, perante Deus; c) – acenou o aspecto subjetivo do delito, distinguindo o dolo (*animus/sciens*) e culpa (*negligentia*), todavia não estabeleceu regra geral em sede de tentativa; d) valorizou e mitigou a pena pública; e e) – inspirou a penitenciária – internação em monastério, em prisão celular.

Para se der ideia da importância do Direito Canônico no direito penal, faz-se necessário ter em conta alguns fatores, como, o caráter ecumênico da igreja – desde os primórdios, o cristianismo se coloca como a única religião de

caráter universal (para todos os homens); algumas áreas do direito como (casamento, divórcio) foram regidas pelos Tribunais religiosos, com exclusão dos tribunais leigos; o Direito Canônico foi, durante parte da idade média, o único direito escrito, constituindo-se o objeto de estudos jurídicos doutrinários. Exerceu, desse modo, como direito escrito erudito, profunda influencia no desenvolvimento do direito leigo.

OBS.: em 25 de janeiro de 1983 foi promulgado o novo Código de Direito Canônico pelo Papa João Paulo II.

*Como diz Foucault, as punições são menos diretamente físicas uma há certa discrição na arte de fazer sofrer, um arranjo de sofrimentos mais sutis, mais velados e despojados de ostentação.

* Recomendo a leitura da obra 'Vigiar e Punir' de Michel Foucault.

Direito Penal Comum – consiste no resultado da fusão do Direito romano; direito germânico; Direito canônico e dos direitos nacionais, com a prevalência do primeiro especialmente após o sec. XII, por obra dos práticos. O renascimento dos estudos romanísticos dá lugar ao fenômeno chamado recepção. O renascimento dos estudos de direito romano deve como efeito principal restaurar na Europa o sentimento do Direito, de sua dignidade, de sua importância para assegurar a ordem e o progresso social.

1.2 - PERÍODO HUMANITÁRIO – Movimento codificador (fim do séc. XVIII)

período considerado contra os excessos da fase anterior, emerge, como no chamado Século das Luzes (Sec. XVIII), surgiu como uma reação humanitária ou reformadora decorrente do iluminismo, concepção filosófica que se caracteriza por ampliar o domínio da razão e todas as áreas da experiência humana – Os pensadores europeus constituíram com suas ideias um dos mais importantes movimentos da história da humanidade: o iluminismo. Que constitui uma corrente de ideias vem a ser uma atitude cultural e espiritual de grande parte da sociedade da época, cujo objetivo e a difusão do uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os aspectos, como produto de

embate de duas linhas bem distintas: o racionalismo cartesiano e o empirismo inglês.

Na filosofia iluminista, o problema punitivo estava completamente desvinculado das preocupações éticas religiosas; o delito encontrava sua razão de ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva.

Coube à doutrina jusnaturalista (crista racionalista) a defesa dos direitos humanos diante do estado, e merece especial destaque o papel dos filósofos franceses – enciclopedistas: Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu (*L'Esprit des lois*) François-Marie Aroult Voltaire (*Traité sur tolerance*); Jean Jaques Rousseau (*Contrato social*) propôs novo fundamento à justiça penal. Nesse ambiente político cultural, de crítica e de reforma, surge na Itália a figura proeminente de Cesare Bonessana – Marques de Beccaria com sua obra (*Dei delitti e dele pene*) ‘Dos delitos e das penas’ (1767) que, inspirado, nas concepções de outros iluministas como Montesquieu e Rousseau, Locke e Helvétius.

As ideias contidas na famosa obra de Beccaria, um verdadeiro breviário de política criminal, além de causar grande repercussão, que marcaram o nascimento do Direito Penal moderno, sendo o primeiro doutrinador que desenvolveu a ideia da estrita legalidade dos crimes e das penas.

*O iluminismo teve como fundamento histórico a teoria do ‘Contrato social’ de Rosseau, nesta obra este pensador construiu a teoria de que o Estado teve origem num contrato social, fez do Estado um mero instrumento de garantia dos chamados direitos do homem. A missão do Estado praticamente se limita a proteção efetiva desses direitos. Nascido com a preocupação de reagir ao absolutismo monárquico, o iluminismo preconiza a limitação do poder do Estado, garantindo ao cidadão uma faixa de ação. Veja mais sobre o assunto no estudo do capítulo III, deste estudo.

São os principais postulados do filósofo Beccaria, perfilhados por Mirabete:

1. Os cidadãos, por viverem em sociedade, cedem apenas uma parcela de sua liberdade e direitos. Por essa razão, não se podem aplicar penas que atinjam direitos não cedidos, como acontece nos casos da pena de morte e das sanções cruéis.
2. Só as leis podem fixar as penas, não se permitindo ao juiz interpretá-las ou aplicar sanções arbitrariamente.
3. As leis devem ser conhecidas pelo povo, redigidas com clareza para que possam ser compreendidas e obedecidas por todos os cidadãos.
4. A prisão preventiva (ocorre antes da condenação, ex.: ex-goleiro Bruno) somente se justifica diante da prova da existência do crime e de sua autoria.
5. Devem ser admitidas em Juízo todas as provas (ex.: testemunha, documento, confissão...), inclusive a palavra dos condenados.
6. Não se justificam as penas de confisco, que atingem os herdeiros do condenado, e as infamantes, que recaem sobre toda a família do criminoso (a pena não pode passar da pessoa do condenado).
7. Não se deve permitir o testemunho secreto, a tortura para o interrogatório e os Juízos de Deus, que não levam à descoberta da verdade.
8. A pena deve ser utilizada como profilaxia (remédio) social, não só para intimidar o cidadão, mas também para recuperar o delinquente.

* Recomendo a leitura das obras: Dos delitos e das penas de Cesare Beccaria e Contrato Social de Jean-jacques Rousseau.

Em 1789 a Revolução Francesa culminou na Declaração dos Direitos do Homem a qual consagra os fundamentais direitos humanos, ainda hoje atuais. * É possível obter o conteúdo desta Declaração na Internet.

3. DOCTRINAS E ESCOLAS PENAIS

Segundo Flávio A. M. Bastos, dá-se o nome de 'escolas penais' ao pensamento jurídico-filosófico acerca da origem do delito, dos fundamentos e dos objetivos do sistema penal.

Destacam-se, a rigor, duas Escolas: a **Clássica** e a **Positiva**, cada qual apregoando uma visão diferente sobre o fundamento da responsabilidade penal do criminoso, divergindo ainda quanto ao conceito de crime e a finalidade da pena. Há também a Escola **Eclética**.

Em outras palavras as escolas penais estudam o crime, o criminoso e a pena.

ESCOLA CLÁSSICA (Sec. XIX - 1788/1888) – Denomina-se Escola Clássica o conjunto de escritores, pensadores, filósofos e doutrinadores que adotaram as teses ideológicas básicas do iluminismo, que foram expostas magistralmente por Beccaria. Foi assim nomeada pelos positivistas para designar o pensamento dos criminalistas que os antecederam. Merecem destaque Beccaria, Anselmo Von Feuerbach na Alemanha. Gian Domenico Romagnosi, na Itália. Jeremias Bentham, na Inglaterra e Anselmo Von Feuerbach na Alemanha. Romagnosi concebe o Direito Penal como um direito natural, imutável e anterior às convenções humanas, que deve ser exercido mediante a punição dos delitos passados para impedir o perigo dos crimes futuros. Jeremias Bentham considerava que a pena se justificava por sua utilidade: impedir que o réu cometa novos crimes, emendá-lo, intimidá-lo, protegendo, assim a coletividade. Anselmo Von Feuerbach opina que o fim do Estado é a convivência dos homens conforme as leis jurídicas. A pena, segundo ele, coagiria física e psicologicamente para punir e evitar o crime.

Esta escola tem como seus principais postulados:

- 1. A responsabilidade penal é fundada no livre-arbítrio (os imputáveis têm livre arbítrio). Onde não existir livre-arbítrio não haverá pena. Um gerente que é obrigado a abrir o cofre para os criminosos, por exemplo, não teve livre arbítrio, logo não responde pelo crime de roubo ao banco.**

2. A razão de ser da pena é a retribuição (castigo) jurídica e a defesa social (prevenção da prática dos delitos).
3. O conceito de crime depende da lei. É, pois, violação da lei penal. Princípio da reserva legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).
4. O direito penal é uma ciência dogmática, baseado em conceitos racionalistas. Logo, primeiro se fixa os princípios gerais, a partir dos quais se deduzem as regras particulares.

ESCOLA POSITIVA – surgiu com o despontar da filosofia positivista e o florescimento dos estudos biológicos e sociológicos. Essa escola, produto do naturalismo, sofreu influencia das doutrinas evolucionistas (Darwin, Lamarck); materialista (Buchner, Haeckel e Molenschott); sociologia (Comte, Spencer, Ardig, Wundt); frenológica (Gall); Fisionômica (Lavater) e ainda dos estudos de Villari e Caettaneo. A orientação positivista – de caráter unitário e cosmopolita – apresenta três grandes fases, tendo cada qual um aspecto predominante e um expoente máximo. São elas: a)- fase antropológica: Cesare Lombroso (*L'uomo delinquente* - 1876), b)- Fase sociológica: Enrico Ferri (*Sociologia criminale* – 1892); c)- Fase jurídica: Rafael Garafalo (*Criminologia* – 1885).
Vejam os cada uma dessas fases

FASE ANTROPOLÓGICA - Surgiu com Lombroso com a obra 'O homem delinquente' (1876), impugnava a ideia do livre-arbítrio, sustentando a existência do criminoso nato (atávico), elencando-lhe caracteres antropológicos.



Criminoso Nato - C. Lombroso

Lombroso, após estudos feitos em indivíduos que cometeram crimes (vivos e mortos), mais de quatrocentas autópsias em criminosos e analisando mais de seis mil delinquentes vivos - todo esse trabalho com o objetivo de encontrar características físicas e psicológicas que diferenciasssem o indivíduo criminoso nato, por paixão, loucos e de ocasião, do não criminoso, traçou as suas características fisionômicas, a exemplo, o quadro comparativo relativo à íris:

ÍRIS	AGRESSORES%	VIOLADORES%	ESCROQUES%	HOMICIDAS%
Marrom	62,8	47,4	48,1	63,0
Azul	32,7	49,2	50,6	34,0
Esverdeada	4,5	3,4	1,2	2,2

Já Enrico Ferri, contribuiu, com a tese de negação denominada de, FASE SOCIOLÓGICA – com a tese sobre a negação do livre-arbítrio (determinismo biológico - social), a responsabilidade social, a teoria dos substitutivos penais e a classificação dos delinquentes em natos, loucos ocasionais, habituais e passionais.

Para Ferri 'Novos horizontes no direito e no processo penal', a causa do delito é justificada pelo trinômio de fatores: antropológicos, sociais e físicos. Antropológicos – diz respeito à existência do criminoso nato; Físico – considera o ambiente físico em que o homem vive (clima, topografia); e Sociais – família, religião, educação, alcoolismo, organização política e econômica etc.

FASE JURIDICA – Garafalo opera a sistematização jurídica da escola, estabelecendo a periculosidade como base da responsabilidade; a prevenção especial como fim da pena; a noção de delito - obstáculo, de caráter preventivo; e a definição de delito natural como a violação dos sentimentos altruísticos fundamentais de piedade e proibidade, na medida em que se encontram na humanidade civilizada, por meio de ações nocivas á coletividade.

Esta Escola tem como seus principais postulados:

- 1. A responsabilidade penal é fundada em fatores biológicos, físicos e sociais (* não na vontade humana, logo não tem culpa a delinquente de ter procedido mal)**
- 2. A pena tem por finalidade a defesa social, a recuperação do delinquente ou sua neutralização em casos irrecuperáveis (não precisa haver correspondência com o crime).**
- 3. O crime é um fato humano influenciado por fatores individuais, físicos e morais.**
- 4. Esta ciência baseia-se no método experimental. Primeira observa-se os fatos, experimentando-os, para obter, intuitivamente os princípios gerais dos quais emanam as regras.**

A Escola Positiva contribuiu para com a luta contra o crime, ao questionar a utilidade da pena, ao realizar estudos sobre a pessoa do criminoso, fundou a antropologia criminal (Lombroso), visando uma explicação causal para o comportamento antissocial do homem criminoso, como afirma Flávio Monteiro.

Sugiro a leitura da obra de César Lombroso 'O homem delinquente'.

ESCOLAS ECLÉTICAS – Estas Escolas mesclam o pensamento das Escolas anteriores, dentre elas merecem destaque:

TERCEIRA ESCOLA – Abraça o princípio da responsabilidade moral, distinguindo os imputáveis dos inimputáveis. A pena tem por fim a defesa social, mas não perde seu caráter de punição e distingue-a da medida de segurança.

ESCOLA DA POLÍTICA CRIMINAL (Von Liszt) – Defende a pena de fim, visando a defesa social (Positivista), afasta a pena retributiva (castigo). Distingue a pena da medida de segurança. Impugna a ideia do criminoso nato. Aceita a distinção entre imputáveis e inimputáveis. Nega o livre arbítrio, para ele todo homem mentalmente desenvolvido e são de consciência é imputável. A questão do livre arbítrio (liberdade de querer) é estranha ao direito penal.

ESCOLA DO TECNICISMO JURÍDICO – Para este movimento italiano deve-se abstrair do direito penal toda investigação filosófica, antropológica e social, porque o direito penal é o que está na lei, somente o método técnico-jurídico deve ser aplicado para estudar a norma em vigor.

ESCOLA CORRECCIONALISTA (Roeder) – Tem inspiração clássica, para esta Escola o Estado deve adaptar o criminoso à vida social. A finalidade da pena é a correção. Não se deve castigar, mas tão somente recuperar o delinquente.

O Correccionalismo, embora criticado por diversos penalistas em nossos dias, encontra como simpatizante um dos maiores penalistas modernos – Luis Jimenez de Asúa – conquanto permite ao direito penal respirar em termos mais humanos, eliminando o caráter repressivo da penal.

1.4 - EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

DIREITO PENAL

No **período colonial** (a partir de 1512), esteve em vigor no Brasil as Ordenações Afonsinas e depois as Manuelinas, substituídas estas últimas pelo

Código de D. Sebastião. Passou-se, então, para as Ordenações Filipinas, que refletiam o direito penal medieval. O Crime era confundido com o pecado e com a ofensa moral, punindo-se severamente os criminosos. As penas mais comuns eram: morte, açoites, mutilação, queimaduras, degredo etc.

1.5 CÓDIGOS PENAIS

Em **1830**, com a proclamação da República, foi elaborado o Código Penal, aboliu a pena de morte, passou por várias críticas e reformas até culminar com a Consolidação das Leis Penais em 1932.

Em **1942**, entrou em vigor o Código Penal, o qual adotou os postulados das Escolas 'Clássica' e 'Positiva', adotou o dualismo culpabilidade-pena e periculosidade-medida de segurança, levou em conta a personalidade do criminoso e aceitou, excepcionalmente, a responsabilidade objetiva. Nelson Hungria assume papel de destaque na elaboração deste código. Em **1969**, tentou-se em vão substituí-lo pelo Decreto-lei 1.004/69.

Em **1984** ocorreu a reforma do sistema penal. Destaca-se Francisco de Assis Toledo. Suas principais inovações, segundo Mirabete, foram:

- 1. A reformulação do instituto do erro, adotando-se a distinção entre erro de tipo e erro de proibição como excludentes de culpabilidade.**
- 2. A norma especial referente aos crimes qualificados pelo resultado para excluir a responsabilidade objetiva.**
- 3. A reformulação do capítulo referente ao concurso de agentes para resolver o problema do desvio subjetivo entre os participantes do crime.**
- 4. A extinção da divisão entre penas principais e acessórias e a criação das penas alternativas (restritivas de direito) para os crimes de menor potencial ofensivo.**
- 5. A criação da chamada multa reparatória.**

6. O abandono do sistema duplo-binário das medidas de segurança e a exclusão da presunção de periculosidade.

A reforma será compreendida pelo acadêmico no decorrer do estudo de penal I e II.

O Código de 1984, influenciado pelo movimento humanista, procurou evitar a prisão substituindo-a por novas medidas penais (art. 43 CP) para os crimes de pequena relevância. A existência da culpabilidade passa a ser indispensável à responsabilidade penal.

Esta nova lei não deu respostas ao progressivo aumento da violência urbana e da criminalidade. Como resposta aos anseios sociais e preservação dos direitos e garantias individuais, em 1990 foi editada a Lei 8.072 (Leis dos crimes hediondos), embora seja patente o fato de que a criação de novas leis ganha pouca relevância quando se trata de expansão da criminalidade.

*Além do código penal há as leis especiais (ou extravagantes).

Considerações sobre o Código Penal Brasileiro

O Código Penal Brasileiro é o conjunto de leis que visa a um só tempo defender os cidadãos e punir aqueles que cometam crimes e infrações.

Criado em 1940, o Código passou, ao longo dos anos, por modificações com o propósito de modernizá-lo e torná-lo mais coerente com as características da sociedade atual. Exemplos desse processo de atualização são: a introdução da Lei Maria da Penha, que tem como objetivo punir os crimes cometidos contra a mulher; a inclusão do sequestro-relâmpago como crime; indicação do atentado violento ao pudor na categoria de crimes contra a dignidade sexual, na modalidade estupro, entre outros.

O **código penal vigente no Brasil** foi criado pelo decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, pelo então presidente Getúlio Vargas durante o período do Estado Novo, tendo como ministro da justiça Francisco Campos. O

atual código é o 3º da história do Brasil e o mais longo em vigência, os anteriores foram os de 1830 e 1890.

Apesar da criação em 1940, o atual Código só entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1942 (artigo 361).

O Código teve origem em projeto de Alcântara Machado, submetido ao trabalho de uma comissão revisora composta de Nelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e Roberto Lira. Há referências históricas quanto a colaborações do Ministro Antônio José da Costa e Silva e, na parte da revisão redacional, de Abgar Renault, mas estes não faziam parte direta da referida comissão.

A interpretação do Código Penal à luz da Constituição Federal revela os seguintes princípios basilares: a legalidade, devido processo legal, culpabilidade, lesividade, proporcionalidade, individualização, humanização e valor social da pena, subsidiariedade, fragmentariedade. Enfim, a lei penal brasileira é uma barreira de defesa do indivíduo em face do poder punitivo do Estado.

Considerado pela doutrina como um Código eclético, vez que teria conciliado o pensamento clássico e o positivismo.

O Direito Penal atribuía-se finalidade retributiva e preventiva.

O Código Penal sofreu alterações importantes em 1977 (Lei 6.416, de 24/5/77), bem como uma reformulação da sua Parte Geral em 1984 (Lei 7.209, de 11/7/84).

A reforma do Código Penal de 1984: tal reforma resultou na modificação da Parte Geral do Código em uma tentativa de adaptar-se o Código à dogmática vigente, com inspiração finalista ao conferir às penas criminais o papel ressocializador (cujo principal instrumento foi o sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade). Esta reforma decorreu de uma exigência histórica de mudança da própria sociedade, “mudam-se certas regras de comportamento”. A filosofia que se buscou imprimir ao Código Penal com essa reforma, no que se refere à pena, reside no dever de castigar, com intenção primeira de prevenir e com escopo final de ressocializar.

ESTRUTURA DO CÓDIGO PENAL:

Código penal está dividido em

Parte geral (art. 1º a 120)

Parte especial (art. 121 a 361)

a) Parte Geral - subdivida em 08 títulos, dedica-se a estabelecer regras gerais do Direito Penal;

b) Parte Especial - contém 11 títulos com enfoque na descrição das condutas criminosas e a definição de suas respectivas penas.

Obs. O Direito Penal atua a partir da seleção de bens jurídicos; isto é, o legislador seleciona dentre aqueles bens que entende mais relevantes e incrimina a conduta que atente contra ele: está criado o bem jurídico-penal. Basta observar o índice da parte especial do Código Penal para aferir, que cada título corresponde a um bem jurídico protegido (ex. título I - dos crimes contra a pessoa; Título II dos crimes contra o patrimônio; etc.).

Novas Tendências: a doutrina moderna vem afirmando que não é absoluta a liberdade do legislador para incriminar condutas; deve a conduta alcançada pelo Direito Penal atingir bem jurídico previsto na Constituição da República (ex.: vida, patrimônio – ambos previstos no art. 5º, *caput*, da CF), isto para não entrar em choque com o princípio da proporcionalidade.

Com a entrada em vigor da nova Parte Geral, muitas foram as alterações promovidas no corpo do Código Penal, o que sem dúvida, quebra a harmonia do texto normativo e produz severas incongruências na legislação.

Após a reforma da Parte Geral de 1984 mais de trinta leis já foram editadas, destas merecem destaques:

Lei nº 8.072/90 Lei dos Crimes Hediondos;

Lei nº 13.546/17 que altera penas previstas no Código de Trânsito para crimes cometidos na direção de veículos automotores;

Lei nº 9.677/98, que aumentou o rigor punitivo dos crimes contra a saúde pública;

Lei nº 9.714/98 responsável pela ampliação das penas alternativas;

Lei nº 10.028/2000, que instituiu os crimes contra as finanças públicas;

Lei n.º 10.741/03, Estatuto do Idoso;
Lei n.º 11.106/05, que modernizou o tratamento penal dos crimes sexuais;

Lei n.º 1.340/06, Lei Maria da Penha;

Lei n.º 11.596/07, que alterou o elenco das causas interruptivas de prescrição;

Leis nº 12.012, nº 12.015 e nº 12.033, todas de 2009, responsáveis pela inserção de favorecimento real impróprio (\art. 349-A, pela introdução dos crimes contra a dignidade sexual e pela alteração da ação penal no crime de injúria qualificada pelo preconceito);

Lei n.º 12.234/10, que mudou o regime jurídico da prescrição, entre outras recentes como 13.718/18.

Destaque da Legislação Penal Especial: que exige o conhecimento das regras gerais e dos tipos penais contido no Código Penal, mas também de textos esparsos, nos seguintes diplomas:

Decreto-Lei n.º 3.688/41, Lei das Contravenções Penais;

Lei nº 1.521/51, Crimes Contra a economia popular;

Lei n.º 2.889/56, genocídio;

Lei n.º 4.737/65, Código Eleitoral, com dispositivos penais arts. 283 a 354;

Lei n.º 6.657, de 05/06/79 Crimes de abuso de autoridade;

Decreto-Lei n.º 201/67 crimes de responsabilidade de prefeitos;

Lei n.º 6.766/79 Lei de Loteamentos, com normas penais nos arts. 50 a 52;

Lei n.º 7.10/83, Lei de Segurança Nacional;

Lei n.º 7.492/86, Lei dos crimes de colarinho branco;

Lei n.º 7.716/89 crimes de preconceito;

Lei n.º 8.069/90 Estatuto da Criança e do Adolescente, cuja parte penal encontra-se nos arts. 228 a 244-B;

Lei n.º 8.72/90, Lei dos crimes hediondos;

Lei n.º 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, que trata dos crimes nos arts. 61 a 78;

Lei n.º 8.137/90, crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo;

Lei n.º 8.176/91, crimes contra a ordem econômica;

Lei n.º 8.666/93, Lei de Licitações, com normas penais nos arts. 89 a 99;

Lei n.º 9.034/95 Lei de Transplante de Órgãos, com tipos penais nos arts. 14 a 20;

Lei n.º 9.503/97, Código de Transito Brasileiro, cujo conteúdo penal está nos arts. 291 a 312;

Lei n.º 9.605/98 Lei Ambiental, que regula normas penais nos arts. 29 a 69;

Lei n.º 9.613/98, Lei de lavagem de bens e capitais;

Lei n.º 10.826/03, Estatuto do Desarmamento;

Lei n.º 10.714/03, Estatuto do Idoso, parte penal nos arts. 93 a 109;

Lei n.º 11.101/05, Lei de Falências, que trata dos crimes nos arts. 168 a 182;

Lei n.º 11.105/2005, Lei de Biossegurança, dispositivos penais arts. 24 a 29;

Lei n.º 11.252/05, Lei sobre Armas Químicas, o art. 4º tipifica de forma ampla o uso e desenvolvimento de armas químicas;

Lei n.º 11.340/06, Lei Maria da penha;

Lei n.º 11.343/2006, Lei Antidrogas;

Lei n.º 12.299/10, que imprimiu mudanças no Estatuto do Torcedor, Lei 10.671/03, criando diversas figuras típicas.

Verifica-se pela extensa lista que é apenas exemplificativa, a necessidade de se organizar a legislação penal brasileira, que se transformou em uma colcha de retalhos, sem coerência sistêmica.

PONTO II

1 – DIRETO PENAL

Conceito - Direto penal compreende um conjunto de princípios e normas jurídicas que disciplinam a matéria relativa aos crimes, as penas e as medidas de segurança.

O DIREITO PENAL É UMA CIÊNCIA:

Cultural, por tratar-se de uma ciência de 'dever ser', traduzindo-se por regras de conduta (normas) que devem ser respeitadas por todos. Difere das ciências naturais, em que o objeto de estudo é o 'ser'.

Normativa, porque o técnico jurídico deve limitar-se à norma positiva, abstraindo-se da discussão filosófica ou naturalista a respeito de punir.

Valorativa, porque a norma penal tutela (protege) os valores mais elevados da sociedade. Quanto mais grave o crime mais grave será a pena.

Finalista, porque sua missão, segundo Flávio Monteiro, é revelar o conteúdo das normas jurídico-penais, ou seja, fornecer os elementos técnicos para a aplicação da lei.

Sancionadora, pois complementa a eficácia de proteção ao bem jurídico estatuído por outras normas, como a civil, administrativa, tributária etc. Há harmonia entre as leis quanto a culminar sanção ao infrator.

2.1 - NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO PENAL

INTERVENÇÃO MÍNIMA (DIREITO PENAL MÍNIMO) – seguindo o pensamento Beccariano e Bethaniano (Bethan criou o sistema prognóstico de vigilância à distância – vide vigiar de punir de Foucault) da 'máxima felicidade dividida pelo maior número de pessoas possível'. Neste sentido o princípio iluminista em matéria penal recomenda o máximo bem-estar aos não desviantes e o mínimo mal-estar aos desviantes – a pena deve ser a mínima necessária – propõe esta corrente a redução da intervenção penal. A pena deve possuir a finalidade única de prevenir os delitos. A despenalização e a descriminalização são recomendadas. Ex.; Lei 9.099/90.

ABOLICIONISMO – A doutrina abolicionista não reconhece justificção alguma ao direito penal e almeja a sua eliminaçō. Os abolicionistas acusam o direito penal de ilegítimo, ou porque moralmente nō admitem nenhum tipo de objetivo capaz de justificar as afliçōes que o mesmo impōe ou porque preferem a substituiçō da sançō penal por meios pedagōgicos ou instrumentos de controle de tipo informal e imediatamente social. Apregoa um Estado rígrado no controle social da criminalidade (prevençō), como uso de câmeras, interceptaçō telefōnica, técnicas de informática e telemática de controle à distância.

GARANTISMO – Seguindo o pensamento de Marx, apregoa a instauraçō de garantias jurídico-sociais de vida e de sobrevivência, idōneas a remover as raízes estruturais da desviaçō de subsistência pela eliminaçō dos fenômenos de desagregaçō e de marginalizaçō social de que se alimentam as subculturas criminais, pelo desenvolvimento da democracia e da transparência dos poderes públicos e privados, cujo caráter oculto e incontrolado está na origem de grande parte da criminalidade econômica e administrativa.

A segurança e a liberdade sōo ameaçadas nōo apenas pelos delitos, mas também pelas penas despóticas e excessivas, pelas prisōes e pelos processos sumários, pelos controles arbitrários e invasivos (hostis) da polícia, pela intervençō do que se denomina ‘justiça penal’. Pretende este movimento a **garantia à tutela mínima dos direitos fundamentais**.

O garantismo caracteriza-se, em outras palavras, por estabelecer limites ao Estado. O direito deve existir como garantia dos direitos dos homens, prevendo que ninguém perderá a liberdade ou o patrimônio sem que haja o devido processo legal.

A Constituiçō Federal pátria é garantista conforme se pode verificar nos vários artigos que a compōe, a exemplo, o art. 5º.

MOVIMENTO DA LEI E DA ORDEM (DIREITO PENAL MÁXIMO) – Este movimento tem por objetivo expandir o direito penal com leis mais repressoras, o paradigma (modelo) deste movimento no Brasil é a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90). Defende, em outras palavras, penas mais severas.

* Lei mais sobre estes temas em “Direito e razão” de Luigi Ferrajoli.

* Na internet é possível encontrar bons textos sobre o assunto.

DIREITO PENAL DO INIMIGO – Para entendê-lo deve se conhecer o ‘direito penal do cidadão’. Entende-se por direito penal do cidadão, resumidamente, que uma vez infringindo a norma penal a pena será aplicada, operando todos os direitos e garantias fundamentais do criminoso – mesmo desrespeitada a norma permanece incólume. Em antítese surgiu o direito penal do inimigo, mais precisamente em 1.985, em que para os indivíduos que constantemente praticam delitos ou os praticam com extrema gravidade, a exemplo, os terroristas, deve o agente ser tratado não como sujeito de direitos, mas como inimigo a ser eliminado e privado do convívio social.

Leia mais sobre o assunto pesquisando sobre as prisões norte-americanas de Guantánamo (Cuba) e de Abu Ghraib (Iraque) em que se empregou a detenção por tempo indeterminado e tortura como meios legítimos de interrogatório, ou mesmo sobre a morte de Osama Bin Laden. Os fins justificam os meios?

2.4 - CIÊNCIAS PENAIS E CIÊNCIAS AUXILIARES

O direito penal relaciona-se com os demais ramos das ciências jurídicas, como:

Filosofia do direito – a filosofia contribui para com o direito ao fixar-lhe princípios lógicos à formulação de conceitos básicos como o conceito de delito, pena, imputabilidade, dolo, culpa, erro etc.

Teoria geral do direito – esta serve de intermediária (ponte) entre a filosofia e o direito, criando conceitos e institutos jurídicos válidos para todos os ramos do direito.

Sociologia jurídica – é através desta ciência que se permite conhecer a realidade social e os fenômenos jurídicos dela advinda. As normas penas são realidades sociais revestidas de forma jurídica.

2.5 RELAÇÕES DO DIREITO PENAL COM OUTROS RAMOS JURÍDICOS

Direito constitucional – diante da supremacia da Constituição Federal na hierarquia das leis, o direito penal deve nela se enquadrar. A CF exerce influência decisiva nas normas punitivas, conforme se depreende do art. 5º, incisos XXXIX (anterioridade da lei penal), XL (retroatividade ou não da lei penal), XLV (personalidade da pena), XLVI e XLVII (individualização e espécies de penas) etc.

Direito administrativo – a lei penal é aplicada pelos Agentes da Administração (juiz, promotor, delegado...) também se utilizam conceitos do direito administrativo na lei penal como fatos que atentam contra a regularidade da Administração Pública, efeitos da pena como as que alcançam o cargo público, função ou mandato eletivo.

Processo Penal – é a forma de realização e aplicação da lei penal.

Processo civil – possui normas comuns ao direito processual penal.

Direito penal internacional – que é um conjunto de regras jurídicas concernentes às infrações internacionais como os crimes de guerra, contra a paz, contra a humanidade, terrorismo, pirataria, discriminação racial etc.

Direito civil – com institutos como a responsabilidade civil ex.: delito, perda do pátrio poder, bigamia e outros.

Direito comercial – a lei penal tutela os atos ilícitos relativos aos títulos de crédito, falências etc.

Direito do trabalho – no que tange aos crimes contra a organização do trabalho, os efeitos trabalhistas da sentença penal (482 e 483 CLT).

Direito tributário – a lei penal possui normas relativas à sonegação fiscal ou contra a ordem tributária.

Direito financeiro – incriminam-se as condutas praticadas contra as finanças públicas, a exemplo, a lei que prevê os crimes contra o sistema financeiro (crimes do colarinho branco).

2.5 RELAÇÕES DO DIREITO PENAL COM AS DISCIPLINAS AUXILIARES

Medicina legal – esta verifica a extensão e a natureza dos danos à saúde e à vida provocada pelo ato criminoso.

Criminalística – trabalha para descobrir o crime e seus autores.

Psiquiatria forense – responde às dúvidas relativas à inimputabilidade, semi-imputabilidade etc.

3. CRIMINOLOGIA

A criminologia constitui ciência empírica (baseia-se na experiência), ou seja, com base em dados e demonstrações fáticas, busca uma explicação causal do delito como obra de uma pessoa determinada.

Seu foco pode ser tanto uma pessoa personalidade do infrator quanto o seu desenvolvimento psíquico, as diversas formas de manifestação do fenômeno criminal, seu significado pessoal e social. De acordo com o objeto que ela investigue, pode-se falar em Antropologia criminal, que se divide em Biologia e Psicologia criminal; e Sociologia criminal. Com o resultado de suas investigações, preocupa-se em fornecer as causas da prática e, com isso, auxiliar no combate à criminalidade.

Tem-se como berço da criminologia à escola Clássica (séculos XVIII e XIX), surgida a partir do iluminismo, seus pensadores (Feurbach, Becarria, Benthan, Carrara, Rossi e outros), que se preocuparam em estudar sistematicamente o crime e o criminoso, debruçando-se sobre as causas da delinquência e os meios para combatê-la. Porém, o berço da criminologia moderna, enquanto ciência ocupada em conhecer o fenômeno criminal, sua gênese, seu diagnóstico e seu tratamento, foi a obra de Lombroso (hojemuito criticada)

3.1 CIÊNCIAS AUXILIARES

Atualmente a criminologia é vista como ciência multidisciplinar, que se vale da antropologia, da biologia, da psiquiatria, da sociologia e etc.

PONTO IV

4. LEI PENAL

Lei penal, em sentido amplo, é a principal fonte imediata do direito penal, em virtude do princípio da legalidade e da anterioridade, de acordo com os quais uma norma incriminadora deve ser posta pelos representantes do povo e deve valer apenas após sua entrada em vigor.

4.1 – CLASSIFICAÇÃO DA LEI PENAL

A lei penal é a única que pode criar delitos e penas, por isso, é a fonte formal mais importante do direito penal.

A lei penal classifica-se em:

1. **incriminadora** – está prevista na parte especial do código penal e em leis extravagantes. As normas incriminadoras possuem, por sua vez, a seguinte estrutura:

preceito primário – contém a definição da conduta criminosa ex.: art. 121 “matar alguém”;

preceito secundário – contém a sanção penal ex.: art. 121 “pena: reclusão de 6 a 20 anos”.

2. **integrantes** (Antolisei) – são as normas penais previstas na parte geral do código penal, disciplinam a aplicação e os limites da norma incriminadora
3. **permissivas** – elas autorizam o cometimento de certas condutas típicas ex.: legítima defesa – art. 23 CP.
4. **exculpantes** – são aquelas que estabelecem a impunidade (não aplicação de pena) a certas condutas típicas e antijurídicas.

5. **interpretativas ou explicativas** – estas esclarecem o conteúdo de outras leis ex.: 327 CP.
6. **diretivas** – são aquelas que estabelecem os princípios de determinada matéria ex.: princípio da legalidade no art. 1º Código Penal.
7. **integrativas ou de extensão** – são aquelas que complementam a tipicidade do fato ex.: partícipe no art. 29 Código Penal.
8. **completas** – possuem todos os elementos da norma (independem de outras normas para ser compreendida) ex.: 121 CP.
9. **incompletas** – dependem de outra lei para complementar a definição da conduta criminosa, como as normas penais em branco e os tipos abertos, ex.: Lei de drogas.

4.2 FONTES DO DIREITO PENAL

Fonte é o lugar de onde o direito provém, ou seja, são a origem das normas jurídicas.

Espécies ou classificação:

1. **Material** – diz respeito ao órgão incumbido da elaboração da lei (quem produz a lei). O **Poder Legislativo** da União é a fonte de produção de direito penal no Brasil (art. 22, I, CF). A União poderá delegar aos Estados, por Lei Complementar, a competência para legislar sobre matéria penal de interesse local, não podem, portanto, os Estados legislar sobre matéria fundamental (alterar dispositivos do código penal ou criar crimes).

2. **Formal** – refere-se ao modo pelo qual o direito penal se exterioriza. São espécies de fonte formal:

a) - **imediate** – lei

b) - **mediata** – costumes, princípios gerais do direito e o ato administrativo.

A **LEI** é o resultado da transformação de uma norma (mandamento extraído do senso comum) em regra escrita. Somente a lei emanada do Poder Legislativo Federal pode resolver os casos em que o Estado tem ingerência

ressocializadora afetando com a pena os bens jurídicos do criminalizado. Somente o Poder Legislativo federal pode criar o crime e a pena.

COSTUME é o conjunto de normas de comportamento a que as pessoas obedecem de maneira uniforme e constante pela convicção de sua obrigatoriedade jurídica. Os costumes podem ser: *contra legem*, *secundum legem* e *praeter legem*.

O costume *contra legem* é aquele que pauta na inaplicabilidade da lei pelo desuso, não é capaz de revogar a lei (art. 2º, §1º, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), antiga LICC. Ex.: jogo do bicho.

O costume *secundum legem* traça regras sobre a aplicação da lei penal (segundo a lei, permitido por lei);

O costume *praeter legem* preenche lacunas e especifica o conteúdo da norma (interpreta a lei)

O costume não cria delitos e nem comina penas em razão do princípio legalidade.

Usa-se o costume para entender o significado de expressões como 'ato obsceno.

PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO – são premissas éticas extraídas do material legislativo. Os princípios emanam da consciência do homem quanto ao que é certo. É praticamente imutável ao longo dos tempos, pois que as pessoas vêm e partem, mas os princípios permanecem. Eles são tão fortes e importantes que orientam a criação das leis. Se uma determinada lei contrair um princípio, este prevalecerá.

Exemplo: Ninguém perderá sua liberdade ou seu patrimônio sem que haja um processo e, este processo deverá transcorrer de acordo com as leis processuais – processo legal. Esta premissa não muda no tempo e no lugar, as pessoas não mudam de respeito em relação a ela.

Leia o artigo 4º da Lei de introdução às normas do direito brasileiro (LINDB).

OBS.: ANALOGIA – No direito penal a analogia não constitui fonte do direito penal, é forma de auto-integração da lei. Usar a analogia é aplicar a um

fato não regulado uma lei semelhante, ex.: Aplicar a lei Maria da Penha para proteção de uma mulher contra outra mulher (união homoafetiva).

A analogia no direito penal somente será permitida se for a favor da parte (*in bonam partem*), não se pode usá-la para prejudicar o réu (*in malam partem*). Ex.: Se o crime previsto no art. 121 do Código Penal é 'matar alguém', não se pode aplicar este artigo a quem matou uma onça.

Difere do direito civil, pois neste, em nome da segurança jurídica, o juiz não pode deixar de resolver um conflito, portanto, sendo a lei omissa, deverá decidir de acordo com a analogia, costumes e os princípios gerais do direito (4º, LINDB) para proibir o que a lei não proíbe, servindo como verdadeira fonte de direito.

Lembre-se que, diante do princípio da legalidade só é possível aplicar a analogia *in bonam partem*, sendo impossível a *contra legem* - só pode usar analogia no direito penal para beneficiar o réu (favor rei).

4.3 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

A Constituição Federal de 88 inclui em seu texto uma série de princípios especificamente penais, dentre os quais, segundo Luiz Luisi, in 'Os princípios constitucionais penais', se destaca: legalidade, culpabilidade, intervenção mínima, humanidade, pessoalidade e individualização da pena.

Princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º) – por este princípio reconhece-se o ser humano como fonte de imputação de todos os valores, o direito está a serviço da humanidade. Quanto ao crime pode se dizer que não se incrimina condutas socialmente inofensivas e, quanto à pena há vedação de tratamento degradante, cruel ou de caráter vexatório. O princípio da dignidade humana possui abrangência extensa, cuja aplicação deve ser invocada todas as vezes que houver desrespeito ao ser humano, não só no âmbito penal.

Legalidade (art. 5º, XXXIX, CF e 1º, CP) - *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* - este princípio tem sua origem no iluminismo, para o qual o Estado é um mero garantidor dos direitos do homem, neste sentido, além de

limitar o poder punitivo do Estado também dá ao direito penal uma função garantista. Dispõe o art. 1º, CP “**Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal**”. Denota-se que este princípio é gênero que compreende nele 2 espécies:

- a) **reserva legal** – observando parte no enunciado do art. 1º, CP verifica que se reserva para o estrito campo da lei a existência do crime e sua correspondente pena (não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal).
- b) **anterioridade da lei penal** – ainda no mesmo artigo prescreve-se que a lei esteja em vigor no momento da prática da infração penal (lei anterior e prévia cominação).

Culpabilidade (art. 5º, XVII, XLVI) – *Nulla poena sine culpa* – ao dar relevância constitucional ao princípio da culpabilidade o ordenamento jurídico teve como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, inserindo o homem como o centro do direito penal, visto como um ser livre, ou seja, **capaz de se autodeterminar**. A pena será aplicada àquele que agiu com culpa no sentido amplo – que agiu com livre arbítrio.

Princípio da Intervenção mínima – Deste princípio se extrai que a restrição ou privação dos direitos somente se legitima se estritamente necessária à sanção penal. O direito penal deve ser a *ratio extrema*, um remédio último, cuja presença só se legitima quando os demais ramos do direito se revelarem incapazes de dar a devida tutela a bens de relevância para a própria existência do homem e da sociedade.

Princípio da adequação social – devem ser consideradas típicas as condutas que a sociedade não aceita. O Estado não deve tipificar condutas que a sociedade aceita, por se revestir de inegável abuso de poder por parte do legislador. Exemplo: dar esmolas.

Princípio da humanidade – (art. 5º, XLVII, XLIX, XLX CF), consiste no reconhecimento do condenado como pessoa humana. A lei deve conferir aos agentes criminosos tratamento humanitário. Este princípio também tem origem

no iluminismo. Dispõe o inciso XLVII que não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra, caráter perpétuo, trabalhos forçados, banimento e cruéis.

Pessoalidade da pena (art. 5º, XLV, CF) – a pena pode atingir apenas a pessoa do sentenciado. Por princípio da individualização da pena (5º, XLVI) deve entender o processo para retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso.

Princípio da insignificância ou bagatela – O direito penal existe para punir condutas desviantes que venham a lesar bens jurídicos de elevada importância, por esta razão, são consideradas materialmente atípicas as condutas causadoras de danos ou perigos ínfimos. Haverá a aplicação do princípio da insignificância, segundo do STF quando estiverem presentes quatro vetores, a saber: mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade social, reduzido grau de reprovabilidade e inexpressividade da lesão jurídica, ex.: falsificação de uma nota de dois reais. Há uma corrente doutrinária e jurisprudencial defendente o princípio da bagatela imprópria, neste caso haverá exclusão de pena e não de crime, a exemplo, não punir o cônjuge que agrediu seu companheiro quando estava bêbado, se provado que ele já não mais bebe.

Princípio do fato – Não se pune por apenas por pensar em fazer algo, é necessário que o pensamento se exteriorize por uma ação ou omissão indevida.

Princípio da alteridade ou transcendentalidade – o direito penal ocupa-se em punir condutas que causem perigo ou lesionem bens jurídicos alheios, daí porque, por exemplo, não se pune o suicida.

Princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos – O direito penal ocupa-se em punir causadores de condutas que atentem contra bens constitucionalmente protegidos, a exemplo, vida, patrimônio, honra. Não se atos que atentem, por exemplo, contra a ideologia, a moral.

Princípio da ofensividade ou lesividade – Para que a conduta seja classificada como típica deverá haver dano ao bem jurídico tutelado ou, no mínimo, um perigo-risco comprovado de que o dano quase ocorreu. Ex.: no crime de homicídio há dano. Uma mãe que abandona o recém-nascido num lote baldio age com perigo de dano para a vida do bebê.

A embriaguez ao volante somente seria crime, segundo este princípio, se o motorista, por exemplo, ficasse em zigue-zague, dirigindo na contramão. Não deveria ser crime, embora ingerido bebida alcoólica, o motorista vem a dirigir bem, pois que o perigo não seria concreto e sim abstrato. Para parte da doutrina, não há crime nas condutas que ensejam perigo abstrato. Esta tese é discutível.

Princípio *no bis in idem* – Não se admite dupla condenação por fato único, cita a exemplo, o brasileiro que comete crime fora do Brasil. Após cumprir a pena no país estrangeiro estará sujeito a cumprir a pena imposta também no Brasil pelo mesmo crime, porém, abate no Brasil a pena já cumprida no estrangeiro. Outro exemplo, o ex-goleiro Bruno está preso provisoriamente, quando for condenado, terá direito a descontar o tempo que esteve preso provisoriamente.

Princípio da proporcionalidade – No aspecto penal, a pena deve ser proporcional à infração. Trata-se de estabelecer o equilíbrio entre o que a norma procura alcançar e o meio dos quais ela se vale. Ocorrendo a desproporção deve-se valer do princípio da razoabilidade para buscar o equilíbrio. A individualização da pena traz um bom exemplo do princípio da proporcionalidade, assim é que cada criminoso receberá sua pena individualmente, ainda que todos tenham concorrido para a prática do mesmo crime (lembre-se do caso do ex-goleiro Bruno e seus amigos).

4.4 - INTERPRETAÇÕES DA LEI PENAL

Interpretar a lei é conhecer o preciso significado da norma. São espécies de interpretação:

QUANTO AO SUJEITO QUE A ELABORA:

- a) autêntica ou legislativa – é feita pelo legislador, dentro do próprio texto da lei (ex.: 327, CP) ou posteriormente.
- b) doutrinária ou científica – é feita pelos doutrinadores e juristas (ex.: livros jurídicos, Exposição de motivos no CP)
- c) judicial – feitas pelos órgãos jurisdicionais (juízes ou tribunais) nos casos levados a julgamento. A interpretação judicial, em regra, não vincula os demais órgãos jurisdicionais, diz-se em regra porque há as ‘súmulas vinculantes’ oriundas do Supremo Tribunal Federal que obrigam os tribunais inferiores e juízes a dar a mesma interpretação sobre determinada lei.

QUANDO AOS MEIOS EMPREGADOS:

a – gramatical, literal ou sintática – interpreta segundo o significado da letra da lei.

b – lógica ou teleológica – busca-se a vontade da lei (*ratio legis*), atendendo-se aos seus fins e à sua posição dentro do ordenamento jurídico, leva em consideração também os elementos sistemáticos e históricos, a legislação comparada. O método teleológico refere-se precisamente à indagação relativa ao escopo da norma no momento de sua aplicação.

QUANDO AO RESULTADO:

- a) declarativa – há perfeita relação entre a palavra da lei e a sua vontade. Ex.: no art. 141, III, deve-se entender ‘várias pessoas’, pois quando a lei se contenta com duas pessoas ela é expressa.
- b) restritiva – restringe o significado da lei quando a escrita for além de sua vontade (a lei disse mais do que queria) Ex.: art. 332 deve-se excluir as pessoas mencionadas no artigo 357 do CP.
- c) extensiva – aumenta o significado da lei quando sua letra for aquém de sua vontade (a lei disse menos do que queria) por isso a

interpretação deve ampliar o significado da lei. Ex.: no artigo 130, inclui não só o perigo de contágio, mas também o próprio contágio.

Interpretação analógica – o legislador determina a aplicação da interpretação analógica, ocorre, por exemplo, quando o CP descreve a conduta criminosa e no final do artigo coloca uma expressão permitindo ao intérprete que acrescente outras situações não previstas na lei, ex.: 71, 28,II,CP. Não confundir com ‘analogia’, acima estudada..

4.5 APLICAÇÃO DA LEI PENAL

EFICÁCIA DA LEI PENAL NO TEMPO (artigo 2º a 4º do CP)

NOÇÕES – Conforme visto, somente será considerado crime e receberá a respectiva pena se houver previsão legal. Somente o Poder Legislativo pode definir o crime e cominar a pena.

Interessa neste tópico saber se a conduta do agente constitui crime ou não. Se a conduta for criminosa interessa saber quando o crime foi praticado e qual a lei será aplicada.

O princípio da legalidade prevê que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. A entrada em vigor de uma lei é o marco divisor entre o que era permitido e passou a ser proibido ou vice-versa.

Outra regra importante - a lei é elaborada para vigor por tempo indeterminado, podendo, excepcionalmente, vigorar por tempo limitado, neste caso tem-se as leis temporárias e as excepcionais.

A lei por tempo indeterminado vigorará (é obrigatória) até que outra lei a revoque ou modifique. O código civil brasileiro, por exemplo, entrou em vigor no ano de 1.916 e perdurou até 2.002 quando entrou em vigor o novo código civil.

Pense: uma pessoa comete um crime enquanto vigorava a lei “A”, é processada por isto. Digamos que antes de ser condenada surge uma nova lei (lei “B”) disciplinando a mesma conduta criminosa. Que lei deverá o juiz aplicar?

Em matéria penal vigora o princípio *tempus regit actum*, o qual se harmoniza com o princípio da legalidade. Assim a lei não regula fatos ocorridos

antes de sua vigência e nem após a sua revogação. Salvo exceções que serão estudadas.

B - CONFLITO DE LEIS PENAIS NO TEMPO – A regra é que será aplicada a lei em vigor no momento em que houve a ação ou omissão (conduta), excepcionalmente, é admitida a **retroatividade** e a **ultratatividade** da lei.

Retroatividade é o fenômeno pelo qual uma norma jurídica é aplicável a fato ocorrido antes de sua vigência e **ultratatividade** é a aplicação da lei após ser revogada.

Lembre-se, pelo princípio da legalidade ‘não há crime sem lei anterior que o defina...’, logo, uma lei não pode retroagir. A exceção é aplicada quando retroagindo a lei há benefício ao réu, daí a existência do PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENÉFICA DA LEI PENAL.

A retroatividade e a ultratatividade ocorrerão somente quando houver benefício ao réu.

A regra é simples, havendo concorrência de leis penais com o surgimento de novos preceitos jurídicos após a prática do fato delituoso, aplicar-se-á os princípios da ultratatividade ou retroatividade da lei sempre quando ela for **mais favorável ao autor do crime**.

Merece destaque as seguintes situações:

- 1- **novatio legis incriminadora** – surgindo uma nova lei incriminadora esta não poderá ser aplicada ao fato anteriormente não incriminado. Art. 1º, CP e 5º, XXXIX, CF.
- 2- **abolitio criminis** – quando a nova lei deixar de incriminar o fato que era considerado como criminoso, esta nova lei será aplicada imediatamente, ainda que o fato tenha sido praticado antes da nova lei. Retroage, portanto. Art. 2º, CP.
- 3- **novatio legis in pejus** – refere-se à hipótese em que a nova lei for mais severa que a anterior, aplica-se o princípio da irretroatividade da lei. 5º, XL, CF. Ex.: Lei 8.072/90.

4- **novatio legis in melius** – quando a lei nova for mais favorável que a anterior terá aplicação imediata, ainda que esteja cumprindo a sentença condenatória. Art. 2º, parágrafo único. Ex.: com o surgimento do § 1º, do art. 29 (participação de menor importância).

A par das regras acerca da aplicação da lei penal no tempo destacam-se os institutos:

C - CONJUGAÇÃO OU COMBINAÇÃO DE LEIS – Nos casos em que as duas leis (anterior e a nova) trazem dispositivos favoráveis ao autor do fato delituoso. O Supremo Tribunal Federal (STF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ), Zaffaroni, Frederico Marques, Capez e Guilherme Nucci entendem que se **deve ponderar, no caso concreto, qual a que mais favorece ao réu para aplicá-la no todo**, não sendo possível conjugá-las, pois o intérprete estaria criando uma nova lei. Para Damásio e Mirabete é possível fazer a combinação das leis, retirando de ambas os preceitos favoráveis, fazendo assim uma integração normativa (quem pode aplicar o todo pode aplicar a parte).

D - SUCESSÃO DE LEIS – Ocorre quando o mesmo fato é regido por diversas leis penais, as quais se sucedem no tempo, regulando-o de maneira distinta. Neste caso aplicam-se as mesmas regras sobre a conjugação de leis.

Exemplo: o crime é praticado quando vigorava a lei “A”, no curso do processo surgiu a lei “B”, quando o juiz está prestes a sentenciar surge a lei “C”.

E - LEIS TEMPORÁRIAS ou EXCEPCIONAIS_art. 3º, CP – a lei excepcional é feita para vigorar em períodos anormais, como guerra e calamidade, a lei temporária é criada para vigorar por determinado tempo previsto pelo legislador (exemplo: lei que cria tabela de preços. Ambas são leis **ultratativas**, pois regulam os fatos ocorridos durante sua vigência, mesmo após sua revogação. No caso, mesmo que a lei posterior, vigente à época do julgamento do fato, seja mais benéfica, não retroagirá.

F - LEI PENAL EM BRANCO ou **LEI IMPERFEITA** – lei penal em branco é a lei que depende de outra norma (oriunda do próprio legislativo ou executivo) para complementar o conteúdo de seu preceito primário. Neste caso há duas situações a serem observadas.

Aplicam-se as mesmas regras estudadas para leis por tempo indeterminado e leis temporárias. Ex.: Lei de drogas e crime de apropriação indébita previdenciária são exemplos de norma penal em branco.

G - TEMPO DO CRIME – É fundamental saber quando o crime foi praticado para se saber qual a pena que será aplicada. Há três teorias sobre o momento do crime, são elas:

- a. **Teoria da atividade** – considera-se como tempo do crime o momento da conduta (ação ou omissão)
- b. **Teoria do resultado** – considera o tempo do crime o momento de sua consumação.
- c. **Teoria mista** ou **ubiquidade** – considera como tempo do crime tanto o momento da conduta como o momento do resultado (consumação).

O CP, art. 4º, adotou a **teoria da atividade**, logo se uma pessoa com 17 anos pratica uma conduta criminosa (ex.: atira na vítima) cujo resultado (ex.: morte) venha a ocorrer após ele completar os 18 anos, será considerado inimputável (não receberá a pena), pois quando praticou a atividade era menor.

4.6 - EFICÁCIA DA LEI PENAL NO ESPAÇO (arts. 5º e 7º, CP)

A – TERRITORIALIDADE E EXTRATERRITORIALIDADE DA LEI PENAL

Pode um crime violar a lei de dois ou mais países, quer porque a ação teve início em um país e a consumação se deu em outro país, quer porque, embora praticado (início e consumação) no exterior o crime atinge bem jurídico de outro país. Seis são princípios previstos no CP que solucionam os conflitos de leis no espaço.

Territorialidade – segundo este princípio, a lei brasileira se aplica aos crimes cometidos no território nacional. Por exceção, a lei estrangeira será aplicada aos delitos cometidos total ou parcialmente no Brasil, isto quando acordos

internacionais permitirem (imunidades diplomáticas). O Código Penal adotou, assim, o princípio da territorialidade temperada -5º, CP.

Extraterritorialidade da lei penal brasileira (art. 7º) – a lei brasileira poderá ser aplicada ainda que o crime ocorra fora de suas fronteiras, nas seguintes hipóteses:

- **Defesa** – aplica-se a lei brasileira, quando o crime for cometido fora do Brasil e contra os interesses nacionais, mesmo que o agente não seja brasileiro – 7º, I, a, b, c e §3º. (Interesses nacionais: Presidente da República, patrimônio e fé pública, administração pública por quem está a seu serviço). Neste caso a extraterritorialidade é incondicionada, ou seja, o agente pode ser condenado no Brasil ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.

- **Personalidade** – aplica-se a lei brasileira ao crime praticado no estrangeiro por brasileiro ou quando a vítima for brasileira. Este princípio divide-se em personalidade **ativa** (o agente é punido de acordo com a lei de seu país, independente da nacionalidade do sujeito passivo ou do bem jurídico ofendido – 7º, I, d e II, b) e **passiva** (aplica-se a lei brasileira quando a vítima do delito for nacional – 7º, § 3º).

- **Domicílio** - determina que o agente seja punido pela lei do país em que for domiciliado, pouco importando sua nacionalidade. É aplicável em relação ao genocídio em que o agente não é brasileiro, mas apenas domiciliado no Brasil – 7º, I, d.

- **Justiça penal universal** – este princípio determina a aplicação da lei penal do país em que se encontra o criminoso, qualquer que seja sua nacionalidade do agente, o lugar do delito ou o bem jurídico atingido – 7º, II, a.

- **Representação** – determina a aplicação da lei penal a que pertencer à aeronave e embarcações privadas em que o crime tenha sido cometido. Aplica-se destarte a lei penal da nacionalidade do meio de transporte privado em que ocorreu o crime – 7º, II, c.

A **pena cumprida no estrangeiro** (art. 8º) **atenua** a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou há o **abatimento** da pena, quando idênticas. Esta regra existe porque ninguém pode receber duas penas pelo mesmo crime (*no bis in idem*).

LEIS PENAIS EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS - IMUNIDADES

O art. 5º, CP, traz ressalva a aplicação da lei brasileira, trata-se das **imunidades** diplomáticas decorrentes do Direito Internacional Público, a qual leva em consideração a função exercida pelo autor do crime.

EXTENSÃO

Vale destacar, preambularmente, que a imunidade não se restringe ao **agente diplomático e sua família**. Conforme a disciplina da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 103/64 e ratificada e promulgada pelo Decreto nº. 56.435/65, essa imunidade também se estende às seguintes pessoas:

- aos membros do **pessoal administrativo e técnico da missão, além dos familiares** que com eles vivam, desde que "não sejam nacionais do Estado acreditador nem nele tenham residência permanente" (art. 37, § 2º, da Convenção de Viena de 1961);

- aos membros do **pessoal de serviço da missão que não sejam nacionais** do Estado acreditador nem nele tenham residência permanente, quanto aos atos praticados no exercício de suas funções (art. 37, § 3º, da Convenção de Viena de 1961);

- funcionários das organizações internacionais (ONU, OEA etc), quando em serviço.

Não se aplica, contudo, aos criados particulares dos membros da missão.

ESPÉCIES

A sistemática da prerrogativa diplomática induz ao reconhecimento das seguintes dimensões ou espécies:

a) **Imunidade Material** ou Inviolabilidade. Significa que o diplomata e sua família, bem como os imunes por extensão, não estão sujeitos a qualquer forma de prisão no Brasil.

b) **Imunidade Processual** ou Imunidade Formal ou Imunidade de Jurisdição. Todas as pessoas revestidas de imunidade diplomática não estão subordinadas à jurisdição penal brasileira (jurisdição do Estado

acreditador), mas sim à jurisdição penal do Estado ao qual pertencem (jurisdição do Estado acreditante), não são obrigadas, por exemplo, a prestar depoimento como testemunha.

Lugar do crime (art. 6º, 8º e 9º, do CP)

O art. 6º, CP, dispõe sobre a questão do crime à distância (a conduta se dá num país e o resultado em outro país). Considera-se praticado o crime onde ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde o resultado se consumou ou deveria se consumir.

A teoria adotada no Brasil para explicação do art. 6º é a da **ubiquidade** ou **mista**, estando, pois, excluídas as teorias da **atividade** e a do **resultado**.

Ocorrendo a condenação pelo mesmo crime no estrangeiro e no Brasil aplicar-se-á o disposto no art. 8º, CP.

Para que a sentença penal estrangeira produza os efeitos almejados no art. 9º, CP, deverá ela ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

5.DISPOSIÇÕES GERAIS

5.1 CONTAGEM DOS PRAZOS

Os prazos penais serão contados de acordo com o que dispõe o artigo 10 do Código Penal.

Assim, o dia do começo inclui-se na contagem do prazo. Aqui, a principal diferença do prazo penal frente o prazo processual penal. Neste, exclui-se o dia do começo.

Se o indivíduo é condenado a uma pena de 10 anos de reclusão e preso hoje às 23h40min. O dia de hoje, por ser penal, conta-se como de pena cumprida, pois é incluído na contagem.

Se, todavia, intimado da sentença hoje, dia útil, o prazo para eventual recurso será contado a partir do dia útil imediatamente seguinte. Assim, nos dizeres do legislador, na contagem do prazo processual, o dia do começo não é incluído na contagem.

No prazo penal, os dias, os meses e os anos são contados de acordo com o calendário comum. Portanto, aquele que é condenado a uma pena de

um mês de detenção, pode não cumprir uma pena de 30 dias. Pois o mês é contado pelo calendário comum. Já aquele que é condenado a uma pena de 30 dias pode cumprir pena por mais de um mês, bastando que, para isso, o mês tenha menos de 30 dias.

Os prazos decadencial e prescricional por possibilitarem a perda do direito de punir (causas extintivas de punibilidade) são de natureza penal e não processual penal.

Sobre a contagem dos prazos penais, observe a redação do disposto no artigo 10 do Código Penal.

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

Na contagem das penas privativas de liberdade (reclusão, detenção e, nas contravenções penais, a prisão simples) não se dá atenção às frações de dias.

Portanto, as horas e os minutos são desprezados. O mesmo ocorre com as frações de reais (cruzeiro na época da redação do CP), isto é, os centavos, são desprezados quando das penas de multa. É o que dispõe o artigo 11 do Código Penal

5.2 FRAÇÕES NÃO COMPUTÁVEIS DA PENA

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

5.3 DA LEGISLAÇÃO ESPECIAL.

As regras gerais do Código Penal devem ser aplicadas às leis especiais quando estas não tratarem de modo diverso. Assim, as regras gerais do CP têm caráter subsidiário. Serão elas aplicadas quando a legislação especial não dispuser de forma diversa.

São regras gerais do Código Penal aquelas estatuídas na sua parte geral (artigo 1º ao 120) bem como nos dispositivos insertos na Parte Especial

(artigo 121 a 359 H), desde que não incriminadores, isto é, desde que não definam crime e estabeleçam a respectiva pena.

Assim, o conceito de funcionário público previsto no artigo 327 do CP é regra geral que pode ser aplicada à legislações especiais desde que estas não disponham expressamente de forma diversa.

Obs.: o prazo decadencial previsto no artigo 10, do CP. Será de 06 meses desde que não haja disposição expressa em sentido contrário. Quando, então, a lei especial dispor de forma diversa, despreza-se a regra geral do Código Penal.

A regra contida no artigo 14, parágrafo único, do CP (diminuição da pena em caso de crime tentado), se aplica a todas as leis especiais que não tratem de forma diversa. Não se aplica, por exemplo, à lei das Contravenções Penais, pois esta, no seu artigo 4º, diz ser impunível a tentativa de contravenção.

PONTO VI

6. TEORIA GERAL DO CRIME – infração penal

CONCEITO:

Legal - o art. 1 do Decreto-Lei 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal) “considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou de multa, ou ambas alternativa ou cumulativamente”.

Conceito formal – é a previsão de uma conduta delituosa sob o aspecto da técnica jurídica, do ponto de vista da lei.

Conceito material – do ponto de vista material, tem-se o crime sob o ângulo ontológico, visando a razão que levou o legislador a determinar como criminosa uma conduta humana, sua natureza danosa e consequências.

Conceito analítico – Não há uniformidade no conceito de crime, pois que variam os entendimentos dos doutrinadores.

Os autores clássicos (Damásio de Jesus, Mirabete, Ariel Dotti, Celso Delmato e Capez) sustentam que o crime é o fato típico e antijurídico, a culpabilidade, para estes, não integra o crime, ela é pressuposto para a aplicação da pena. Fato, portanto, apenas dois elementos.

Para outros doutrinadores como (Basileu Garcia, Cezar Roberto Bittencourt, Assis Toledo, Zaffaroni, Bitencourt, o alemão Welzel) elencam três componentes do crime, sendo eles: **fato típico, ilicitude e culpabilidade**.

Características do crime sob o aspecto formal.

Para a existência do crime é necessário uma conduta humana, positiva ou negativa, prevista em lei, não acobertada por quaisquer das causas de exclusão da ilicitude.

- a) **Fato típico** – é o comportamento humano, previsto em lei como infração penal, e que produz, de regra, um resultado, que ajusta a lei penal descrita na norma.
- b) **Fato ilícito ou antijurídico** – é o que contraria o ordenamento jurídico como um todo. Isto é, a relação de contrariedade entre o fato praticado e o que diz o ordenamento jurídico vigente.
- c) **Culpabilidade (em sentido lato)** - é a reprovabilidade da conduta, em virtude da contradição entre a vontade do agente e a vontade da norma.

6.2 Destacam-se duas teorias ou (sistemas) sobre o crime:

- a) **Teoria bipartida,**
- b) **Teoria tripartida**

Para a primeira a corrente dos doutrinadores clássicos, estes pertencem à chamada teoria bipartida do crime, assim disposta:

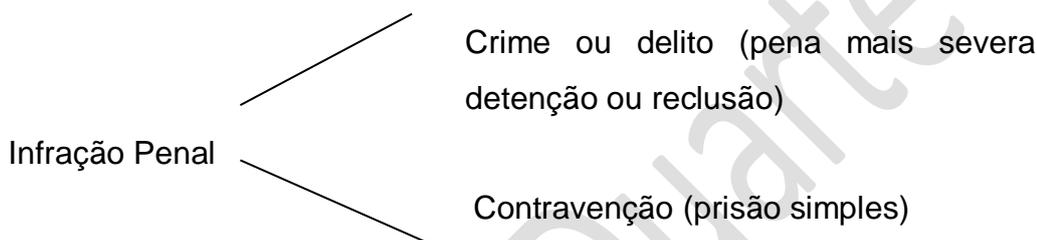
Crime = Fato típico + Antijurídico (ilícito) = Culpabilidade como pressuposto para aplicação da pena.

Para o outro setor doutrinário que pertencem à chamada teoria tripartida, tem-se seguinte panorama:

Crime = Fato típico e ilícito/Antijurídico + Culpável

6.3 Distinção entre crime e contravenção.

Não há diferença estrutural ontológica (na forma de ser) entre crime e contravenção, situando-se a distinção tão somente no campo da pena, pois o cometimento do crime sujeita seu autor à pena de reclusão ou detenção, ao passo que a contravenção tem como consequência máxima a prisão simples (art. 1º, da LICP).



* segundo nosso entendimento a teoria tripartida é teoria que melhor explica o crime, aliás é majoritária no Brasil e no exterior e tem sua base na Alemanha, no entanto, há dispositivos no código penal (arts. 21, 22, 29 e 59) que são melhores compreendidos quando utilizada a teoria bipartida.

PONTO VII

7. SUJEITOS, OBJETOS DO CRIME E CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES

7.1 SUJEITOS DO CRIME:

A)- Sujeito ativo ou agente criminoso – é aquele que direta ou indiretamente pratica a conduta típica descrita na lei.

A **pessoa física** que pratica a conduta delituosa é chamada de autor, coautor, partícipe e autor mediato, sendo eles:

Autor e coautor - são os executores diretos da conduta criminosa;

Partícipe e autor mediato – são os que executam indiretamente a conduta criminosa.

Pessoa jurídica como sujeito ativo do crime – há duas correntes nesse sentido:

Para alguns não há possibilidade da no direito penal da pessoa jurídica responder como sujeito ativo do delito, para outros, entretanto sustentam a viabilidade de a pessoa jurídica responder por crime no Brasil, após a edição da Lei que cuida dos crimes contra o meio ambiente entre outros crimes.

Para os que são contrários afirmam que a pessoa jurídica pessoa jurídica não tem vontade própria, suscetível de configurar o dolo e a culpa, indispensáveis presenças para o direito penal moderno, que é a culpabilidade. Pois para a prática do mesmo é necessário o elemento subjetivo, a vontade de agir, e o ser jurídico fictício não possuem 'vontade'. Ademais, não haveria como aplicar a pena ao ente jurídico a pena privativa de liberdade e algumas restritivas de direitos.

Apesar deste entendimento, a necessidade crescente de definir a colaboração de diretores ou sócios na prática de ilícitos penais (crimes) levou o direito penal moderno a caminhar no sentido de responsabilizar a pessoa jurídica como sujeito ativo do delito. A Constituição Federal, nos arts. 173, § 5º e 225, § 3º, preveem a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica nos crimes contra a ordem econômica e financeira, contra a economia popular e contra o meio ambiente, punindo-a com penas compatíveis com a natureza da pessoa jurídica, sem prejuízo da responsabilidade de seus dirigentes.

Dentre as penas previstas para a pessoa jurídica se destacam: perda de bens, multa, suspensão ou interdição de direitos.

Ressalta-se que a lei dos Crimes Contra o Meio Ambiente (L. 9.605/98) regulamentou o disposto no art. 225, §3º, dispondo sobre as sanções penais e administrativas derivadas da conduta e atividade lesiva ao meio ambiente, prevendo para as pessoas jurídicas pena de multa, restritivas de direito e prestação de serviços à comunidade.

7.2 SUJEITO PASSIVO, OFENDIDO OU VÍTIMA – é o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado. Divide-se em:

B)- Sujeito passivo formal (ou constante) - que é o titular do interesse jurídico de punir, surgindo com a prática da infração penal. É sempre o Estado o sujeito passivo formal ou constante, pois teve sua norma violada;

Eventualmente o ofendido também é o homem denominado:

- **Sujeito passivo material (ou eventual)** – que é o titular do bem jurídico diretamente lesado pela conduta do agente que podem ser: a pessoa jurídica, o nascituro, a coletividade destituída de personalidade jurídica como a sociedade, família ou o público.

7.3 OBJETO DO CRIME

Objeto do delito é tudo aquilo contra o que se dirige a conduta criminosa. Segundo Noronha “é ele o bem/interesse protegido pela norma penal”. É conhecendo a titularidade do bem jurídico que se conhecerá os sujeitos (ativo e passivo) da infração penal, a classificação dos crimes e a interpretação teleológica da lei penal.

Bem – é o que satisfaz à necessidade do homem

Interesse – é a relação psicológica em torno desse bem, é sua estimativa, sua valorização.

A doutrina distingue o objeto jurídico em formal e material:

Formal – a conduta é dirigida contra o Estado, pois este tem o direito público subjetivo que ver obedecida todas as normas penais.

Material ou substancial – é a pessoa ou coisa sobre a qual recai a conduta criminosa, ele está na constituição do tipo. O objeto material pode ser genérico ou específico.

A parte especial do código penal se estende entre os arts. 121 a 359, que se divide em onze títulos, que por sua vez, se subdividem em capítulos. Cada título tutela o bem jurídico **genérico**. Por sua vez o bem jurídico **específico** está nos capítulos, indicados de forma direta ou indireta, ex.: no homicídio (art. 121) é alguém; na lesão corporal (129) é a saúde, no furto (art.

155) é a coisa; no arremesso de projétil (art. 264) é o veículo, na rixa (137) é a vida e a saúde.

Ponto - VIII

CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES

Noções: Existem diversos critérios de classificação de crimes, baseados nas diferentes características que podem ter os delitos, ora porque se atenta à gravidade do fato, ora à forma de execução, ora ao resultado etc. Por hora examinaremos as classificações que em primeiro lugar se refere a todas as infrações penais, de modo a atender maior interesse prático nesse momento.

QUANTO A QUALIDADE ESPECIAL DO SUJEITO ATIVO:

Crimes comuns – são os delitos que podem ser cometidos por qualquer pessoa, ex.: homicídio (121), roubo (art. 157);

Crimes próprios – são os crimes que exigem sujeito ativo (autor) apresente uma qualidade pessoal diferenciada, especial ou qualificada, que podem ser de fato referentes à natureza humana ou a inserção social da pessoa. Ex.: mãe no infanticídio (123); mulher no autoaborto (art. 124) ou de direito, referentes à lei como no caso funcionário público, em vários delitos descritos na parte especial do CP.; testemunha no falso testemunho; perito na falsa perícia. Assim, classificam-se em:

Crimes bипróprios – quando a lei exige qualidade especial do sujeito ativo e passivo, exemplo, infanticídio (123).

Crimes de mão própria ou atuação pessoal – são aqueles que só podem ser cometidos pelo sujeito em pessoa. Estes crimes não admitem coautoria, mas admitem a participação. Ex.: falso testemunho (342), crime de reingresso de estrangeiro expulso (art. 338);

Crimes

QUANTO AO SUJEITO PASSIVO:

Crimes vagos (multivitimários ou de vítimas difusas) – são aqueles crimes que não possuem sujeito passivo determinado, sendo este a coletividade, ou seja, quando o sujeito passivo for um ente sem personalidade jurídica. Ex.:

crimes contra respeito aos mortos, Ex.: nos casos de perturbação de cerimônia funerária (art. 209), violação de sepultura (art.210) entre outros como crimes contra a família.

Crimes de única subjetividade passiva - possui um sujeito passivo material.
Ex.: homicídio (121)

Crimes de dupla subjetividade passiva – contêm dois sujeitos passivos materiais. Ex.: violação de correspondência (151) em que são vítimas o remetente e o destinatário.

QUANTO À CONDUTA

Crimes comissivos – são os cometidos por intermédio de uma ação, que exigem atividade positiva produtora do evento, ex.: furto (155); estupro (art. 213);

Crimes omissivos – são aqueles praticados por meio de uma omissão (abstenção de comportamento), ex.: omissão de socorro (art.135), omissão de notificação de doença (art. 269);

Crimes de conduta mista – aqueles em que o tipo penal descreve uma fase inicial ativa (comissiva) e uma fase final omissiva, ex.: apropriação de coisa achada (art. 169, II);

QUANTO À POSSIBILIDADE DE FRACIONAMENTO DA CONDUTA TÍPICA

Crimes unissubsistentes – são os delitos que se perfazem com um único ato, ex.: injúria verbal (inadmitte tentativa);

Crimes plurissubsistentes – é aquele que exige mais de um ato para sua realização, ex.: estelionato (171), o homicídio (art. 121).

QUANTO AO SUJEITO ATIVO

Crimes monossujeito, unissubjetivos ou de concurso eventual – são aqueles que podem ser praticados por uma só pessoa, embora nada impeça a

coautoria ou participação, ex.: homicídio (art.121), Furto (art.155), aborto (art. 124), entre outros.

Crimes plurissubjetivo ou de concurso necessário – são aqueles em que somente podem ser cometidos por mais de uma pessoa, ou seja, o tipo penal exige pluralidade de sujeitos ativos, ex.: rixa (137), quadrilha ou bando (288), bigamia (235).

QUANTO AO MOMENTO CONSUMATIVO

Crime consumado – é aquele em que o agente realizou todos os elementos constantes da definição do crime, descrito no art (14, inciso I, CP), ex.: matou alguém – homicídio (art.121), subtraiu para si ou para outrem a coisa alheia móvel (furto 155).

Crime tentado – ocorre quando o agente, embora tenha iniciado a execução do crime, não alcança a consumação (resultado) por circunstâncias alheias à sua vontade, ex.: atirou para matar, mas a vítima não morreu(art. 14, inciso II CP)

Crime exaurido – é aquele em que o agente, após alcançar a consumação, que ocorre quando estiverem preenchidos no fato concreto o tipo objetivo, mas continua a agredir o bem jurídico, assim, o agente o leva a consequências mais lesivas, como por exemplo o recebimento do resgate no crime de extorsão mediante sequestro (art. 159), o crime na verdade se consumara com o arrebatamento da vítima. Outro exemplo de exaurimento e o do art. 317, onde o crime se consuma com a solicitação de vantagem indevida, se efetivamente receber a vantagem será o exaurimento do crime (o exaurimento influenciará na dosagem da pena).

Crime instantâneo – são aqueles cuja consumação se dá com uma única conduta e não produzem um resultado prolongado no tempo, ainda que a ação possa ser arrastada no tempo, o resultado é sempre instantâneo. Ex. homicídio (art. 121), furto (art. 155), roubo (art. 157), o estelionato (art. 171).

Crime permanente – são aqueles em que se consomem com uma única conduta, embora a situação antijurídica gerada se prolonga no tempo até enquanto queira o agente. Exemplo é o sequestro ou cárcere privado (art.148), com a ação de tirar a liberdade da vítima, o delito está consumado, embora, enquanto esteja esta em cativeiro, por vontade do agente, continue o delito em franca realização, outros exemplos: casa de prostituição (art. 299), porte ilegal de arma e de substância entorpecentes.

Obs.: os delitos permanentes admitem prisão em flagrante enquanto não cessar a sua realização, além de não ser contada a prescrição até que finde a permanência.

QUANTO À OBJETIVIDADE JURÍDICA (bem jurídico tutelado pela norma penal)

Crimes simples – são os que possuem somente um objeto jurídico, ou seja, quando o tipo penal é único, ex.: Homicídio (art.121), lesão corporal (art. 129);

Crimes complexo – são aqueles que possuem dois objetos jurídicos ou resulta da fusão de dois ou mais tipos penais, ex.: latrocínio (art. 157, que se compõe de roubo + homicídio), extorsão mediante sequestro (art. 159 se compõe de sequestro e extorsão)

QUANTO AO RESULTADO

Crime material – são os crimes que se consomem com a produção de um resultado externo a ação, descrito na lei. Noronha o define como “aquele em cujo tipo se descrevem a ação e o resultado”, ex.: morte no homicídio, a subtração no furto, a conjunção carnal no estupro.

Crime formal – são aqueles em que o tipo não exige a produção do resultado para a consumação do crime, embora seja possível a sua ocorrência. A consumação se dá no momento em que se desenvolve a conduta. A conduta e o resultado são separados cronologicamente, ou seja, a consumação dá-se com a prática do fato, não exigindo que a vítima realmente fique intimidada, como por exemplo, no crime de ameaça, (art.147), injúria (art. 140), sendo

suficiente que ela exista independentemente da reação psicológica do ofendido etc. nesses crimes a lei antecipa o resultado no tipo; por isso, são chamados crimes de consumação antecipada.

Crime de mera conduta ou de simples atividade – são aqueles crimes cujo dispositivo penal somente descreve a conduta, sem, contudo, fazer qualquer menção ao resultado naturalístico. Por exemplo como ocorre no porte ilegal de arma de fogo (art. 14 da lei nº 10.625/2003), sendo, portanto, suficiente que a pessoa traga consigo a arma de fogo, acessório ou munição e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, para que o delito esteja consumado. Outros exemplos: Crime de omissão de socorro (art. 135); violação de domicílio (art. 150), ato obsceno (art.233), e praticamente, quase todas as contravenções.

QUANTO AO RESULTADO JURÍDICO OU NORMATIVO

Crimes de dano ou de lesão – são os que só se consumam com a perda real ou efetiva do bem jurídico tutelado. Trata-se da ocorrência de um prejuízo efetivo e perceptível pelos sentidos humanos. ex.: homicídio (art. 121), furto (art. 155)

Crime de perigo – é os que se consumam com a probabilidade de lesão ao bem jurídico tutelado. Divide-se em:

Crimes de perigo abstrato ou presumido – quando a probabilidade de ocorrência de dano está presumida no tipo pena, e se consuma com a simples conduta, independente da efetiva demonstração do perigo, como ocorre no exemplo, descrito nos (arts. 28 e 33 da Lei 11.343/2006), conforme a finalidade -, em que se presume o perigo para a saúde pública.

Crimes de perigo concreto – são os que só se consumam com a efetiva demonstração do perigo, ou seja, quando a probabilidade de ocorrência de dano precisa ser investigada e provada, como por exemplo, expor a vida ou saúde de alguém a perigo (art. 132).

Crimes de perigo individual – quando a probabilidade de dano abrange apenas uma pessoa ou grupo determinado de pessoas ex. (arts. 130 a 137).

Crimes de perigo coletivo – quando a probabilidade de dano envolve número indeterminado de pessoas (arts. 250 a 259).

QUANTO À NATUREZA DO COMPORTAMENTO NUCLEAR

Crimes de ação ou forma livre – são delitos que podem ser praticados de qualquer modo pelo agente, pois existem inúmeras formas de praticá-lo. Ex. homicídio (art.121), lesão corporal (art. 129).

Crimes de ação ou forma vinculada – são aqueles que só podem ser executados através de formulas expressamente previstas no tipo penal, como por exemplo, o perigo de contágio de moléstia (art. 130), o curandeirismo (art. 284, I, II e III).

QUANTO AO ELEMENTO SUBJETIVO OU NORMATIVO

Crime doloso – quando o agente pratica a conduta querendo obter o resultado típico, também quando ele não quer o resultado, mas assume, conscientemente, o risco de produzi-lo em razão da conduta praticada (18, inciso I)

Crime culposo – quando o agente não quer o resultado, não assume o risco de produzi-lo, mas a ele deu causa em razão de descuido do agente por imprudência, negligência ou imperícia (art. 18, inciso II).

Crime preterdoloso ou preterintencionais – quando o agente pratica uma conduta dolosa e sobrevém um resultado mais grave do que o desejado, sendo este resultado agravador na forma culposa. Diz-se conduta inicial dolosa e resultado mais grave culposos. Ex.: (art. 129, § 3º).

OUTRAS CLASSIFICAÇÕES

Crime progressivo – é o crime que para ser cometido viola, necessariamente, outra norma penal menos grave, e faz parte do fenômeno denominado continência, que se dá quando um tipo engloba outro e pode ser a continência:

- a) **Explícita** - quando um tipo penal envolve outro (ou outros), como ocorre no caso do crime complexo ex.: (art. Art. 157, o roubo que envolve o furto, a ameaça e/ou a ofensa à integridade física)

b) Implícita – quando um tipo penal tacitamente envolve outro, que é o crime progressivo. Para cometer um homicídio, necessariamente passa o agente primeiro pelo crime de lesão corporal, que no outro está contido. O crime mais grave absorve o menos grave. Critério da absorção (ou consunção)

Crime de progressão criminosa – trata-se da evolução da vontade do agente, fazendo-o passar, embora num mesmo contexto, de um crime para outro, ocorre quando inicialmente o agente deseja produzir um resultado, mas, após consegui-lo, resolve prosseguir na violação do bem produzindo um resultado mais grave. Exemplo, inicialmente o agente quer apenas lesionar a vítima; após um período, resolve matá-la, neste caso responde pelo crime mais grave.

Obs.: a progressão criminosa difere do crime progressivo, em função do elemento subjetivo (o dolo; a vontade; o elemento volitivo do agente). Na progressão, a intenção inicial era a lesão, que evoluiu para o homicídio, enquanto no progressivo, o agente desde o início delibera matar a vítima, passando por necessidade, pela lesão.

Crime habitual – é aquele que só se consuma através da prática reiterada e contínua de várias ações, traduzindo um estilo de vida indesejado pela lei penal, logo pune-se o conjunto de condutas habitualmente desenvolvidas e não somente uma delas, que é atípica. Composto pela reiteração de atos penalmente indiferentes se praticados isoladamente, ex.: exercício ilegal da medicina (art.282), manter casa de prostituição (art.229).

Obs.: o crime habitual é modalidade específica de crime, não se deve confundir com os crimes instantâneos e os permanentes. Caracterizando equivoco a classificação que aponta a convivência da habitualidade com a permanência, pois, no crime habitual não é permanente e vice-versa, sendo que o delito permanente consuma-se numa única conduta e o resultado se prolonga se protai no tempo, enquanto o habitual exige a prática de várias condutas, analisadas em conjunto no momento da aplicação da lei penal.

Crime profissional – é qualquer delito praticado por aquele que exerce uma profissão, utilizando-se dela para a atividade ilícita, como no aborto provocado por médicos ou parteiras.

Obs.: não se deve confundir o crime profissional com os criminosos profissionais ou habituais, que praticam os crimes como se exercessem uma “profissão” (pistoleiros, ladrões etc).

Crime à distância – é aquele em que a conduta se dá em um país e o resultado do crime em outro. Está relacionado com a lei no espaço.

Crime plurilocal – é aquele em que a conduta se dá em uma cidade e o resultado em outra, mas dentro do mesmo país.

Crime pluriofensivo – é aquele que atinge mais de um bem jurídico, ex.: latrocínio (lesa a vida e o patrimônio)

Crimes de opinião – é o abuso da liberdade de expressão do pensamento, ex.: injúria.

Crimes transeuntes – são crimes que deixam vestígios, exemplo, homicídio (121)

Crimes não transeuntes – são crimes que não deixam vestígios, exemplo, injúria (140)

Crime putativo ou imaginário – é aquele que somente ocorre na mente do sujeito, ele acha que cometeu um crime, mas não cometeu. Ex.: relação incestuosa entre pai e filha maior de idade.

DO FATO TÍPICO

Ponto IX

9.1 Noções: conforme já visto, o crime é um fato típico e antijurídico. Para que possa afirmar que o fato concreto tem tipicidade, é necessário que ele se contenha perfeitamente na descrição legal, ou seja, que haja perfeita

adequação do fato concreto ao tipo penal. Deve-se, por isso verificar de que se compõe o fato típico, para tal são necessários alguns elementos.

Elementos:

- a) - conduta (ação e omissão);
- b) – resultado (exceto na tentativa);
- c) – relação de causalidade ou meio causal;
- d) – tipicidade

9.2 – CONDUTA

O conceito de conduta é extraído das teorias que buscam explicá-la, são elas:

A) – **Teoria naturalista causal (naturalista, tradicional, clássica, causal)** – considera o comportamento humano voluntário no mundo exterior (fazer ou não fazer), num processo mecânico, muscular, independentemente do fim que a vontade se dirige. Basta a certeza de atuação voluntária do agente, sendo irrelevante seu quer. Partindo do pressuposto de que as pessoas agem cegamente, como robôs, sem uma finalidade, como se não tivessem vontade. Esta teoria está superada.

B) – **Teoria social** – (ou da ação socialmente adequada, da adequação social ou normativa) – a ação é a conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana. O defeito desta teoria é a extensão do conceito de relevância social. **CRÍTICAS:** pois, o Direito Penal só comina pena a condutas socialmente relevantes, daí a dificuldade de se conceituar o que seja relevância social da conduta, tarefa de critério vago, impreciso, que exigiria um juízo de valor, ético, de difícil avaliação.

C) – **Teoria Finalista da ação** – (teoria adotada pelo Código Penal pátrio) – considera que os seres humanos são dotados de vontade, e que toda ação ou omissão (que provém da vontade) é direcionada a um fim. A teoria finalista retira o dolo e a culpa da culpabilidade e os introduz na conduta.

Segundo Mirabete, no crime doloso, a finalidade da conduta é a de concretizar o um fato ilícito. No crime culposos, o fim da conduta não está

dirigido ao resultado lesivo, mas ao agente por não ter empregado os cuidados necessários para evitar o evento. Há consciência – livre arbítrio.

DA TEORIA FINALISTA SE EXTRAÍ O SEGUINTE CONCEITO DE CONDUCTA:

Conduta - é a atividade (ação ou omissão), dolosa ou culposa, humana conscientemente dirigida a um fim. Atende para o alerta da doutrina de (Cezar Roberto Bitencourt), no sentido de que o resultado naqueles crimes que o exigem – pertencem ao tipo penal, e não à conduta.

Elementos da conduta - São constituídos por um ato de vontade dirigido a um fim e a manifestação dessa vontade (atuação), que abrange o aspecto psíquico e o aspecto mecânico. Ato voluntário não significa que a vontade seja livre e que o resultado seja querido.

Diferença de conduta e ato – ato é uma parte da conduta, ex. A mata B com 6 tiros. Há uma conduta (matar alguém) composta de 6 disparos (atos).

Só o ser humano pode praticar a conduta, pois é o único dotado de vontade e consciência para buscar uma finalidade. Animais não realizam condutas e fenômenos da natureza não as constituem.

PASSEMOS À ANÁLISE DAS FORMAS OU DOS ELEMENTOS DA CONDUCTA:

ACÇÃO – é a que se manifesta por meio de um movimento corpóreo tendente a uma finalidade. Quando o verbo indica um modo positivo de agir, diz-se crime comissivo. Mas, se nesta hipótese o crime for praticado mediante omissão, fala-se em crime comissivo por omissão.

OMISSÃO – a omissão se caracteriza pelo comportamento negativo, abstenção de movimento, não fazer o que o agente tinha que fazer. A possibilidade de realização da conduta constitui pressuposto do dever jurídico

de agir. Só existi omissão relevante quando o sujeito, tendo o dever jurídico de agir, deixa de fazê-lo

Em regra os tipos penais são comissivos (ação). Nos tipos penais que descrevem uma ação as normas penais encerram uma proibição, ex.: 'não matar', 'não subtrair', assim os delitos de ação violam o mandamento proibitivo (**preceito primário** da lei) contido na norma.

Há delito na forma de omissão quando o agente tem o dever jurídico de agir e a possibilidade de agir, mas não age. Os delitos omissivos podem ser próprios e impróprios

➤ **omissivos próprios (ou puros)** – são os que se perfazem com a conduta negativa do agente que está descrita no tipo, ex.: omissão de socorro (arts. 135, 244, 269).

➤ **omissivos impróprios ou comissivos por omissão** – quando a conduta descrita no tipo é comissiva (fazer), mas o resultado ocorre por não ter o agente o impedido, ex.: a mãe que deixa de amamentar o filho para ele morrer.

Como a conduta na forma omissiva é relevante penalmente apenas quando o agente tem o dever legal de agir, o legislador pátrio, art. 13, § 2º, CP, *in verbis*:

“A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”. O dever de agir incumbe que:

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

Assim, estabelecem as três hipóteses em que há dever de agir, vejamos:

➤ Quando a **lei** determina (art. 13, § 2º, a) – ex.: pais de alimentar os filhos; os policiais de darem segurança às pessoas; administrador do presídio em relação aos presos.

➤ Nos casos em que a pessoa se coloca como **garantidor**, como responsável por impedir o resultado (13, § 2º, b) – ex.: o pedestre que resolve auxiliar um cego a atravessar a rua; o enfermeiro com relação aos

cuidados com o doente, vigia em relação ao imóvel que cuida, a escola em relação ao aluno.

➤ Quando a agente, com ser comportamento anterior, **criou o risco** de produzir o resultado. Ex.: do acompanhante do nadador principiante, de quem joga outro na piscina por ocasião de trote universitário.

Observação: Pode agir quem:

- a) - tem conhecimento da situação de fato;
- b) - tem conhecimento da condição que o coloca na qualidade de garantidor;
- c) – tem consciência de que pode executar a ação;
- d) – tem a possibilidade de executar a ação.

Se o agente, embora não evitando o resultado, empreendeu esforço, não há dolo ou culpa, mas simples caso fortuito. Se o agente puder agir, sua omissão deverá ser apreciada em seu elemento subjetivo (dolo ou culpa). A omissão pode ser dolosa (vontade de não impedir o resultado) ou culposa (decorrente de erro na apreciação da situação típica ou sobre a possibilidade de agir).

Caso fortuito ou força maior – a conduta decorrente do caso fortuito ou força maior é atípica por ausência de dolo ou culpa.

CASO FORTUITO – é aquilo que se mostra imprevisível. No caso fortuito existe uma conduta, mas ela não será atribuída ao agente por ausência de dolo ou culpa (ex.: atropelamento de pedestre por automóvel, por defeito mecânico imprevisível).

FORÇA MAIOR – é uma força que opera sobre o homem de tal proporção que o faz intervir como uma mera massa mecânica. Pode ocorrer por fatos da natureza ou por intervenção de terceiros. Na verdade não existe conduta (Ex.: pessoa forçada a premir o gatilho).

Ausência de ação - a doutrina costuma apontar três hipóteses onde não se pode falar em conduta ou ação por parte do agente, quando:

- a) – coação física irresistível (não confundir com coação moral);
- b) – movimento reflexo;
- c) - estado de inconsciência (sonambulismo)

10 – DO RESULTADO (COMO SEGUNDO DO FATO TÍPICO)

Ponto X

RESULTADO - Entende-se por resultado a lesão ou perigo de lesão de um interesse protegido pela norma penal.

Assim diz o art. 13 CP: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem o qual o resultado não teria ocorrido”.

HÁ DUAS SÃO AS TEORIAS QUE DEFINEM O RESULTADO:

a)- resultado naturalístico – é a modificação do mundo exterior provocada pelo comportamento humano voluntário. Nem todo crime produz resultado naturalístico, porquanto certas infrações penais não produzem qualquer alteração no mundo natural, daí afirmar-se, por este critério, que existe crime sem resultado.

b)- resultado jurídico – é a modificação gerada no mundo jurídico, ferindo interesse protegido pela norma penal.

Na exposição de motivos do Código Penal, assevera-se ter sido adotado o critério do resultado jurídico, mas a doutrina pátria prevalece o conceito naturalístico do resultado. A propósito verificar, quanto a classificação que se faz do crime quanto ao resultado, já explicado, mas para melhor fixação. Vejamos novamente:

Crimes materiais – o legislador, no tipo penal, descreve a conduta e o resultado, e a consumação só ocorre com a produção do resultado naturalístico, como a morte no homicídio e a subtração da coisa no furto.

Crimes formais – aqueles que o legislador também descreve a conduta e o resultado, mas que se consumam independentemente da produção do resultado naturalístico (ex.: pedido de resgate de extorsão mediante sequestro).

Crimes de mera conduta – o legislador limita-se a descrever a conduta proibida, são aqueles que não preveem a ocorrência de resultado naturalístico (ex.: invasão de domicílio).

11. – DA RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

Ponto XI

Noções: relação de causalidade é o nexos causal que se compõe de elo que se estabelece entre a conduta do agente e o resultado naturalístico.

Para que o fato seja típico é necessário, ainda, que exista relação de causalidade entre a conduta e o resultado naturalístico. O Código Penal adotou a teoria da equivalência dos antecedentes causais (*conditio sine qua non*), onde atribui relevância causal a todos os antecedentes do resultado, considerando que nenhum elemento, de que depende a sua produção, pode ser desprezado da linha de desdobramento causal. Causa é toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, ou seja, toda ação ou omissão que é indispensável para a configuração do resultado concreto, por menor que seja seu grau de contribuição (art. 13, caput, 2ª parte) (ex.: morte por hemorragia provocada em hemofílico; morte decorrente de broncopneumonia advinda de ferimentos provocados pelo agente).

. Entretanto, as teorias sobre o nexos causal respondem melhor à formulação de um conceito sobre a mesma, vejamos:

a)- teoria da equivalência dos antecedentes – para esta teoria considera-se causa todo fato sem o qual o resultado não teria sido produzido (*conditio sine qua non*). Não distingue esta teoria a causa da concausa (concausa ou segunda causa é outra causa, que ligada à primeira, concorre para com o resultado preexistente ou concomitante provocado pelo agente, a

qual não exime o agente de responder pelo crime, ex.: a vítima que morre por problemas cardíacos decorrentes da violenta emoção havida por ter sido agredido levemente).

Causalidade na omissão: inexistente nexos causal objetivo nos crimes omissivos. Não há causalidade na omissão já que do nada, nada surge (Lerner). A omissão não produz o resultado. Diz-se que nos crimes omissivos o nexo é normativo (o que liga o resultado ao agente não é a natureza das coisas, mas a norma penal. ver comentários sobre o art. 13, § 2º, já feito acima).

Observação: Para melhor entender a teoria da equivalência dos antecedentes causais, ou seja, para se saber se determinada conduta deu causa a um resultado considerado típico, utiliza-se o processo de exclusão mental denominado procedimento hipotético (ou processo de eliminação hipotética), de Thyrén, segundo o qual causa é todo antecedente que não pode ser suprido *in mente* sem afetar o resultado, ex.: A indústria fabrica o revólver que é vendido pelo comerciante a uma pessoa, esta por sua vez, após tomar um café, atira em um desafeto causando-lhe a morte. Se retirarmos o fabricante, o comerciante ou o fato da pessoa ter atirado o crime não teria acontecido, logo estes três são considerados causa do resultado naturalístico. Se retirarmos o café, o crime ainda assim teria acontecido, logo este não é causa do crime. Embora haja nexo entre a conduta do fabricante e do comerciante estes não responderão pelo crime porque não agiram com dolo ou culpa já a pessoa que praticou a conduta e provocou o resultado responderá pelo crime porque também agiu com dolo.

Esta teoria foi adotada pelo Código Penal, art. 13, *caput*, 2ª parte)

Teoria da causalidade adequada – causa é a condição capaz de produzir o resultado. Para esta teoria não há nexo entre a conduta do fabricante da arma e do comerciante com o resultado morte produzido pelos tiros.

Causa superveniente – trata-se de uma exceção à teoria da *conditio sine qua non*, prevista no art. 13, § 1º, CP, ou seja, se a causa for superveniente à conduta, exclui a imputação quando, por si só, produzir o resultado. Ex.: o

acidentado que vem a morrer não em razão dos ferimentos, mas pelo acidente de trânsito envolvendo a ambulância que o transportava ao hospital. Trata-se de uma nova causa, provocando o resultado por si só.

Do artigo 13, § 1º, pode se extrair que há as seguintes causas:

Causas que concorrem ou não para o resultado e atuam (antes, durante e depois da conduta)

A)- causas relativamente independente – são aquelas que têm origem totalmente alheia à conduta do agente.

a1) – Preexistentes - quando atuam antes da conduta: Ex.: (A fere B com tiro, mas este vem a falecer antes em razão de veneno que havia ingerido antes);

a2)- Concomitantes – quando operam ao mesmo tempo da conduta Ex.: (A fere B no mesmo instante em que este está sofrendo um ataque cardíaco e morre em consequência deste);

a3)- Supervenientes – quando atuam após a conduta. Ex.: (A ministra veneno na alimentação de B, que após a refeição falece em consequência de um desabamento).

Observação: em todas as hipóteses acima há exclusão do nexo de causalidade (art. 13, caput).

B)- Causas relativamente independentes que atuam (antes, durante e depois da conduta): são aquelas que produzem, por si só, o resultado. Não se situam dentro da linha de desdobramento causal da conduta, mas sua origem está na própria conduta do agente.

b1) - Preexistentes – quando atuam antes da conduta Ex.:(A fere B, que pelo fato de ser hemofílico, vem a falecer devido a hemorragia) muita atenção, pois neste caso o resultado morte somente é atribuível ao agente se ele tivesse conhecimento da condição de hemofílico da vítima).

b2)- Concomitantes – quando operam ao mesmo tempo da conduta Ex.: (A fere B, com um tiro e este vem a falecer em decorrência de um ataque cardíaco: atenção – se o ataque cardíaco desencadeou-se em função dos

disparos, responderá o agente; mas, se os tiros não foram a causa, responderá por simples tentativa)

Observação: nas duas hipóteses acima o resultado é imputável ao agente de acordo com (art. 13, caput do CP)

b3)- Supervenientes – quando atuam após a conduta. Ex.: (A fere B, o qual ao dirigir-se ao hospital, morre de acidente) neste caso superveniência causal relativamente independente, o resultado não é imputável ao agente (art. 13, § 1º CP).

12. – DA TIPICIDADE

Ponto XII

Conceito: é a correspondência, a adequação perfeita entre o fato natural, concreto e a descrição contida na lei. Já o **TIPO** penal é um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido. A identidade entre o tipo penal e a conduta chama-se tipicidade.

A tipicidade deve ser analisada em dois planos: **formal** e **material**

Tipicidade formal (ou legal) - consiste na correspondência entre uma conduta da vida real e o tipo legal de crime previsto na lei penal;

Tipicidade material – a conduta, além de sua adequação formal, deve ser materialmente lesiva a bens jurídicos ou ética e socialmente reprováveis. Os comportamentos normalmente permitidos são materialmente atípicos. A ausência de tipicidade material leva à atipicidade da conduta. Não se confunde com ausência de justificação. Exemplo comparativo: lesões corporais decorrentes de legítima defesa e de pontapés em jogos de futebol. A tipicidade material pode ser excluída com base nos princípios da adequação social da conduta e o da insignificância penal.

Princípio da adequação social da conduta (introduzido por Hans Welzel).

As condutas socialmente aceitas e adequadas, que estejam dentro do âmbito da normalidade social, seriam atípicas (exs.: perfuração de parte da orelha ou do nariz dos índios pequenos, por seus pais, para manter a tradição de fixação de objetos da cultura indígena ou mesmo na nossa cultura; assim como certos castigos escolares verificados dia a dia, em que não há autorização legal, etc.)

Observação: os princípios da adequação social e da insignificância afastam a tipicidade material e, de consequência, o crime; são considerados causas supralegais de exclusão da tipicidade.

Tipicidade conglobante – sem muita aceitação ainda na jurisprudência em nosso país vem guardando receptividade na doutrina o conceito de tipicidade conglobante como corretivo da tipicidade legal (Zaffaroni) segundo esse autor, trata-se, de um dos aspectos da tipicidade penal, que se subdividiria em tipicidade legal (adequação do fato com a norma penal, segundo uma análise estritamente formal) e tipicidade conglobante (inadequação do fato a normas extrapenais⁰. Por meio desta, deve-se verificar se o fato, que aparentemente viola uma norma penal incriminadora, não é permitido ou mesmo incentivado por outra norma jurídica (como no caso das intervenções médico-cirúrgicas, violência desportiva, estrito cumprimento de um dever legal etc.). Não teria sentido, dentro dessa perspectiva, afirmar que a conduta do médico que realiza uma cirurgia no paciente viola norma penal do art. 129 do CP (não ofenderás a integridade corporal alheia) e, ao mesmo tempo, atende ao preceito constitucional segundo o qual a saúde é um direito de todos (não seria lógico dizer que viola uma norma e obedece a outra, ao mesmo tempo)

Por meio da tipicidade conglobante (que resulta numa análise conglobata do fato com todas as normas jurídicas, inclusive extrapenais), situações consideradas tradicionalmente como típicas, mas enquadráveis nas excludentes de ilicitude (exercício regular de um direito ou estrito cumprimento de um dever legal), passariam a ser tratadas como atípicas, pela falta de tipicidade conglobante. Com a adoção da imputação objetiva, tais resultados

(atipicidade de fatos então considerados típicos, porém lícitos) são atingidos sem necessidade dessa construção, que se torna supérflua.

Tipo do injusto – contém todos os elementos do tipo legal mais a nota da ilicitude (Assis Toledo). Injusto é toda a conduta típica e antijurídica, mesmo que não seja culpável (Cezar Roberto Bittencourt).

Funções do Tipo penal

O tipo penal contém três relevantes funções:

- a)- garantia do princípio da reserva legal;
- b)- indício de ilicitude;
- c)- função diferenciadora do erro (é indiscutível que o dolo do agente deve abranger todos os elementos constitutivos do tipo penal; o desconhecimento de um elemento constitutivo do tipo constitui erro de tipo – Cezar Roberto Bittencourt).

CLASSIFICAÇÃO DO TIPO

Tipo fechado ou direto – ocorre a tipicidade direta quando a adequação do fato se opera de forma direta, é a conduta proibida descrita integralmente na lei (ex matar alguém: A mata B, portanto, A, violou o preceito normativo contido na norma do art. 121, do CP);

Tipo aberto ou indireto – ocorre a tipicidade aberta ou indireta quando for necessário para que o tipo penal esteja completo de complementação de uma norma de caráter geral, que se encontra fora contidas na parte geral do CP (ex.: A paga B para matar C. ASSIM, A violou o preceito normativo contido no art. 121 c/c 29 do CP);

ELEMENTOS DO TIPO PENAL INCRIMINADOR

A doutrina costuma destacar e classificar as elementares do tipo em:

- a) - **Elementos descritivos ou objetivos do tipo** – são aqueles que como o nome já indica – narram ou referem-se à obstrução da conduta proibida, ou seja, constituem-se no objeto do crime, no núcleo do tipo (no verbo), ex.: “**matar** alguém”;

- b) - Elemento subjetivo do tipo** – é aquele referente ao animus do agente (dolo ou culpa);
- c) - Elementos normativos do tipo** – são aqueles tipos penais que demandam uma valoração por parte do aplicador da norma – deixados propositalmente em aberto, ou seja, quando o legislador insere alguma expressão que exigirá do julgador um juízo de valor, ex.: “alheia” no crime de furto). Podem referir-se ao injusto (devidamente, sem “sem justa causa”, vide arts. 151,153, CP) a um termo jurídico (“cheque”, “documento”, “funcionário público” etc. – arts. 171,297,312) ou termo extrajurídico (inexperiência da vítima dignidade – (arts. 217, 140). Assim, o juízo de valoração pode ser social, religioso, político, cultural, jurídico ou outro conhecimento humano qualquer.

DOS CRIMES DOLOSOS E CULPOSOS (art. 18 Código Penal)

Ponto XIII

Art. 18 - Diz-se o crime:

Crime doloso

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

Crime culposo

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

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

Noções: Como regra, a conduta do homem é sempre voltada a uma finalidade, um objetivo. Efetivamente, o que motiva a conduta do ser humano é sempre a obtenção de um resultado. Só os homens respondem pelo que fazem, não respondem os animais, nem a natureza.

Sobre a ação humana, pode se dizer que ela se desdobra em duas etapas, a idealização do modo como agirá para obter o resultado e a efetiva prática da ação imaginada, que produzirá efeitos no mundo exterior. No direito penal, somente o segundo momento é objeto da tutela repressiva e é nele que se encontra o dolo da conduta do autor.

Assim, o direito penal preocupa-se com o livre arbítrio, a capacidade de escolha, por esta razão é que essa premissa do ato humano, de ser motivado por uma finalidade, é o que caracteriza o dolo e, em face da lei penal, define o crime doloso.

De fato, a doutrina destaca que o dolo advém da consciência do autor de que sua conduta o levará a um resultado criminoso, previsto no tipo penal. E para que aquele se caracterize, os elementos do dolo, consistentes na consciência da conduta, do resultado e do nexa causal, devem estar presentes.

DOLO – é o elemento psicológico da conduta (conduta é um dos elementos do fato típico, logo dolo é um dos elementos do fato típico).

CONCEITO – é à vontade e a consciência de realizar os elementos constantes do tipo legal. É a vontade de realizar a conduta.

Dolo e consciência da ilicitude – o dolo abrange todos os elementos

TEORIAS SOBRE O CONTEÚDO DO DOLO

Da vontade – há dolo quando se pratica a ação consciente e voluntariamente;

Da representação – há dolo quando há simples previsão do resultado, sendo suficiente que o resultado seja previsto pelo sujeito;

Do assentimento (ou consentimento) – há dolo quando o agente consente em causar o resultado mesmo que não queira, ou seja, é a aceitação dos riscos de produzir o resultado.

Observação: O Código Penal adotou a teoria da vontade (dolo direto) e a teoria do assentimento quanto o dolo eventual (dolo indireto).

ELEMENTOS DO DOLO:

a)- consciência da conduta e do resultado;

b)- consciência da relação de causal objetiva entre a conduta e o resultado;

Obs.: Não se trata de consciência de ilicitude, pois esta é elemento normativo, enquanto aquela integrante do dolo é natural (momento intelectual)
Vontade de realizar a conduta e produzir o resultado (momento volitivo).

Observação: o dolo abrange não só o objetivo do agente, como também os meios empregados e as consequências secundárias. O dolo deve alcançar, em regra, todos os elementos da figura típica (descritivos, normativos e subjetivos), bem como as circunstâncias agravantes, as causas de aumento de pena e as qualificadoras.

Elemento subjetivo do injusto – são elementos ou requisitos subjetivos, previstos na norma penal, que excedem o dolo genérico contido no tipo objetivo. São tendências destinadas a produzir um fim especial (dolo específico ou como prefere parte da doutrina, o especial fim de agir) exemplos: (homicídio qualificado por motivo fútil, art. 121, § 2º; Prevaricação art. 319, extorsão mediante sequestro art. 159).

Abrangência do dolo – o dolo abrange todos os elementos da figura típica, alcançando as elementares e as circunstâncias do delito. Exemplo: o agente deve saber no crime de furto, que a coisa móvel é alheia. Alguns autores (Zaffaroni, Guilherme Nucci) sustentam que a dúvida quanto à caracterização de um dos elementos do tipo pode conduzir ao dolo eventual (ex. agente que percebe em si sinais de doença venérea, mas tem dúvidas quanto à sua infecção, e ainda assim mantém relação sexual sem preservativo, comete crime descrito no art. 130 do CP, como dolo eventual).

ESPÉCIES DE DOLO:

a)- direito ou imediato – ocorre quando o sujeito visa resultado certo e determinado. Ex.: A esfaqueia à vítima com 60 facadas – artigo 18, I, primeira parte.

a1) – dolo direto de 1º grau – tem por conteúdo o fim proposto pelo autor, que pode ser entendido como pretensão dirigida ao fim ou ao resultado

típico, ou como pretensão de realizar a ação ou o resultado típico (Claus Roxim). Ex. o agente atira com o único propósito de matar, e mata.

a2) – dolo direto de 2º grau – compreende os meios de ação escolhidos para a realização do fim, e, de modo especial, os efeitos secundários representados como certos ou necessários; o desejo imediato do agente não é o fato típico em si, mas se este se antepõe de tal forma como inevitável; Ex.: (alguém atear fogo em navio para fins de recebimento seguro, certo de que a tripulação morrerá (o homicídio decorre de dolo direto de 2º grau).

b)- Dolo indireto ou eventual – ocorre quando a vontade do agente não se dirige a certo e determinado resultado. Divide-se em alternativo, na hipótese em que a vontade é dirigida a um ou outro resultado, e em eventual, quando o agente assume o risco de produzir o resultado. , conforme previsão na 2ª parte do art. 18, inciso I, CP. “assumir o risco é alguma coisa mais que ter consciência de correr o risco: é consentir previamente no resultado, caso este venha efetivamente ocorrer’(Nelson Hungria). **Atenção**, pois recentemente o STJ admitiu a possibilidade do dolo eventual em, homicídio praticado no volante de veículo automotor.

c) Dolo genérico – trata-se da vontade de concretizar os elementos do fato, descritos na norma penal incriminadora. Ex.: artigo 121, caput do Código Penal.

d) Dolo específico – trata-se da vontade de praticar um fato e produzir um fim especial.

Embora seja frequentemente encontrado na jurisprudência – inclusive STF e STJ – referência a dolo genérico, dolo específico, dolo alternativo e dolo indireto, parte da doutrina rechaça essas adjetividades (Helena Claudio fragoso, Cezar Roberto Bittencourt, Juarez Tavares) afirmam que o dolo somente subdivide em dolo direto e eventual).

e)- Dolo geral (erro sucessivo) – ocorre quando o agente, com a intenção de praticar determinado crime, realiza certa conduta capaz de produzir o resultado, e , logo depois, na crença de que o evento já se produziu, empreende nova ação que realmente causa o resultado. Ex.: (a agente pensa

que matou a vítima a facadas e joga o corpo no rio, ocorre que a vítima não morreu das lesões recebidas pelas facadas, mas afogada, neste caso o agente responde por crime doloso, porque no final ocorreu o resultado pretendido pelo agente).

DO CRIME CULPOSO (art. 18, II Código Penal)

CULPA – O agente responderá pelo resultado culposo quando este resultado não for desejado, nem tenha ele assumido o risco de produzi-lo, porém, por descuido infringiu a norma. Para que uma pessoa responda por um crime na modalidade culposa é imprescindível o preenchimento de todos os elementos do fato típico culposo.

Para Bitencourt, “culpa é a inobservância do dever objetivo de cuidado manifestada numa conduta produtora de um resultado não querido, objetivamente previsível”.

Elementos do fato típico culposo:

Conduta voluntária – Enquanto nos crimes dolosos a conduta é dirigida a um fim ilícito, nos crimes culposos pune-se a conduta mal dirigida, normalmente destinada a um fim penalmente irrelevante. Aqui há divergência entre a ação efetivamente praticada e a que realmente deveria ter sido realizada. Há vontade na conduta, mas não no resultado. Ex.: há vontade de dirigir, mas não de atropelar e matar.

Previsibilidade objetiva – Trata-se da possibilidade de antever o resultado, nas condições em que o fato ocorreu. É determinada segundo o critério de uma pessoa mediana (homem médio). Ex.: Se dirigir em alta velocidade pode-se perder o controle do carro e provocar um acidente.

OBS.: Previsibilidade subjetiva – A indagação se o agente tinha condições ou podia no caso concreto ter adotado as cautelas devidas, somente deverá ser analisado no plano da culpabilidade, não no fato típico o antijurídico (penal II - PUC). Previsibilidade subjetiva é, portanto, a possibilidade de que o

agente dado as suas condições peculiares, tem de prever o resultado. Previsibilidade subjetiva não faz parte dos elementos da culpa.

Ausência do cuidado objetivo (negligência, imprudência ou imperícia) – O cuidado objetivo é aquele que todos devem ter, de agir com cautela no dia-a-dia, de não lesar bens alheios. Este dever se apura objetivamente, segundo um padrão médio (homem médio), baseado naquilo que se esperaria de uma pessoa de mediana prudência. Ex.: Não parar no semáforo vermelho, deixar uma panela com óleo quente ao alcance de uma criança. Sendo, portanto indispensável que o agente não tenha previsto, ou querido o resultado, caso em que o crime será doloso.

Resultado involuntário – Será involuntário o resultado quando o agente não quis, nem assumiu o risco de produzir o resultado. Ex.: mãe que esquece veneno no chão e filho ingere e morre.

Nexo de causalidade – É o liame que liga a conduta ao resultado. Deve-se fazer a pergunta: O resultado 'x' foi por causa da conduta 'y', se a resposta for sim, há nexos causal. Ex.: o agente dirige em alta velocidade, atropela pedestre, este morre no local do acidente. Há nexos causal entre a conduta e o resultado.

Tipicidade – adequação da conduta ao modelo legal. Ex. conduta violadora do dever de cuidado (imprudência, negligência, imperícia) + Crime culposos = ocorrência de resultado (trata-se de crime condicionado ao resultado) + previsibilidade do resultado.

MODALIDADES DE CULPA

Imprudência – é a prática de um ato perigoso. Ato comissivo;

Negligência – é a ausência de precaução ou indiferença em relação ao ato realizado. Ato omissivo;

Imperícia – é a falta de aptidão para o exercício de arte ou profissão.

ESPÉCIES DE CULPA

Culpa consciente – o resultado é previsto pelo agente, mas este espera levianamente que o mesmo não ocorra ou que pode evitá-lo.

Culpa inconsciente ou própria – o resultado não é previsto pelo agente, embora previsível. É a culpa comum. Também denominada culpa própria.

Culpa imprópria (ou por extensão, assimilação ou equiparação) - o resultado é previsto e querido pelo agente, que labora em erro de tipo inescusável ou vencível (art. 20, § 1º, do CP).

Graus de culpa – a culpa poderá graduar-se em grave, leve e levíssima. A lei não estabelece, para efeito de cominação de pena, distinção quantitativa dos graus da culpa, de modo que a pena a ser fixada deverá levar em consideração cada caso concreto.

Obs.: Não confundir gravidade do crime e gravidade da culpa, estes não se confundem, pois o primeiro é ditado pela norma legal, enquanto o segundo pelo comportamento humano.

Compensação de culpas - Ao contrário do direito privado, a compensação de culpas não é permitida no direito penal.

Concorrência de culpas – em caso de concorrência de culpas, ambos os agente são punidos;

Excepcionalidade do crime culposo - Só é admissível a modalidade culposa quando há referencia expressa na lei (art. 18, parágrafo único, CP);

Culpa presumida (*in re ipsa*) - É a que resulta de inobservância de disposição regulamentar Exemplo: (acidente provocado por motorista sem CNH). Foi abolida do CP;

Coautoria em crime culposo – possibilidade admitida por entendimento jurisprudencial majoritário. Exemplo (pai instiga filho menor a desenvolver excesso de velocidade, provocando atropelamento de pedestre). A

participação, contudo, mostra-se inviável, pois qualquer causação do resultado é produzida a título de coautoria (Welzel);

Tentativa (inadmissível) – enquanto crime culposo há o resultado sem a vontade, na tentativa há a vontade do resultado.

Obs.: destaque-se, por fim, que a existência do crime culposo não é incompatível com as excludentes de ilicitude, pelo que é possível que uma conduta seja tipicamente culposa, e, no entanto, não seja antijurídica.

DA TENTATIVA

Elementos da tentativa:

Início de execução do crime – para a existência da tentativa é necessário um início típico de execução. Não basta o *cogitatio* ou atos preparatórios.

Exemplos: no homicídio, a compra da arma, escolha do local, procura do desafeto, tocaia, constituem atos preparatórios; já o disparo de projétil, o brandir do punhal, a ministração de veneno, constituem atos de execução.

Não consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente – ocorre quando o *inter criminis* é interrompido por interferência externa e o agente não consegue praticar todos os atos necessários à consumação (**tentativa imperfeita**); ou também quando o agente pratica todos os atos necessários à produção do evento, mas a consumação não vem ocorrer por um ato estranho à sua vontade (**tentativa perfeita ou crime falho**)

Elemento subjetivo – a presença do dolo do delito consumado é indispensável para aferir a existência de tentativa ou *conatus* (lesões corporais ou tentativa de homicídio).

Infrações penais que não admitem tentativa:

- a)- crimes culposos (salvo a hipótese de culpa imprópria);
- b)- preterdolosos;

- c)- omissivos próprios;
- d)- crimes habituais;
- e)- unissubsistentes;
- f)- crime tentado (ex.: art. 352 CP);
- g)- contravenções penais.

Punibilidade da tentativa – salvo disposição em contrário pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços' (art. 14, parágrafo único, CP).

Critério de determinação da pena – quanto mais o agente se aprofunda na execução e aproxima da consumação, menor a redução da pena; quanto mais se afastou, maior a redução (tentativa branca). No entanto, há hipóteses em que à tentativa aplica-se a mesma pena do crime consumado, quando aquela for elementar do tipo (evasão ou tentativa de evasão com violência do preso – (art. 352); votar ou tentar votar duas vezes (art. 309 do Código Eleitoral); tentar desmembrar parte do território nacional (art. 11 da Lei de Segurança Nacional).

Natureza Jurídica da tentativa – a tentativa pode ter sua natureza jurídica analisada sob dois pontos de vista:

- a)- causa de diminuição de pena (art. 14, parágrafo único, CP);
- b)- norma de adequação típica por subordinação mediata.

DA ILICITUDE

Ponto XIV

Conceito: é a contradição que se estabelece entre a conduta do agente e todo o ordenamento jurídico, consistindo na prática de uma ação ou omissão legal. A doutrina costuma utilizar as expressões ilicitude e antijuridicidade como sendo sinônimas, embora haja parte da doutrina (Assis Toledo), que repudie a utilização da segunda expressão como indicadora de antagonismo entre a conduta e o ordenamento jurídico.

Diferença entre ilícito e injusto – o ilícito é a contrariedade entre o fato e a lei, ou seja, a realização de um fato proibido pelo ordenamento legal; não comporta escalonamentos, de modo que um simples furto é tão ilícito quanto o latrocínio.

O injusto é a própria conduta valorada como ilícita; tem caráter substantivo; possui qualidade e quantidade, isto é, admite escalonamento; é aquilo que nos é permitido fazer; engloba a ação típica e ilícita, ainda que não seja culpável.

Espécies;

a)- ilicitude formal – é a mera contrariedade do fato ao ordenamento legal; confunde-se com a tipicidade;

b)- ilicitude material – é a que fere o interesse material protegido pela norma; possibilita a admissão de causas supralegais de justificação;

c)- ilicitude subjetiva – considera que o fato só é ilícito se o agente tiver capacidade de avaliar seu caráter criminosos (o inimputável, segundo esta teoria, não comete fato ilícito);

d)- ilicitude objetiva – sua ocorrência não depende da capacidade de avaliação do agente.

Obs.: importante lembrar que o exame da conduta delituosa segue a ordem: fato típico, antijuridicidade e culpabilidade. Assim, caso constatado que o fato não é típico (ex.: aplicação do princípio da insignificância), sequer será analisada a sua antijuridicidade.

Causas legais de exclusão de ilicitude

Também são conhecidas como: causas de exclusão da antijuridicidade; causas de justificação, causas de exclusão do crime, discriminantes, excludentes de ilicitude (art. 23 do CP);

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

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

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

DO ESTADO DE NECESSIDADE

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

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

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

O estado de necessidade tem o poder de tornar lícita a conduta do agente que, nas condições previstas em lei, praticou conduta típica, desde que, para salvar de perigo atual bem ameaçado, seja esse bem de valor superior ao bem sacrificado ou de igual valor (teoria unitária), não se admitido o sacrifício de um bem jurídico superior a pretexto de salvar um outro bem de valoração inferior

TEORIAS:

- a) – **Unitária:** o estado de necessidade é sempre causa de exclusão da ilicitude; teoria adotada pelo código Penal.
- b) - **Diferenciadora:** se o bem sacrificado for igual ou maior ao salvo, o estado de necessidade exclui a culpabilidade (adotada pelo Código Militar);

REQUISITOS:

➤ **Perigo de lesão a um bem jurídico (perigo atual)** – é indispensável a existência do perigo ou lesão a um bem juridicamente tutelado; lembrando que esse perigo deve ser atual, e não pode ter sido voluntariamente provocado pelo agente do fato necessário, deve resultar de caso fortuito ou força maior, casos

em que trabalha-se com a ideia de ponderação dos bens em risco. Ex.: naufrago que afoga o outro para ficar com a única boia;

➤ **Inevitabilidade da lesão ao bem de outrem** – em situação de conflito entre bens protegidos, o sacrifício de um deles somente é permitido quando a salvação do outro possa fazer-se à custa desse sacrifício.

➤ **Conflito entre bens reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica** – no estado de necessidade não podem prevalecer, sobre direitos protegidos, vícios ou práticas desvaliosas. Ex.: não se admite a invocação da excludente ora analisada se o perigo decorreu de ato anterior doloso praticado pelo agente; se, entretanto, o agente provoca o perigo por conduta culposa, a discriminante poderá ser arguida.

➤ **Balanceamento dos bens e deveres em conflito (razoabilidade)** – o bem sacrificado deve ser igual ou inferior ao do bem defendido; o sacrifício de bem de maior valor afasta a causa de justificação. Ex.: a prática de homicídio para impedir a lesão de um bem patrimonial de ínfimo valor.

➤ **Inexistência do dever legal de enfrentar arrostar o perigo** – não se pode alegar o estado de necessidade todo aquele que, por obrigação decorrente de lei, tinha o dever de enfrentar o perigo. Ex.: policial que, com medo do criminoso, joga uma pessoa na trajetória da bala.

➤ **Elemento subjetivo do agente** – o agente deve conhecer (ou ao menos acreditar que se faz presente) a situação fática caracterizadora do estado de necessidade

Classificação do estado de necessidade

a)- quanto a titularidade do interesse protegido – **próprio ou de terceiro**;

b)- quanto aos aspecto subjetivo do agente – **real** (situação de perigo real) e **putativo** (o agente supõe a existência de perigo que não existe);

c)- quanto à ofensa – **defensivo** (quando o ato necessário se dirige contra a coisa que promana o perigo – Ex.: vítima que mata cão agressor; **agressivo** (quando o ato necessário é dirigido contra coisa diversa daquela de que promana o perigo – ex.: furto alimento para saciar a fome)

DA LEGÍTIMA DEFESA

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

REQUISITOS:

a)- repulsa a agressão atual ou iminente e injusta – o primeiro aspecto da legítima defesa é a reação defensiva, o que exclui de seu âmbito qualquer ato agressivo em sua origem; é a resistência contra posta á agressão injusta (atual e iminente).

a1) agressão atual – é aquela que já esta em curso no momento da reação defensiva; não se funda no temor de ser agredido em no revide de quem já o foi. Não se admite legítima defesa antecipada, ou seja, temor de agressão futura. Atenção – o bem somente será passível de autodefesa se não for possível socorrer-se do Estado para sua proteção.

a2) agressão iminente – é aquela que está preste a acontecer; é a previsibilidade concreta de agressão dentro de um quadro de possibilidades reais (nos crimes permanentes a agressão será sempre atual, enquanto não cessada a permanência);

a3)- agressão injusta – é a agressão ilícita, antijurídica (a penhora é injusta) ao contrário do estado de necessidade, que admite um contra outro, não se admite legítima defesa contra legítima defesa; não é necessário que a agressão seja crime ex(art. 1210, § 1º, CC);

a4)- agressão de inimputáveis – se a agressão não precisa ser crime, também não se exige que seja ela proveniente de alguém culpável; admitem-se a legítima defesa contra ébrios, menores, doentes mentais, etc.;

a5)- aberratio ictus – na reação defensiva, se o agente erra na execução dos atos necessário de defesa, não descaracteriza a causa de justificação (art. 73 CP); não exclui, porém, a responsabilidade civil.

b)- defesa de direito próprio ou alheio – todos os direitos (bens ou interesses jurídicos) são suscetíveis de legítima defesa, tais como: a liberdade, a integridade física, o patrimônio, a honra, etc; na legítima defesa da honra, igualmente às demais, a adequação dos meios empregados é requisito indispensável.

c)- meios necessários- são aqueles indispensáveis para repelir a agressão atual, ou iminente e injusta; nem menos, nem mais do que isso, ou seja, são os que causam o menor dano indispensável à defesa do direito, já que não se deve confundir necessidade dos meios empregados com necessidade de defesa(por exemplo: caso de paraplégico que atira para evitar furto de algumas frutas sem seu poder); deve guardar proporcionalidade. Havendo mais de um meio de repelir a agressão, deve-se utilizar o menos lesivo, sempre, porém, atentando para as peculiaridades do caso concreto, lembrando a clássica advertência de Nelson Hungria que aduzia que “não se pode medir a proporcionalidade da reação em pratos de balança”.

d)- moderação no emprego dos meios – refere-se à intensidade dada pelo agente no emprego dos meios de defesa; a reação do agente não pode crescer em intensidade além do razoavelmente exigidos pelas circunstâncias para fazer cessar a agressão.

e)- orientação do animo do agente no sentido de praticar atos defensivos – assim, como nas demais causas de justificação, na legítima defesa o agente deve mover-se no propósito de defender-se (posição majoritária). Em sentido diverso, Nelson Hungria, para quem análise da legítima defesa era puramente objetiva.

Obs.: A possibilidade de fuga pelo agredido não afasta a legítima defesa, pois “a lei não pode exigir que se leia na cartilha dos covardes e pusilânimes” (Nelson Hungria).

Legítima defesa subjetiva – é o excesso por erro do tipo escusável, que exclui o dolo e a culpa (art. 20, § 1º, primeira parte); o agente, encontrando-se

inicialmente em legítima defesa, mas por erro quanto a gravidade do perigo ou quanto ao modo de reação, plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe ainda encontrar-se em situação de defesa. (denominada e usada muitas vezes como sinônimo de defesa putativa, empregada por Hungria para caracterizar o excesso da legítima defesa por erro escusável).

Legítima defesa sucessiva – é a repulsa contra excesso de legítima defesa (ex.: alguém agindo inicialmente em legítima defesa, excede, outrem, anteriormente agressor, reage). Situação perfeitamente possível. Ou seja, trata-se de hipótese em que alguém se defende do excesso de legítima defesa.

Ex.: se um ladrão é surpreendido furtando, cabe por parte do proprietário, segurá-lo à força até a chegada da polícia (constrangimento admitido na legítima defesa), embora não possa propositadamente lesar sua integridade física. Caso isso ocorra, autoriza o ladrão a se defender (é a legítima defesa contra o excesso praticado).

Legítima defesa putativa – quando o agente, por erro de tipo ou de proibição plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe encontrar-se em face de agressão injusta. Ex.: proprietário de um veículo, que, com o auxílio de outrem, reagiu violentamente contra a vítima que tentava abrir, por equívoco, seu veículo, induzindo o agente a supor que se tratava de furto. Mesmo nessa hipótese é sempre indispensável a moderação. (art. 20, § 1], primeira parte e 21, CP)

Excesso na legítima defesa – ocorre quando o uso desnecessário ou imoderado de um certo meio venha dar causa a resultado mais grave do que razoavelmente suportado nas circunstâncias. “O agente, em qualquer das hipóteses do Parágrafo único do art. 23, responderá pelo excesso doloso ou culposo”. Assim, se o agente exceder, em qualquer das causas de justificação, por dolo ou culpa, deverá responder por dolo ou culpa.

Excesso doloso – ocorre quando o agente, ao defender-se de uma injusta agressão emprega meio desproporcionalmente desnecessário (ex.: para se defender de um tapa, mata a tiros o agressor); ou ainda quando age com

imoderação (ex: depois do primeiro tiro que fere e imobiliza o agressor, prossegue na reação até matá-lo) Caracterizando o excesso, o agente responde pelo fato doloso, correspondente ao excesso.

Excesso culposo – é o que resulta da imprudente falta de contenção do agente, quando isso era possível nas circunstâncias. Para evitar um resultado mais grave do que o necessário à defesa do bem agredido. Assim, deve estar o agente em situação inicial de legítima defesa e dela se desvia, em momento posterior, na escolha dos meios de reação ou na falta de moderação, por culpa estrito senso, sendo que o resultado lesivo deve estar previsto em lei como crime culposo.

Diferença entre estado de necessidade e legítima defesa

Estado de necessidade	Legítima defesa
a)- há conflito entre titulares de interesses jurídicos lícitos;	a)- há agressão a um bem jurídico tutelado;
b)- é exercida contra qualquer causa;	b)- somente por ser exercida contra a conduta do homem;
c)- É exercida por uma ação;	c)- constitui-se numa reação;
d)- bem jurídico é exposto a perigo	d)- o bem jurídico é exposto a uma agressão;
e)- pode ser utilizado contra terceiro inocente.	e)- a reação somente pode ser dirigida contra agressor.

DO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

Conceito: ocorre esta excludente quando o agente público (ou particular que temporariamente exerça a função pública) atua mediante ação praticada em cumprimento de um dever imposto por lei penal ou extrapenal, mesmo que cause lesão ao bem jurídico de terceiro. Pode-se vislumbrar, em diversos pontos do ordenamento jurídico pátrio, a existência de deveres atribuídos a

certos agentes que, em tese, podem figurar fatos típicos, que para realizar uma prisão, por exemplo, o art. 292 do CPP, prevê que, “se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência...”. O mesmo se diga da previsão feita no art. 245, §§ 2º e 3º, do CPP, tratando da busca legal e autorizando o emprego de força para cumprir mandado judicial, ou seja, a violação de domicílio pela polícia ou servidor judiciário para cumprir mandado judicial de busca e apreensão ou mesmo quando for necessário para prestar socorro a alguém ou impedir a prática de crime.

Para se considerar **dever legal** é preciso que advenha de lei, ou seja, preceito de caráter geral, originário de poder público competente, embora no sentido lato (leis ordinárias, regulamentos, decretos etc.).

Obs.: apesar do dever de cumprimento da lei, não estão os agentes, sob tal fundamento, autorizados a matar, ressalvados os casos militares previstos por exceção, como o assassinato em caso de guerra e a destruição de avião que invade território nacional e, apesar das insistências, se nega a obedecer a ordem de retirada. Nos casos de perseguição policial para prisão em flagrante delito ou para recuperação de prisioneiros em fuga, por exemplo, não podem os policiais matar alegando estrito cumprimento do dever legal, apenas estando autorizados a tanto, nos casos em que configure legítima defesa.

DO EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO

Conceito: É o desempenho de uma atividade ou a prática de uma conduta autorizada por lei, que torna lícito um fato típico. Se alguém exercita um direito, previsto e autorizado de algum modo pelo ordenamento jurídico, não pode ser punido, como se praticasse um crime.

O que é lícito em qualquer ramo do direito, há de ser também no direito penal. Ex.: a Constituição Federal considera o domicílio asilo inviolável do indivíduo, sendo vedado o ingresso nele sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, bem como para prestar socorro (art.

5º, XI, CF). Portanto, se um fugitivo da justiça esconde-se na casa de um amigo, a polícia somente pode penetrar nesse local durante o dia, constituindo exercício regular de direito impedir entrada dos policiais durante a noite, mesmo que possuam mandado.

Obs.: A expressão **direito** deve ser interpretada de modo amplo e não restrito, afinal, cuida-se de excludente de ilicitude e não de norma incriminadora. Logo, compreende “todos os direitos subjetivos pertencentes a categoria ou ramo do ordenamento jurídico, direta ou indiretamente reconhecido, como afinal são os costumes.

Algumas situações de exercício regular de direito – constituem casos típicos de exercício de direito as seguintes hipóteses:

a)- aborto quando a gravidez resulte de estupro, se houver o consentimento da gestante;

b)- o tratamento médico e a intervenção cirúrgica, quando admitidas em lei; (para que exista o exercício regular de direito é indispensável o do paciente ou de seu representante legal. Inexistindo este, poderá haver o estado de necessidade em favor de terceiro (o próprio paciente), como dispõe o art. 146, § 3º, inciso I, CP)

c)- lesões corporais advindas de violência esportiva; pois, há esportes que podem provocar danos a integridade corporal ou à vida (boxe, luta livre, futebol etc.) havendo lesões corporais ou morte, não ocorrerá crime por ter o agente atuado em exercício regular do direito. O Estado autoriza, regularmente, e até incentiva a prática esportiva, socialmente úteis, não podendo punir aqueles que, exercitando direito, causam dano. No Brasil deve ser observada as normas gerais sobre a prática dos esportes (lei nº 9.615, de 24/03/1998 – conhecida como Lei Pelé)

Obs.: haverá crime apenas quando ocorrer excesso do agente, ou seja, quando a pessoa intencionalmente desobedecer às regras esportivas, causando resultados lesivos, hipótese em que se verifica o elemento subjetivo da conduta, agendo ilicitamente aquele que se aproveita da prática para lesar o bem jurídico alheio (vida, integridade corporal etc.).

CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE

Consentimento do ofendido – embora inexista de forma expressa no Código Penal, o consentimento do ofendido, trata-se de causa supralegal e limitada da antijuridicidade, permitindo que o titular de um bem ou interesse protegido, considerando disponível, concorde, livremente, com a sua perda. Casos em que quando não exclui a tipicidade, pode funcionar como causa de exclusão da ilicitude.

a)- como causa de exclusão da tipicidade: quando a figura típica contém o dissentimento do ofendido como elemento específico, o consenso funciona como causa de exclusão da tipicidade (Ex.: violação de domicílio quando o morador acaba consentindo na entrada ou permanência do sujeito; no estelionato quando o agente ciente da fraude, entrega bem jurídico ao que tenta ludibriar etc.);

b)- como causa de exclusão da ilicitude (ou antijuridicidade): quando a figura típica não contém o dissentimento do ofendido como elementar, tratando-se de pessoa capaz e disponível o bem jurídico, o consenso funciona como causa de exclusão da ilicitude (ex.: a injúria e a difamação aceitas pela vítima, embora figuras típicas, não são antijurídicas).

Obs.: o consentimento após a prática do ilícito penal não o desnatura, mas pode impedir a ação penal quando esta dependa de iniciativa da vítima (ou ofendido).

Excesso nas causas justificativas: de acordo com o disposto no art. 23, parágrafo único, que o agente responderá pelo excesso doloso ou culposo nas discriminantes (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de um direito). Em todas as justificativas é necessário que o agente não exceda os limites traçados pela lei. Na legítima defesa e no estado de necessidade, não deve o agente ir além da utilização do meio necessário e da necessidade da reação para rechaçar a agressão e na ação para afastar o perigo.

No cumprimento do dever legal e no exercício regular do direito, é indispensável que o agente atue de acordo com o ordenamento jurídico. Se,

desnecessariamente, causa dano maior do que o permitido, caso em que não ficam preenchidos os requisitos das citadas discriminantes, devendo responder pelas lesões desnecessárias causadas ao bem jurídico ofendido. Dolosa ou culposamente.

Excesso doloso – hipótese em que o sujeito após iniciar sua conduta conforme o direito extrapola seus limites na conduta excedendo-se, podendo responder o agente por crime dolo causado no excesso.

Excesso culposo – quando o agente querendo um resultado necessário, proporcional, autorizado e não excessivo, que é proveniente de sua indesculpável precipitação, desatenção, etc., responderá por crime culposos, se previsto em lei, já que o sujeito atuou por erro vencível na sua ação ou reação, diante do temor, aturdimento ou emoção que o levou ao excesso.

ERRO DE TIPO

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

Discriminantes putativas

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

Erro determinado por terceiro

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

Erro sobre a pessoa

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

Conceito: é o erro que incide sobre as elementares ou circunstâncias da figura típica, sobre os pressupostos de fato de uma causa de justificação ou dados secundários da norma penal incriminadora. O agente supõe a ausência de elemento ou circunstancia do tipo penal ou presença de uma norma permissiva. Ex.: professor de anatomia que, durante aula, fere pessoa viva supondo ser cadáver; o pai, desconhecendo a relação de parentesco, estupra filha (art. 226); contrair casamento com pessoa casada, insciente do casamento anterior válido (art. 235, § 1.º); sujeito que ofende a honra de funcionário público, desconhecendo que o mesmo está agindo no exercício da função (não responde por desacato).

Formas de Erro de Tipo

Erro de tipo essencial – ocorre quando a falsa percepção impede o sujeito de compreender a natureza criminosa do fato. Recai sobre os elementos ou circunstancias do tipo penal ou sobre os pressupostos de fato de uma excludente da ilicitude. Ex.: o agente, supondo atirar em animal bravo, mata uma pessoa (art. 121); o agente atira em seu inimigo, supondo que o mesmo sacava uma arma, enquanto na verdade pegava o celular; oferecer propina a um empregado de paraestatal, supondo que o mesmo não seja funcionário público (arts. 333/327).

Erro de tipo essencial inculpável, inevitável e invencível – ocorre quando não pode ser evitado pela normal diligencia que empregaria um homem comum, nas condições em que se encontrava o sujeito. Exclui o dolo e a culpa;

Erro de tipo essencial culpável, inevitável ou invencível – ocorre quando pode ser evitado pela normal diligencia que empregaria um homem comum, nas condições em que se encontrava o sujeito. Exclui o dolo, mas persiste a culpa, se o fato for punível a este título (culpa).

Descriminantes putativas (ou eximentes putativas)

Conceito: ocorrem quando o agente, levado a erro pelas circunstâncias do caso concreto, supõe agir acobertado por uma causa de exclusão de ilicitude.

Exemplos:

a)- estado de necessidade putativo – o agente, supondo que o navio vai afundar (mas na realidade inexistente o perigo), agride o outro passageiro, para apoderar-se do bote salva-vidas;

b)- legítima defesa putativa – o agente atira em alguém que adentra sua casa a noite supondo ser um ladrão, alveja a empregada;

c)-estrito cumprimento do dever legal putativo – o policial que, supondo prender um foragido da justiça, leva ao cárcere sócia do fugitivo;

d)- exercício regular de um direito putativo - o agente, supondo estar sendo esbulhado de sua posse, utiliza a força contra pessoa, quando na verdade a vítima(vizinho) apenas passava pelo local.

Incidência do erro – quando o erro incidir sobre os pressupostos de fato da excludente, trata-se de erro do tipo, aplicando-se o disposto no art. 20, § 1º. Mas quando o erro do sujeito recair sobre os limites legais da causa de justificação, aplicam-se os princípios do erro de proibição; se inevitável, exclui a culpabilidade; se evitável, subsiste o crime doloso, atenuando-se a pena (art. 21, *caput*). Exemplo, em legítima defesa putativa – se o sujeito erra sobre a existência da agressão, ocorre **erro de tipo**; mas se erra sobre a **injustiça da agressão**, ocorre erro de proibição.

Erro provocado por terceiro

Conceito: ocorre quando o sujeito é induzido a praticar o erro por conduta de terceiro podendo ser dolosa ou culposa.

Erro acidental – este não versa sobre circunstâncias ou elementos do crime, incidindo apenas sobre dados acidentais do delito ou sobre a conduta de sua execução. Não impede o sujeito de compreender o caráter ilícito de seu comportamento. O sujeito age com consciência do fato, enganando-se apenas

sobre um dado não essencial do delito ou quanto à maneira de execução. Não exclui o dolo e divide-se em:

a)- erro sobre o objeto (*error in objecto*) – ocorre quando o sujeito supõe que sua conduta recai sobre determinada coisa, mas na realidade incide sobre outra. Ex.: furtar revólver de brinquedo supondo ser arma de fogo (revólver 38);

b)- erro sobre pessoa (*error in persona*) – de acordo com o “§ 3º. O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou a qualidade de vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime”. Ocorre quando o agente atinge uma pessoa na firme suposição de que se trata daquela que realmente pretendia ofender. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima efetiva. Ex.: o agente, pretendendo matar seu cunhado espera-o em emboscada, mas ao passar o vulto atira e mata o próprio pai;

c)- erro na execução (*aberratio ictus*) – o art. 73, quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no = 3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código. Essa modalidade de erro ocorre quando o sujeito, visando alvejar uma pessoa, vem ofender outra; relação de causalidade prevista pelo agente não coincide com o verdadeiro nexos de causalidade. Ex.: o agente quer o resultado contra Tício, realiza a conduta e causa o evento em Mévio;

d)- resultado diverso do pretendido (*aberratio criminis*) – art. 74 – fora dos casos do artigo anterior, quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposos; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do art. 70 deste Código. É o mesmo que desvio do crime; o agente pretende atingir um bem jurídico, ofende outro (de espécie diversa). Exemplo: o agente ao pretender quebrar uma vidraça, atinge uma

pessoa, ou vice-versa. Se ocorrer resultado diverso do que o pretendido pelo agente, responde este por culpa, caso o fato seja previsto como crime culposo; mas se atinge também resultado querido pelo agente, aplica-se a regra do concurso formal (art. 74 CP).

Diferença entre erro de tipo e delito putativo por erro de tipo – no primeiro, o agente não quer cometer o crime, mas o pratica (objetivamente) em virtude do erro; no segundo, o agente quer praticar o crime, mas não consegue cometê-lo diante do erro, pois falta uma elementar do tipo.

DO ERRO DE PROIBIÇÃO

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Conceito: é aquele que incide sobre a norma de proibição; o agente, por ele, supõe contrariar o ordenamento jurídico; não possui a consciência da ilicitude do fato; pratica o proibido na impressão de estar fazendo o permitido; enquanto **erro do tipo** exclui o **dolo** o **erro de proibição** (escusável) exclui a **culpabilidade**, por ausência de potencial consciência de ilicitude.

Formas de erro de proibição

Escusável ou inevitável:

a)- Erro direito – o agente, por erro inevitável, realiza uma conduta proibida, ou por desconhecer a norma proibitiva, ou por conhecê-la mal, ou por não compreender o seu verdadeiro âmbito de incidência (a expressão norma proibitiva não tem o mesmo sentido de norma legal) ex.: camponês que mata animal silvestre (para comer ou vender) não age com a mesma consciência de um membro de uma ONG (protetora do meio ambiente) que pratica o mesmo fato). Exclui a culpabilidade.

b)- Erro de mandamento – ocorre quando, nos crimes omissivos, o agente se encontra na posição de garantidor diante de uma situação de perigo, mas supõe não possuir o dever jurídico de impedir o resultado. Ex.: vizinha que se propõe olhar uma criança até certo horário, após este a abandona supondo que já cumpriu seu favor; por ausência de vigilância o menor sofre queimaduras.

c)- erro de proibição indireto – o agente erra sobre a existência ou sobre os limites de uma causa de justificação, isto é, sabe que pratica um fato proibido, mas supõe, por erro inevitável, nas circunstâncias, que em seu favor uma norma permissiva. Ex.: supõe o agente que a lei o permitiu agredir a socos seu injuriador; ou impede a penhora feita pelo oficial, supondo excessiva a contradição.

Inescusável ou inevitável: ocorre quando o agente nele incide por imprudência, descuido, leviandade, etc.; nas circunstâncias em que se encontrava o agente era plenamente possível ter ou atingir a consciência do caráter ilícito do fato. Ex.: o caçador profissional não pode alegar que desconhecia que o animal abatido figurava entre espécie em extinção. Responde pelo crime.

DA CULPABILIDADE

Ponto XV

Conceito: É juízo de censura ou reprovabilidade que se realiza sobre alguém que pratica um fato típico e ilícito. É pressuposto para imposição da pena. Após ser verificada a ilicitude e tipicidade do fato (crime objetivo), examina-se se o agente é culpável. A culpa (*lato sensu*) dá ideia de reprovação, desagrado, abjeção. a culpabilidade tem natureza normativa, isto é, desafia juízo de valor sobre comportamento de alguém, enquanto o dolo é elemento psicológico e está na cabeça do agente, a culpa é normativa e está na cabeça do juiz.

Fundamentos da culpabilidade – a culpabilidade tem por fundamento a possibilidade de penalizar alguém pela causação de um resultado, provocado

por sua vontade ou inadmissível descuido, quando era plenamente possível evitá-lo. Sem a culpabilidade não pode haver pena (*nulla poena sine culpa*). Inexistindo reprovação não pode haver punição.

Da responsabilidade penal objetiva – significa que o agente pode ser punido mesmo que tenha agido com dolo ou culpa, ou sem culpabilidade. Basta a existência de nexos causal entre a conduta e o resultado. **Não é aceita no sistema penal vigente**, pois, ou viola o princípio da tipicidade (ausência de dolo ou culpa), ou princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF).

Teoria psicológica da culpabilidade – esta teoria, preconizada por **Von Liszt** e **Beling**, inspirada na teoria causal da ação, afirma que a culpabilidade é um liame psicológico que se estabelece entre a conduta e o resultado, através do dolo ou da culpa. Bastava que o fato típico fosse doloso ou culposos para que fosse responsabilizado o agente. Dolo e culpa situavam-se na culpabilidade e não na ação que integrava o tipo. Ali a conduta era vista num plano puramente naturalístico, sem valor, como mera causação do resultado. Entre outras dúvidas esta teoria deixou sem explicação os casos de isenção de pena na hipótese de coação moral irresistível e obediência hierárquica (a ordem não manifestamente ilegal), em que o agente é imputável e agiu com dolo.

Teoria psicológico-normativa ou normativa da culpabilidade – criada por Reinhard Frank, esta teoria estabeleceu os seguintes pressupostos para a culpabilidade: imputabilidade, dolo e culpa, e exigibilidade de conduta diversa. Concebia o dolo como elemento normativo e portador da consciência atual de ilicitude, de modo que se acaso o agente tivesse consciência e a vontade de realizar a conduta, mas não soubesse que a coletividade a considerava injusta, não poderia ser por ela responsabilizado. É o caso do traficante contumaz que, por ter em toda sua existência vivido no meio do crime, vende droga como se fosse um produtor qualquer.

Teoria normativa pura da culpabilidade – surgiu com o advento da teoria finalista da ação e teve como precursores **Hartmann, Graf Zu Dohna e Welzel**. Este último, seu mais acirrado defensor, observou que o dolo não pode fazer parte do juízo de culpabilidade, senão deixaria a cão humana sem sua fundamental característica, a intencionalidade, o finalismo. Assis Toledo dá exemplo lapidar: “...o que torna atípico o autoaborto culposo é a falta de dolo na ação praticada. Como o tipo legal é doloso, isto é, contem dolo, a ação do delito e, em exame não tivesse no tipo, teríamos que concluir que, para o tipo de delito de autoaborto, é indiferente que a mulher grávida pratique o fato dolosa ou culposamente”. Assim, de acordo com essa teoria o dolo e a culpa passaram a integrar a conduta, e a culpabilidade transformou-se em normativa, ou seja, puro juízo de valor sobre o autor do injusto penal. A consciência da ilicitude (em potencial) deixou de integrar o dolo e passou a fazer parte da culpabilidade. Para ser culpável o agente, basta a simples possibilidade de conhecer o injusto.

Teoria estrita ou extremada da culpabilidade e teoria limitada da culpabilidade – ambas tiveram origem na teoria da normativa. A divergência se situa nos seguintes pontos:

- a teoria estrita considera que toda espécie de discriminante putativa é sempre erro de proibição;
- para a teoria limitada da culpabilidade, o erro que recai sobre a existência ou limites de uma causa de justificação é erro de proibição.

Obs.: o Código Penal brasileiro adotou a teoria limitada da culpabilidade, considerando erro de tipo (art. 20, § 1º CP), as discriminantes putativas fáticas, e erro de proibição (art. 21), as discriminantes putativas por erro de proibição e erro de proibição indireto.

Teoria da culpabilidade que remete à consequência jurídica – esta teoria cuida especificamente do erro de discriminantes putativas. Entendem seus defensores que o erro sobre situação de fato nas discriminantes putativas, não pode constituir erro de tipo excludente do dolo, tendo em vista que o agente

opera mediante consciência e vontade de praticar o fato delituoso, embora equivocado sobre a realidade. Se João Canabrava mata o vizinho que chega em sua casa a noite supondo ser o ladrão que ali rondava, age com dolo. Quis matar alguém e matou. Logo, houve dolo na conduta, e essa realidade não pode ser mudada por força de lei. Como o agente não pode sofrer a pena por crime dolosos, em virtude do erro, segundo essa teoria, exclui-se então a culpabilidade dolosa, ou seja, a culpabilidade pela prática do fato praticado com dolo. Se o erro for inescusável, responde por crime culposos.

Elementos da culpabilidade –

- a)- imputabilidade;
- b)- potencial consciência da ilicitude;
- c)- exigibilidade de conduta diversa.

IMPUTABILIDADE

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

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

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

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

I - a emoção ou a paixão;

Embriaguez

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da

omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

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

Conceito: é a capacidade do agente de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 26). A imputabilidade é a regra.

Causas de exclusão da imputabilidade –

- a)- doença mental;
- b)- desenvolvimento mental incompleto;
- c)- desenvolvimento mental retardado;
- d)- embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior.

Doença mental – perturbação ou moléstias que causam alterações mórbidas á saúde mental, tais como esquizofrenia, psicose maníaco-depressivo, paranoia, epilepsia, demência senil etc.

Desenvolvimento mental incompleto – ocorre quando o desenvolvimento mental ainda não se concluiu. É o caso dos menores de 18 anos, que possuem desenvolvimento mental incompleto presumido (art. 27), e dos silvícolas não adaptados à civilização.

Desenvolvimento mental retardado – É estado mental dos oligofrênicos (idiotas, imbecis e débeis mentais) e dos surdos-mudos, estes desde que a capacidade de compreensão seja totalmente suprimida.

Obs.: para a aferição da inimputabilidade o Código Penal adotou como regra o sistema biopsicológico, o que considera como inimputável aquele que, ao tempo da infração penal, não tinha capacidade de entender o caráter ilícito (criminoso) do fato, nem de determinar-se de acordo com esse entendimento,

em virtude de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto é presumido, sem levar em conta a efetiva capacidade do agente.

EMBRIAGUEZ – è a intoxicação aguda e transitória causada pelo álcool ou substancia de efeitos análogos, cujos efeitos podem progredir de uma ligeira excitação inicial até o estado da paralisia e coma.

Espécies:

1) Não acidental: (voluntária e culposa)

- a) **Voluntária** – quando a agente ingere substancia alcoólica ou de efeitos análogos com a intenção de embriagar-se;
- b) **Culposa** – ocorre quando o agente não pretende embriagar-se, mas em virtude de excesso imprudente acaba por se embriagar.

Actio libera in causa – A embriaguez não acidental seja voluntária ou culposa, completa ou incompleta, **não exclui a imputabilidade do agente**. Segundo a teoria do *actio libera in causa* (ação livre na causa), no momento em que o agente ingere a substancia (alcoólica ou análoga) está livre para decidir se deve ou não fazê-lo. Mesmo que a conduta seja praticada em estado de embriaguez completa, origina-se, porém, de um ato livre do agente. Esta teoria leva em consideração o momento da ingestão da substancia e não o momento da prática do crime. Entretanto, se no momento que o agente se coloca em situação de embriaguez completa, não lhe for possível prever a ocorrência do crime, ficam afastados o dolo e a culpa, levando-se à atipicidade do fato. Caso contrário restabeleceria a responsabilidade penal objetiva, já banida do direito penal moderno. Se o sujeito se embriaga, prevendo a possibilidade de praticar o crime e aceitando a produção do resultado, responde pelo delito a titulo de dolo; se ele se embriaga prevendo a produção do resultado, mas esperando que ele não se produza, ou não prevendo, mas devendo prevê-lo, responde pelo delito a titulo de culpa. Nos dois exemplos citados é aceita a aplicação da teoria da *actio libera in causa*.

2) Acidental – é a que provém de caso fortuito ou força maior. Pode ser **completa**, quando suprime totalmente a capacidade de entender ou querer do

agente, exclui a imputabilidade; ou **incompleta**, quando retira parcialmente aquela capacidade, permitindo a diminuição da pena de um a dois terços.

3) Patológica – É considerada doença mental.

4)- Preordenada – é aquela em que o agente se embriaga com a finalidade de praticar o crime. **Não exclui a imputabilidade, ao contrário**, é agravante genérica (art. 61, II, alínea I, do CP).

EMOÇÃO E PAIXÃO

De acordo com o art. 28, I, do Código Penal, que não excluem a imputabilidade penal a emoção e a paixão, aliás posição acertada, uma vez que em ambas as situações não se está diante de doença mental, nem mesmo de perturbação apta a retirar a capacidade de entendimento do agente ou de autodeterminação.

EMOÇÃO - É um estado de ânimo ou de consciência caracterizado por uma viva excitação do sentimento. É uma forte e transitória perturbação da afetividade, a que estão ligadas certas variações somáticas ou modificações particulares das funções da vida orgânica (pulsar arritmia cardíaca, alterações terminas, aumento da irrigação cerebral, aceleração do ritmo respiratório, alterações vasomotoras, intensa palidez ou intenso rubor, tremores, fenômeno musculares, alterações das secreções, suor, lágrimas etc.)

PAIXÃO - É originária da emoção, a paixão é a emoção em estado crônico, levada a extremo, de maior duração, perdurando como um sentimento profundo monopolizante, que embora possa interferir no raciocínio e na vontade do agente, é possível de controle, razão pela qual não elide a culpabilidade. São exemplos: (amor, ódio, vingança, ciúme, ambição, inveja, entre outros).

Obs.: A emoção é passageira, a paixão é duradoura. Não exclui a culpabilidade. A emoção pode ser causa de diminuição de pena (art. 121, § 1º; 129, § 4º CP).

Culpabilidade diminuída ou semi-imputabilidade – É a perda parcial da capacidade de entendimento ou autodeterminação do agente, em virtude de perturbação mental (sentido mais amplo que doença mental) ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. O juiz está obrigado a reduzir a pena (art. 26, parágrafo único), ou se preferir, poderá substituí-la por medida de segurança.

POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

Excluída pelo erro de proibição

DO ERRO DE PROIBIÇÃO

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Conceito: é aquele que incide sobre a norma de proibição; o agente, por ele, supõe contrariar o ordenamento jurídico; não possui a consciência da ilicitude do fato; pratica o proibido na impressão de estar fazendo o permitido; enquanto **erro do tipo** exclui o **dolo** o **erro de proibição** (escusável) exclui a **culpabilidade**, por ausência de potencial consciência de ilicitude

Formas de erro de proibição

Escusável ou inevitável:

a)- Erro direito – o agente, por erro inevitável, realiza uma conduta proibida, ou por desconhecer a norma proibitiva, ou por conhecê-la mal, ou por não compreender o seu verdadeiro âmbito de incidência (a expressão norma proibitiva não tem o mesmo sentido de norma legal) ex.: camponês que mata animal silvestre (para comer ou vender) não age com a mesma consciência de um membro de uma ONG (protetora do meio ambiente) que pratica o mesmo fato). Exclui a culpabilidade.

b)- Erro de mandamento – ocorre quando, nos crimes omissivos, o agente se encontra na posição de garantidor diante de uma situação de perigo, mas supõe não possuir o dever jurídico de impedir o resultado. Ex.: vizinha que se propõe olhar uma criança até certo horário, após este a abandona supondo que já cumpriu seu favor; por ausência de vigilância o menor sofre queimaduras.

c)- erro de proibição indireto – o agente erra sobre a existência ou sobre os limites de uma causa de justificação, isto é, sabe que pratica um fato proibido, mas supõe, por erro inevitável, nas circunstâncias, que em seu favor uma norma permissiva. Ex.: supõe o agente que a lei o permitiu agredir a socos seu injuriador; ou impede a penhora feita pelo oficial, supondo excessiva a contradição.

Inescusável ou inevitável: ocorre quando o agente nele incide por imprudência, descuido, leviandade, etc.; nas circunstâncias em que se encontrava o agente era plenamente possível ter ou atingir a consciência do caráter ilícito do fato. Ex.: o caçador profissional não pode alegar que desconhecia que o animal abatido figurava entre espécie em extinção. Responde pelo crime.

EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Este elemento funda-se no princípio de que só podem ser punidas condutas que poderiam ser evitadas. A conduta do agente, por não poder agir de outro modo, não é censurável. É excluída pela **coação moral irresistível** e **obediência hierárquica**.

Embora, há intensa polemica na doutrina e na jurisprudência a respeito da aceitação da inexigibilidade de outra conduta como tese autônoma, desvinculada das excludentes da coação moral irresistível e da obediência hierárquica, alguns autores renomados como Nucci e outros, crê ser perfeitamente admissível o seu reconhecimento no sistema penal pátrio, inclusive o Superior Tribunal de Justiça admite, conforme veremos.

COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL

Coação – É o emprego da força física (coação física, ou vis absoluta) ou de grave ameaça (coação moral, ou vis compulsiva) para que alguém faça ou deixe de fazer alguma coisa. É irresistível quando o coacto não tem condições de resistir; é resistível quando o coacto tem condições de oferecer resistência.

Consequências da coação:

- a)- **física** – inexistente conduta e o fato é atípico;
- b)- **moral irresistível** - há crime, mas o agente não é culpável;
- c)- **moral resistível** – há crime, o agente é culpável, mas pode beneficiar-se de uma atenuante genérica (art. 65, III, alínea c, CP).

OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA

A obediência a ordem de superior hierárquico, não manifestamente ilegal (art. 22 CP), vicia a vontade do subordinado e exclui a exigibilidade de conduta diversa. Ordem de superior hierárquico significa manifestação de vontade do titular de uma função pública a um servidor a si subordinado.

Efeitos da ordem ilegal:

- a)- se a ordem é ilegal e o subordinado conhece essa condição, é culpável e responde pelo crime praticado;
- b)- não sendo manifestamente ilegal a ordem e o subordinado não tinha como conhecer essa situação, fica afastada a exigibilidade de conduta diversa e, de consequência, a pena;
- c)- se a ordem manifestamente ilegal, mas o subordinado a supõe legal, incide em erro de proibição evitável, com direito a redução da pena (art. 21, CP);

Obs.: nestes casos o autor da ordem é punível (art. 22, CP).

Consequência da ordem legal – ao cumprir ordem legal, o subordinado age no estrito cumprimento do dever legal, causa de exclusão da ilicitude que exclui o crime.

CAUSAS SUPRALEGAIS DE EXCLUSÃO DE CULPABILIDADE

Conceito: são aquelas que, embora não reguladas pela lei, o direito admite como excludentes da culpabilidade do agente pela possibilidade de agir de modo diverso, diante do caso concreto.

Argumentos contrários:

- a)- inaplicável analogia *in bonam partem* em matéria de dirimentes;
- b)- os preceitos sobre discriminantes, excludentes ou atenuantes da culpabilidade ou da pena, são taxativos e não admitem extensão;
- c)- inexistem lacunas que desafiem uso da analogia.

Argumentos favoráveis:

a)- a exigibilidade de conduta diversa é princípio geral da culpabilidade; contraria o pensamento finalista punir inevitável;

b)- não admitir o emprego de causas supralegais é violar o princípio da culpabilidade (*nullun crimen sine culpa*), adotado pelo nosso sistema penal;

c)- posição do Superior Tribunal de Justiça: “EMENTA: Penal e Processual penal. Inexigibilidade de outra conduta. Causa legal e supralegal de exclusão de culpabilidade, cuja admissibilidade no direito brasileiro já não pode ser negada. Júri – Homicídio. Defesa alternativa baseada na alegação de não exigibilidade de conduta diversa. Possibilidade, em tese, desde que se apresentem ao júri quesitos sobre fatos e circunstâncias, não sobre mero conceito jurídico. Quesitos. Como devem ser formulados. Interpretação ao art. 484, III, do CPP, à luz da Reforma Penal.

Conclusão conteúdo programático disciplina Direito Penal - I

BIBLIOGRAFIA CONSTANTE DO PLANO DE ENSINO

BÁSICA

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais.
GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 4 ed. rev. ampl. vol. 1. Niterói: Impetus.
MIRABETE, Júlio Fabiani; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. 27 ed. rev. e atual. vol. 1. São Paulo: Atlas.

COMPLEMENTAR

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.
JESUS, Damásio E. **Direito penal**. Parte geral. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2010.
NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais.
RODRIGUES, Roberto. **Direito penal fundamental**. Goiânia: Editora UCG, 2008.

SUGERIDA

ASSIS TOLEDO, Francisco de. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2000.
GOMES, Luiz Flávio e SANCHES, Rogério. **Direito penal**. Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. 2 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.
REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. 2 ed. rev.- São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

TODA A BIBLIOGRAFIA DEVERÁ SER ATUALIZADA DE ACORDO COM AS MUDANÇAS OCORRIDAS NA LEGISLAÇÃO.

Qualquer das bibliografias acima indicadas poderá ser utilizada como fonte de pesquisa nas aulas ministradas pela professora Ana Maria Duarte.

Sugestão de bibliografias para estudos feita pela professora.

- Leitura da legislação: Código Penal e Código de Processo Penal, Leis Penais especiais;

Doutrina:

Inicial – Fernando Capez e Rogério Greco;

Intermediária – Cezar Roberto Bittencourt e Guilherme Nucci;

Avançada – Eugênio Raul Zaffaroni.

BIBLIOGRAFIAS PESQUISADAS PARA ELABORAÇÃO APOSTILA:

APOSTILA - Profª MS. Débora Lara Rassi. Contribuição na elaboração dos resumo didático.

APOSTILA Axioma Jurídico Direito Penal, ano 2010;

CAPEZ, Fernando Direito Penal Simplificado - Parte Geral, (pág. 01 a 155); São Paulo. Ed. Saraiva – 2012.

ESTEFAM, André - Direito Penal esquematizado - Parte Geral, coordenado por Pedro Lenza (pág. 01 a 381); São Paulo. Ed. Saraiva.

PRADO, Luíz Regis - Curso de Direito Penal Brasileiro/ Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho – (Pag. 66 à 134). São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MIRABETE, Júlio Fabbrini Mirabete - Manual de Direito Penal - Parte Geral - (pág. 01 a 157). São Paulo Ed Atlas- 2012.

MASSON, Cleber – Direito penal – parte geral – Vol. 1/ Cleber Masson – Ed. Forense – Método. Rio de Janeiro 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. Manual de Direito Penal – Parte Geral, (pág. 158 à 216) – São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais – 2008.

RODRIGUES, Roberto. Roberto Rodrigue e Livia Mara Abrão Pacheco – ed. PUC. Goiânia Go – 2016.

Site:Jusbrasil:

<https://leonardoaaaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/333110363/escolas-penais>.

<https://jus.com.br/artigos/932/evolucao-historica-do-direito-penal>

Mensagem aos alunos: segundo Paulo Freire

“Ensinar não é transferir conhecimento, mas criar as possibilidades para a sua produção ou a sua construção. Quem ensina aprende ao ensinar e quem aprende ensina ao aprender”.

Segundo a poetisa goiana Cora Coralina.

“Feliz aquele que transfere o que sabe e aprende o que ensina”.

“Todos estamos matriculados na escola da vida, onde o mestre é o tempo”.

Por fim,

“O saber a gente aprende com os mestres e os livros. A sabedoria se aprende é com a vida e com os humildes”.

OBRIGADA ALUNOS QUERIDOS PELA OPORTUNIDADE DE APRENDER
COM VOCÊS TODOS OS DIAS!

Prof^a.: Ana Maria Duarte

Matr^a 17.276