

Cadernos Sistematizados

Direito Penal - Parte Geral

Edição 2022.1
revisada
ampliada
atualizada

www.cadernossistematizados.com.br

CADERNO DE DIREITO PENAL – PARTE GERAL 2022.1

APRESENTAÇÃO 32
INTRODUÇÃO AO DIREITO PENAL 33
1. CONCEITO DE DIREITO PENAL 33
2. POSIÇÃO NA TEORIA GERAL DO DIREITO 33
3. NOMENCLATURA: DIREITO PENAL *versus* DIREITO CRIMINAL 34
4. CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL 34
4.1. CIÊNCIA CULTURAL 34
4.2. CIÊNCIA NORMATIVA 34
4.3. CIÊNCIA VALORATIVA 34
4.4. CIÊNCIA FINALISTA 34
5. FUNÇÕES DO DIREITO PENAL 35
5.1. PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS 36
5.2. INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL 36
5.3. GARANTIA 36
5.4. FUNÇÃO ÉTICO-SOCIAL DO DIREITO PENAL 37
5.5. FUNÇÃO SIMBÓLICA 37
5.6. FUNÇÃO MOTIVADORA 38
5.7. FUNÇÃO DE REDUÇÃO DA VIOLÊNCIA ESTATAL 38
5.8. FUNÇÃO PROMOCIONAL 38
6. A CIÊNCIA DO DIREITO PENAL 38
6.1. DOGMÁTICA PENAL 38
6.2. POLÍTICA CRIMINAL 39
6.3. CRIMINOLOGIA 39
6.4. VITIMOLOGIA 40
7. DIVISÕES DO DIREITO PENAL 41
7.1. DIREITO PENAL FUNDAMENTAL (PRIMÁRIO) *VERSUS* DIREITO PENAL COMPLEMENTAR (SECUNDÁRIO) 41
7.2. DIREITO PENAL COMUM *VERSUS* DIREITO PENAL ESPECIAL 41
7.3. DIREITO PENAL GERAL *VERSUS* DIREITO PENAL LOCAL 42
7.4. DIREITO PENAL OBJETIVO *VERSUS* DIREITO PENAL SUBJETIVO 42
7.5. DIREITO PENAL MATERIAL *VERSUS* DIREITO PENAL FORMAL 43
7.6. DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA *VERSUS* DIREITO PENAL PROMOCIONAL OU POLÍTICO OU DEMAGOGO 43

7.7. DIREITO PENAL SUBTERRÂNEO, DIREITO PENAL PARALELO E CIFRA DO DIREITO PENAL 44
7.8. LIQUEFAÇÃO/ESPIRITUALIZAÇÃO/MATERIALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL 45
8. FONTES DO DIREITO PENAL 46
8.1. FONTES MATERIAIS, SUBSTANCIAIS OU DE PRODUÇÃO 46
8.2. FONTES FORMAIS, COGNITIVAS OU DE CONHECIMENTO 46
8.2.1. Imediata 47
8.2.2. Mediata ou secundária 47
9. INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL 51
9.1. INTRODUÇÃO 51
9.2. ESPÉCIES DE INTERPRETAÇÃO 51
9.2.1. Quanto ao sujeito: autêntica, judicial ou doutrinária 51
9.2.2. Quanto aos meios e métodos: gramatical e lógica 52
9.2.3. Quanto ao resultado: declaratória, extensiva ou restritiva 53
9.2.4. Interpretação progressiva, adaptativa ou evolutiva 54
9.3. INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA OU *INTRA LEGEM* 54
9.4. INTERPRETAÇÃO *SUI GENERIS* 55
PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL 56
1. INTRODUÇÃO 56
2. PRINCÍPIOS DA RESERVA LEGAL OU ESTRITA LEGALIDADE 57
2.1. ORIGEM 57
2.2. PREVISÃO NORMATIVA E CONCEITO 57
2.3. FUNDAMENTOS 57
2.3.1. Fundamento Jurídico 57
2.3.2. Fundamento Político 58
2.3.3. Fundamento Democrático (Popular) 58
2.4. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL E MEDIDA PROVISÓRIA 58
2.5. LEGALIDADE X RESERVA LEGAL 59
2.6. ASPECTOS DA LEGALIDADE 59
2.7. MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E SUAS ESPÉCIES 59
3. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE 60
3.1. PREVISÃO LEGAL 60
3.2. CONCEITO 60
3.3. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE E VACATIO LEGIS 61

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

4. PRINCÍPIO DA ALTERIDADE 61

5. PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE OU LESIVIDADE 61
6. PRINCÍPIO DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO 62
6.1. TEORIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL 63
6.2. ESPIRITUALIZAÇÃO DE BENS JURÍDICOS NO DIREITO PENAL 63
7. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE 64
7.1. DENOMINAÇÃO 64
7.2. DUPLA FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE 64
7.3. ESPÉCIES DE PROPORCIONALIDADE 65
7.3.1. Legislativa ou abstrata 65
7.3.2. Judicial ou concreta 65
7.3.3. Executória ou administrativa 65
8. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA 66
9. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PENAL PELO FATO 66
10. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA 66
10.1. ORIGEM E CONCEITO ATUAL 67
10.2. DESTINATÁRIOS E FINALIDADES 67
10.3. DIVISÕES: FRAGMENTARIEDADE E SUBSIDIARIEDADE 67
10.3.1. Princípio da fragmentariedade ou caráter fragmentário do Direito Penal 67
10.3.2. Princípio da subsidiariedade 68
11. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA (CRIMINALIDADE DE BAGATELA) 69
11.1. ORIGEM 69
11.2. CONCEITO 69
11.3. FINALIDADE 69
11.4. NATUREZA JURÍDICA 69
11.5. REQUISITOS OBJETIVOS 70
11.6. REQUISITOS SUBJETIVOS 70
11.6.1. Condições pessoais do agente 70
11.6.2. Condições da vítima 71
11.7. APLICABILIDADE E INAPLICABILIDADE 72
11.7.1. Regra 72
11.7.2. Exceções 72
11.8. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL 75
11.9. VALORAÇÃO PELA AUTORIDADE POLICIAL 76

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

11.10. INSIGNIFICÂNCIA IMPRÓPRIA OU BAGATELA IMPRÓPRIA 77
12. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO BIS IN IDEM 77
13. PRINCÍPIOS RELACIONADOS COM O AGENTE DO FATO 78

13.1. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PESSOAL 78
13.2. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA 78
13.3. PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE 79
13.4. PRINCÍPIO DA ISONOMIA/IGUALDADE 79
13.5. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA 79
13.5.1. Conceito 79
13.5.2. Previsão 79
13.5.3. Dimensões de atuação do Princípio da Presunção de Inocência 80
13.5.4. Regras fundamentais que derivam do princípio da presunção de inocência: dimensão interna 81
13.5.5. Limite temporal 83
1.1. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA NO TRIBUNAL DO JÚRI 86
14. PRINCÍPIOS RELACIONADOS COM A PENA 86
EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA DO DIREITO PENAL 87
1. GARANTISMO PENAL 87
2. FUNCIONALISMO PENAL 89
2.1. INTRODUÇÃO 89
2.2. CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS 89
2.2.1. Proteção do bem jurídico 89
2.2.2. Desapego da técnica jurídica excessiva 89
2.2.3. Prevalência do jurista sobre o legislador 89
2.3. ESPÉCIES 89
2.3.1. Funcionalismo moderado, dualista ou de política criminal 89
2.3.2. Funcionalismo radical, monista ou sistêmico 90
2.3.3. Quadro comparativo 90
3. DIREITO DE INTERVENÇÃO 91
4. VELOCIDADES DO DIREITO PENAL 91
5. DIREITO PENAL DO INIMIGO 92
5.1. ORIGEM HISTÓRICA 92
5.2. QUEM É O INIMIGO NO DIREITO PENAL? 93
5.3. CONSEQUÊNCIAS 93

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

5.4. EFEITOS DA APLICAÇÃO DO DP DO INIMIGO 94
5.4.1. Antecipação da tutela penal 94
5.4.2. Penas indeterminadas 95
5.4.3. Meios de prova 95
5.4.4. Fortalecimento dos poderes da polícia 95

5.5. TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL 95
5.6. APLICAÇÃO NO BRASIL 95
6. QUARTA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL 96
7. QUINTA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL 96
LEI PENAL 97
1. INTRODUÇÃO 97
2. CLASSIFICAÇÃO 97
2.1. INCRIMINADORAS 97
2.2. NÃO INCRIMINADORAS 97
2.2.1. Permissivas 97
2.2.2. Exculpantes 97
2.2.3. Interpretativas 97
2.2.4. De aplicação, finais ou complementares 98
2.2.5. Diretivas 98
2.2.6. Integrativas, complementares ou de extensão 98
2.3. COMPLETAS OU PERFEITAS 98
2.4. INCOMPLETAS OU IMPERFEITAS 98
3. CARACTERÍSTICAS 98
3.1. EXCLUSIVIDADE 98
3.2. ANTERIORIDADE 98
3.3. IMPERATIVIDADE 99
3.4. GENERALIDADE 99
3.5. IMPESSOALIDADE 99
4. LEI PENAL E TEMPO DO CRIME 99
4.1. TEORIA DO RESULTADO 99
4.2. TEORIA DA UBIQUIDADE/MISTA 99
4.3. TEORIA DA ATIVIDADE 99
4.4. CRIME CONTINUADO E CRIME PERMANENTE 101
4.4.1. Crime permanente 101

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

4.4.2. Crime continuado 101
5. LEI PENAL E LUGAR DO CRIME 102
5.1. CRIMES À DISTÂNCIA X CRIMES PLURILOCAIS 102
6. LEI PENAL NO ESPAÇO 103
6.1. INTRODUÇÃO 103
6.2. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS 104
6.2.1. Princípio da territorialidade 104

6.2.2. Princípio da personalidade ou da nacionalidade 105
6.2.3. Princípio do domicílio 106
6.2.4. Princípio da defesa, real ou da proteção 106
6.2.5. Princípio da justiça universal 106
6.2.6. Princípio da representação 107
6.3. EXTRATERRITORIALIDADE 107
6.3.1. Extraterritorialidade incondicionada 107
6.3.2. Extraterritorialidade condicionada 108
6.4. APLICAÇÃO PRÁTICA DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO ESPAÇO: CASOS (BASILEU GARCIA) 109
7. EFICÁCIA DE SENTENÇA ESTRANGEIRA 109
8. CONTAGEM DO PRAZO 110
9. FRAÇÕES NÃO COMPUTÁVEIS DA PENA 111
10. APLICAÇÃO EM LEGISLAÇÃO ESPECIAL 111
11. LEI PENAL EM BRANCO 112
11.1. CONCEITO 112
11.2. ESPÉCIES 112
11.2.1. Homogênea ou *lato sensu* 112
11.2.2. Heterogênea ou *stricto sensu* ou fragmentária 113
11.2.3. Ao avesso ou inversa 113
11.2.4. De fundo constitucional 114
11.2.5. Ao quadrado 114
12. LEI PENAL NO TEMPO 115
12.1. INTRODUÇÃO 115
12.2. CONFLITO DE LEIS PENAIS NO TEMPO: DIREITO PENAL INTERTEMPORAL. 115
12.3. LEI PENAL BENÉFICA: RETROATIVIDADE E ULTRATIVIDADE 115
12.3.1. *Abolitio criminis* 116

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

12.3.2. *Novatio legis in mellius* 117
12.1.3. Pontos comuns à *abolitio criminis* e à *novatio legis in mellius* 117
12.1.4. *Vacatio legis* 118
12.2. *NOVATIO LEGIS* INCRIMINADORA (NEOCRIMINALIZAÇÃO) E *NOVATIO LEGIS IN PEJUS* 119
12.3. LEI PENAL INTERMEDIÁRIA 119
12.4. COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS (LEX TERTIA) 119
12.5. LEI TEMPORÁRIA E LEI EXCEPCIONAL 121
12.6. LEI PENAL EM BRANCO E O CONFLITO DE LEIS PENAIS NO TEMPO 122

13. CONFLITO APARENTE DE NORMAS PENAIS 123
13.1. CONCEITO 123
13.2. ALOCAÇÃO 123
13.3. REQUISITOS 123
13.3.3. Unidade de fato 123
13.3.4. Pluralidade de normas aparentemente aplicáveis 123
13.3.5. Vigência simultânea de todas as normas em conflito 123
13.4. FINALIDADES 124
13.5. SOLUÇÃO DO CONFLITO APARENTE: PRINCÍPIOS 124
13.5.3. Princípio da Especialidade 124
13.5.4. Princípio da Subsidiariedade 125
13.5.5. Princípio da Consunção ou da Absorção 126
13.5.6. Princípio da Alternatividade 127
14. EFICÁCIA DA LEI PENAL EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS 128
14.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS 128
14.2. IMUNIDADES DIPLOMÁTICAS 128
14.2.3. Conceito 128
14.2.4. Natureza jurídica 128
14.2.5. Fundamentos 129
14.2.6. Agentes consulares 129
14.2.7. (Im) possibilidade de renúncia 129
14.3. IMUNIDADES PARLAMENTARES 130
14.3.3. Imunidade parlamentar absoluta (*freedom of speech*) 130
14.3.4. Imunidade parlamentar relativa 132
14.3.5. Imunidade parlamentar e Estado de Sítio 137

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

14.3.6. Imunidade parlamentar e licença para exercício de cargo no Poder Executivo...138
14.3.7. Imunidade parlamentar de Deputados Estaduais 138
14.3.8. Imunidade parlamentar de Vereadores 139
14.3.9. Foro por prerrogativa de função e crime doloso contra a vida 139
TEORIA DO CRIME 141
1. CONCEITO DE CRIME 141
1.1. CRITÉRIO MATERIAL OU SUBSTANCIAL 141
1.2. CRITÉRIO LEGAL 141
1.2.1. Crime e contravenção penal: sistema dicotômico (ou dualista) e sistema tricotômico 142
1.2.2. Art. 28 da Lei de Drogas 143

1.3. CRITÉRIO FORMAL OU DOGMÁTICO OU ANALÍTICO 144
1.3.1. Teoria Quadripartida 144
1.3.2. Teoria Tripartida 144
1.3.3. Teoria Bipartida 144
2. SUJEITOS DO CRIME 145
2.1. SUJEITO ATIVO 145
2.2. SUJEITO PASSIVO 147
3. OBJETOS DO CRIME 149
3.1. OBJETO MATERIAL 149
3.2. OBJETO JURÍDICO 149
4. CLASSIFICAÇÃO DO CRIME 150
5. SISTEMAS PENAIS 159
5.1. SISTEMA CLÁSSICO 160
5.1.1. Teorias adotadas 160
5.1.2. Estrutura do crime 160
5.2. SISTEMA NEOCLÁSSICO (NEOKANTISTA) 161
5.2.1. Teorias adotadas 161
5.2.2. Estrutura do crime 161
5.3. SISTEMA FINALISTA 161
5.3.1. Teorias adotadas 161
5.3.2. Estrutura do crime 162
6. FATO TÍPICO 162
6.1. CONCEITO 162

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

6.2. ELEMENTOS 162
6.2.1. Crimes materiais, formais e de mera conduta 162
7. CONDUTA 163
7.1. CONCEITO 163
7.2. TEORIA CIBERNÉTICA DA CONDUTA 164
7.3. TEORIA SOCIAL DA CONDUTA 164
7.4. CARACTERÍSTICAS DA CONDUTA 164
7.4.1. Não há crime sem conduta 164
7.4.2. Ser humano 165
7.4.3. Ação voluntária 165
7.4.4. Atos projetados no mundo exterior ingressam no conceito de conduta 165
7.5. FORMAS DA CONDUTA 165
7.5.1. Por ação 165

7.5.2. Por omissão 166
7.6. TEORIAS DA OMISSÃO 167
7.6.1. Teoria Naturalística 167
7.6.2. Teoria Normativa 167
7.7. CAUSAS DE EXCLUSÃO DA CONDUTA 167
7.7.1. Caso fortuito e força maior 167
7.7.2. Sonambulismo e hipnose 167
7.7.3. Atos ou movimentos reflexos 167
7.7.4. Coação física irresistível 168
8. RESULTADO 168
8.1. CONCEITO 168
8.2. DENOMINAÇÃO 168
8.3. ESPÉCIES 169
8.3.1. Jurídico/Normativo 169
8.3.2. Material/Naturalístico 169
9. RELAÇÃO DE CAUSALIDADE 169
9.1. DENOMINAÇÃO 169
9.2. CONCEITO 169
9.3. APLICABILIDADE 169
9.4. TEORIAS 170
9.4.1. Causalidade adequada 170

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

9.4.2. Equivalência dos antecedentes 170
9.4.3. Imputação objetiva 171
9.5. RELEVÂNCIA DA OMISSÃO 173
9.5.1. Aplicabilidade 173
9.5.2. Dever de agir 173
9.5.3. Hipóteses do dever de agir 173
9.5.4. Poder de agir 174
9.6. CONCAUSAS 174
9.6.1. Conceito 174
9.6.2. Espécies 174
9.6.3. Concausas absolutamente independentes 174
9.6.4. Concausas relativamente independentes 175
9.7. CAUSALIDADE NOS CRIMES OMISSIVOS 177
10. TIPICIDADE 177
10.1. CONCEITO 177

10.2. EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA 178
10.2.1. *Corpus delicti* 178
10.2.2. Fase da independência do tipo 178
10.2.3. Teoria Indiciária 178
10.2.4. Teoria da Identidade 179
10.3. TEORIA DOS ELEMENTOS NEGATIVOS DO TIPO 179
10.4. TIPICIDADE CONGLOBANTE 179
10.5. ADEQUAÇÃO TÍPICA 180
10.5.1. Conceito 180
10.5.2. Espécies 180
11. EVOLUÇÃO DO FATO TÍPICO: FUNCIONALISMO E A IMPUTAÇÃO OBJETIVA 182
11.1. CAUSALISMO (SÉC. XIX E XX – VON LISZT E BELING) 182
11.2. NEOKANTISMO (SÉC. XX – 1907 A 1930) 182
11.3. FINALISMO (SÉC. XX – 1930 A 1960 - WELZEL) 183
11.4. FUNCIONALISMOS (1970) 183
11.5. TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA (ROXIN: FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO) 185
11.6. TIPICIDADE CONGLOBANTE (ZAFFARONI) 190
11.7. RESUMO 191

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

12. TIPO PENAL 195
12.1. CONCEITO 195
12.2. ESPÉCIES 195
12.2.1. Tipo incriminador ou tipo legal 195
12.2.2. Tipo permissivo ou tipo justificador 195
12.3. FUNÇÕES DO TIPO LEGAL (INCRIMINADOR) 195
12.3.1. Garantia 195
12.3.2. Fundamentadora 195
12.3.3. Seletiva 195
12.3.4. Indiciária da ilicitude 195
12.4. ESTRUTURA DO TIPO PENAL 196
12.5. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DO TIPO PENAL 196
12.5.1. Tipo normal e tipo anormal 196
12.5.2. Tipo fechado e tipo aberto 197
12.5.3. Tipo simples e tipo misto 197
12.5.4. Tipo congruente e tipo incongruente 197
12.5.5. Tipo preventivo 197

13. DOLO 198
13.1. INTRODUÇÃO 198
13.2. TEORIAS DO DOLO 198
13.2.1. Teoria da Representação 198
13.2.2. Teoria da Vontade 198
13.2.3. Teoria do Consentimento/Assentimento/Anuência 198
13.3. ELEMENTOS DO DOLO 199
13.3.1. Consciência 199
13.3.2. Vontade 199
13.4. ESPÉCIES DE DOLO 199
13.4.1. Dolo natural/incolor/avalorado/acromático 199
13.4.2. Dolo normativo/valorado/colorido 199
13.4.3. Dolo direto/determinado/intencional/incondicionado/imediato 199
13.4.4. Dolo indireto/indeterminado 200
13.4.5. Dolo de propósito/refletido 200
13.4.6. Dolo de ímpeto/repentino 200
13.4.7. Dolo genérico 201

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

13.4.8. Dolo específico 201
13.4.9. Dolo presumido 201
13.4.10. Dolo de primeiro grau 201
13.4.11. Dolo de segundo grau 201
13.4.12. Dolo de terceiro grau 201
13.4.13. Dolo geral 202
13.4.14. Dolo cumulativo 202
13.4.15. Dolo de dano 202
13.4.16. Dolo de perigo 202
13.4.17. Dolo antecedente/concomitante/subsequente 202
14. CULPA 203
14.1. INTRODUÇÃO 203
14.2. FUNDAMENTOS DA PUNIÇÃO 203
14.3. CONCEITO 204
14.4. ELEMENTOS 204
14.4.1. Conduta voluntária 204
14.4.2. Violação do dever objetivo de cuidado 204
14.4.3. Resultado naturalístico involuntário 205
14.4.4. Nexo causal 205

14.4.5. Tipicidade 205
14.4.6. Previsibilidade objetiva 205
14.4.7. Ausência de previsão 205
14.5. ESPÉCIES DE CULPA 205
14.5.1. Culpa inconsciente/sem previsão/*ex ignorantia* 205
14.5.2. Culpa consciente/com previsão/*ex lascivia* 205
14.5.3. Culpa própria 205
14.5.4. Culpa imprópria 206
14.5.5. Culpa mediata/indireta 206
14.5.6. Culpa presumida 206
14.6. GRAUS DE CULPA 206
14.7. COMPENSAÇÃO DE CULPAS 207
14.8. CONCORRÊNCIA DE CULPAS 207
14.9. CARÁTER EXCEPCIONAL DO CRIME CULPOSO 207
14.10. EXCLUSÃO DA CULPA 207

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

14.10.1. Erro profissional 207
14.10.2. Caso fortuito e força maior 207
14.10.3. Risco tolerado 207
14.10.4. Princípio da confiança 208
15. PRETERDOLO 208
15.1. INTRODUÇÃO 208
15.2. VERSARI IN RE ILLICITA 208
15.3. CRIMES QUALIFICADOS PELO RESULTADO: CONCEITO 209
15.4. CRIMES QUALIFICADOS PELO RESULTADO: ESPÉCIES 209
15.4.1. Dolo na conduta antecedente e dolo no resultado agravador 209
15.4.2. Dolo na conduta antecedente e culpa no resultado agravador 209
15.4.3. Culpa na conduta antecedente e culpa no resultado agravador 209
15.4.4. Culpa na conduta antecedente e dolo no resultado agravador 209
16. ITER CRIMINIS 210
16.1. CONCEITO 210
16.2. COGITAÇÃO 210
16.3. PREPARAÇÃO 210
16.4. EXECUÇÃO 211
16.4.1. Teoria subjetiva 211
16.4.2. Teoria objetiva 211
16.5. CONSUMAÇÃO 212

16.6. EXAURIMENTO 213
17. TENTATIVA 214
17.1. CONCEITO 214
17.2. DENOMINAÇÃO 214
17.3. ELEMENTOS 214
17.4. PUNIBILIDADE DA TENTATIVA: TEORIAS 214
17.4.1. Subjetiva/Voluntarística/Monista 214
17.4.2. Sintomática 214
17.4.3. Objetiva/realística/dualista 215
17.4.4. Teoria adotada no Brasil 215
17.5. ESPÉCIES DE TENTATIVA 215
17.5.1. Vermelha/Cruenta 215
17.5.2. Branca/Incruenta 216

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

17.5.3. Perfeita/Acabada/Crime falho 216
17.5.4. Imperfeita/Inacabada 216
17.6. ADMISSIBILIDADE DA TENTATIVA 216
17.7. INADMISSIBILIDADE DA TENTATIVA 216
17.7.1. Crimes culposos 216
17.7.2. Crimes Preterdolosos 216
17.7.3. Crimes Unissubsistentes 217
17.7.4. Crimes Omissivos Próprios ou Puros 217
17.7.5. Crimes de Perigo Abstrato/Presumido 217
17.7.6. Contravenção penal 217
17.7.7. Crimes condicionados 217
17.7.8. Crimes de atentado ou de empreendimento 217
17.7.9. Crimes subordinados à condição objetiva de punibilidade 218
17.7.10. Crimes habituais 218
17.7.11. Crime obstáculo 218
17.7.12. Crime com tipo penal composto de condutas abrangentes 218
17.8. CRIMES PUNIDOS SOMENTE NA FORMA TENTADA 218
18. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA E ARREPENDIMENTO EFICAZ 219
18.1. PREVISÃO LEGAL 219
18.2. FUNDAMENTO 219
18.3. NATUREZA JURÍDICA 220
18.3.1. Causa pessoal de extinção de punibilidade 220
18.3.2. Causa de exclusão de culpabilidade 220

18.3.3. Causa de exclusão de tipicidade 220
18.4. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA X ARREPENDIMENTO EFICAZ 220
18.5. REQUISITOS 221
18.5.1. Voluntariedade 221
18.5.2. Eficácia 221
18.6. MOTIVOS 221
18.7. INCOMPATIBILIDADE COM OS CRIMES CULPOSOS 221
18.8. COMUNICABILIDADE 221
18.9. TENTATIVA QUALIFICADA 222
19. ARREPENDIMENTO POSTERIOR 222
19.1. CONCEITO 222

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

19.2. LOCALIZAÇÃO DO INSTITUTO 222
19.3. NATUREZA JURÍDICA 222
19.4. FUNDAMENTOS 222
19.5. APLICABILIDADE 223
19.6. REQUISITOS 223
19.6.1. Natureza da infração 223
19.6.2. Reparação do dano ou restituição da coisa 223
19.6.3. Limite temporal 223
19.7. COMUNICABILIDADE 224
19.8. RECUSA DO OFENDIDO 224
19.9. DISPOSITIVOS ESPECIAIS ACERCA DA REPARAÇÃO DO DANO 224
20. CRIME IMPOSSÍVEL 225
20.1. CONCEITO 225
20.2. NATUREZA JURÍDICA 226
20.3. TEORIAS SOBRE O CRIME IMPOSSÍVEL 226
20.3.1. Teoria subjetiva 226
20.3.2. Teoria sintomática 226
20.3.3. Teoria objetiva 226
20.4. ESPÉCIES DE CRIME IMPOSSÍVEL 226
20.4.1. Ineficácia absoluta do meio 226
20.4.2. Impropriedade absoluta do objeto 227
20.5. CRIME PUTATIVO POR OBRA DO AGENTE PROVOCADOR 227
20.6. ASPECTOS PROCESSUAIS 228
ILICITUDE 229
1. CONCEITO 229

2. FORMAS DE ILICITUDE 229
2.1. ILICITUDE FORMAL 229
2.2. ILICITUDE MATERIAL (SUBSTANCIAL) 229
2.3. ILICITUDE UNITÁRIA 229
3. ILICITUDE OU ANTIJURIDICIDADE 229
4. ILICITUDE GENÉRICA E ILICITUDE ESPECÍFICA 230
5. ILICITUDE PENAL E ILICITUDE EXTRAPENAL 230
6. CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE 230
6.1. INTRODUÇÃO 230



6.2. TERMINOLOGIAS 231
6.3. PREVISÃO LEGAL 231
6.3.1. Genéricas 231
6.3.2. Específicas 231
6.4. ELEMENTOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE 232
6.5. CAUSAS SUPRALEGAIS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE 232
6.5.1. Consentimento do ofendido 233
7. ESTADO DE NECESSIDADE 234
7.1. PREVISÃO LEGAL 234
7.2. NATUREZA JURÍDICA 234
7.3. TEORIAS 234
7.3.1. Teoria Unitária 234
7.3.2. Teoria Diferenciadora 235
7.4. REQUISITOS 235
7.4.1. Situação de necessidade 236
7.4.2. Fato necessitado 238
7.5. ESPÉCIES 238
7.5.1. Quanto ao bem sacrificado 238
7.5.2. Quanto à titularidade do bem preservado 239
7.5.3. Quanto à origem da situação de perigo 239
7.5.4. Quanto ao aspecto subjetivo do agente 240
7.6. ESTADO DE NECESSIDADE RECÍPROCO 240
7.7. COMUNICABILIDADE DO ESTADO DE NECESSIDADE 240
8. LEGÍTIMA DEFESA 240
8.1. PREVISÃO LEGAL 240
8.2. NATUREZA JURÍDICA 240
8.3. FUNDAMENTO 241

8.4. REQUISITOS 241
8.4.1. Agressão injusta 241
8.4.2. Agressão atual e iminente 241
8.4.3. Agressão a direito próprio ou alheio 241
8.4.4. Reação com os meios necessários 241
8.4.5. Uso moderado dos meios necessários 242
8.5. LEGÍTIMA DEFESA DOS AGENTES DE SEGURANÇA 242



8.6. LEGÍTIMA DEFESA E VINGANÇA 243
8.7. LEGÍTIMA DEFESA E DESAFIO 243
8.8. ESPÉCIES 243
8.8.1. Quanto à forma de reação 243
8.8.2. Quanto à titularidade do bem jurídico protegido 244
8.8.3. Quanto ao aspecto subjetivo de quem se defende 244
8.8.4. Legítima defesa presumida 244
8.8.5. Legítima defesa sucessiva 244
8.9. LEGÍTIMA DEFESA E *ABERRATIO* ICTUS 245
8.10. LEGÍTIMA DEFESA x ESTADO DE NECESSIDADE 245
8 11. SIMULTANEIDADE ENTRE LEGÍTIMA DEFESA E ESTADO DE NECESSIDADE 245
8.12. LEGÍTIMA DEFESA E RELAÇÃO COM OUTRAS EXCLUDENTES 245
8.12.1. Admissibilidade 245
8.12.2. Inadmissibilidade 246
9. ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL 246
9.1. NATUREZA JURÍDICA 246
9.2. CONCEITO 247
9.3. FUNDAMENTO 247
9.4. DEVER LEGAL 247
9.5. DESTINATÁRIOS DA EXCLUDENTE 247
9.6. LIMITES DA EXCLUDENTE 247
9.7. INCOMPATIBILIDADE COM OS CRIMES CULPOSOS 248
9.8. COMUNICABILIDADE DA EXCLUDENTE 248
10. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO 248
10.1. NATUREZA JURÍDICA 248
10.2. CONCEITO 248
10.3. LIMITES DA EXCLUDENTE 248
10.4. COSTUMES 249
10.5. LESÕES EM ATIVIDADES ESPORTIVAS 249

10.6. INTERVENÇÕES MÉDICAS OU CIRÚRGICAS 249
10.7. OFENDÍCULAS, OFENDÍCULOS OU OFENSÁCLAS 249
10.7.1. Conceito 249
10.7.2. Natureza jurídica 250
10.8. MEIOS MECÂNICOS PREDISPOSTOS DE DEFESA DA PROPRIEDADE 250



10.9. ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL x EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO 250
11. EXCESSO 250
11.1. INTRODUÇÃO 250
11.2. DISPOSITIVO LEGAL 250
11.3. ALCANCE 251
11.4. CONCEITO 251
11.5. ESPÉCIES 251
11.5.1. Doloso ou consciente 251
11.5.2. Culposo ou inconsciente 251
11.5.3. Fortuito ou acidental 251
11.5.4. Exculpante 251
11.5.5. Intensivo ou próprio 252
11.5.6. Extensivo ou impróprio 252
CULPABILIDADE 253
1. NATUREZA JURÍDICA 253
2. CONCEITO 253
3. TEORIAS DA CULPABILIDADE 253
3.1. TEORIA PSICOLÓGICA 253
3.2. TEORIA PSICOLÓGICA-NORMATIVA 253
3.3. TEORIA NORMATIVA PURA 254
4. COCULPABILIDADE 254
5. DIRIMENTES 255
6. IMPUTABILIDADE 256
6.1. INTRODUÇÃO 256
6.2. CONCEITO 256
6.3. MOMENTO PARA ANÁLISE 256
6.4. INIMPUTABILIDADE 257
6.5. SISTEMAS PARA IDENTIFICAÇÃO DA INIMPUTABILIDADE 257
6.5.1. Biológico 257
6.5.2. Psicológico 257

6.5.3. Biopsicológico 257
6.6. CAUSAS DE INIMPUTABILIDADE 257
6.6.1. Menoridade 257



6.6.2. Doença mental 259
6.6.3. Desenvolvimento mental incompleto e desenvolvimento mental retardado 259
6.7. PERÍCIA MÉDICA 259
6.8. EFEITOS DA INIMPUTABILIDADE 260
6.9. SEMI-IMPUTABILIDADE 260
6.9.1. Terminologia 260
6.9.2. Conceito 261
6.9.3. Natureza jurídica 261
6.9.4. Sistema adotado 261
6.9.5. Efeitos 261
6.10. CAUSAS NÃO EXCLUDENTES DA IMPUTABILIDADE 262
6.10.1. Emoção e paixão 262
6.10.2. Embriaguez 263
7. POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE 265
7.1. INTRODUÇÃO 265
7.2. NATUREZA JURÍDICA 266
7.3. A VALORIZAÇÃO PARALELA DA ESFERA DO PROFANO 266
7.4. ERRO DE PROIBIÇÃO INEVITÁVEL 266
8. EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA 267
8.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA 267
8.2. CONCEITO 267
8.3. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL 267
8.3.1. Dispositivo legal e aplicabilidade 267
8.3.2. Fundamento 268
8.3.3. Requisitos 268
8.3.4. Efeitos 268
8.3.5. Temor reverencial 270
8.4. OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA 270
8.4.1. Dispositivo legal 270
8.4.2. Conceito 270
8.4.3. Fundamentos 270
8.4.4. Requisitos 270
8.4.5. Efeitos 271

8.5. CAUSAS SUPRALEGAIS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE 272

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

8.5.1. Origem histórica 272
8.5.2. Situação atual 272
ERRO NO DIREITO PENAL 274
1. ERRO DE TIPO 274
1.1. NOMENCLATURA 274
1.2. CONCEITO 274
1.3. ERRO DE TIPO ESCUSÁVEL E ERRO DE TIPO INESCUSÁVEL 274
1.4. ERRO DE TIPO ESPONTÂNEO E ERRO DE TIPO PROVOCADO 275
1.5. ERRO DE TIPO ACIDENTAL 276
1.5.1. Erro sobre a pessoa 276
1.5.2. Erro sobre o objeto (a coisa) 277
1.5.3. Erro sobre a qualificadora 277
1.5.4. Erro sobre o nexo causal ou *aberratio causae* 278
1.5.5. Erro na execução ou *aberratio ictus* 278
1.5.6. Resultado diverso do pretendido ou *aberratio delicti* 279
1.6. ERRO DE TIPO E CRIME PUTATIVO POR ERRO DE TIPO 280
1.7. SISTEMATIZANDO 281
2. ERRO DE PROIBIÇÃO 281
2.1. NOMENCLATURA 281
2.2. DESCONHECIMENTO DA LEI E ERRO DE PROIBIÇÃO 282
2.3. ERRO DE PROIBIÇÃO INEVITÁVEL E ERRO DE PROIBIÇÃO EVITÁVEL 282
2.4. ERRO DE PROIBIÇÃO DIRETO, INDIRETO E MANDAMENTAL 283
2.5. ERRO DE PROIBIÇÃO E CRIME PUTATIVO POR ERRO DE PROIBIÇÃO 283
2.6. ERRO DE TIPO QUE RECAI SOBRE A ILICITUDE DO FATO 283
2.7. ERRO DE TIPO x ERRO DE PROIBIÇÃO 284
3. DISCRIMINANTES PUTATIVAS 284
3.1. CONCEITO 284
3.2. NATUREZA JURÍDICA 284
CONCURSO DE PESSOAS 286
1. PREVISÃO LEGAL 286
2. DENOMINAÇÃO 286
3. CONCEITO 286
4. REQUISITOS 286
4.1. PLURALIDADE DE AGENTES CULPÁVEIS 287

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

4.2. RELEVÂNCIA CAUSAL DAS CONDUTAS 288
4.3. VÍNCULO SUBJETIVO 288
4.4. UNIDADE DE INFRAÇÃO PENAL PARA TODOS OS AGENTES 288
4.5. EXISTÊNCIA DE FATO PUNÍVEL 289
5. TEORIAS SOBRE O CONCURSO DE PESSOAS 289
5.1. TEORIA MONISTA 289
5.2. TEORIA PLURALISTA 289
5.3. TEORIA DUALISTA 290
6. FORMAS DE CONCURSO DE PESSOAS 290
7. AUTORIA 290
7.1. TEORIAS 290
7.1.1. Teoria Objetivo-Formal 290
7.1.2. Teoria do Domínio do Fato 291
7.2. AUTORIA DE ESCRITÓRIO E TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO 292
8. COAUTORIA 292
8.1. ESPÉCIES 293
8.1.1. Parcial ou Funcional 293
8.1.2. Direta ou Material 293
8.2. CRIMES PRÓPRIOS E DE MÃO PRÓPRIA 293
9. PARTICIPAÇÃO 293
9.1. MODALIDADES DE PARTICIPAÇÃO 293
9.1.1. Moral 293
9.1.2. Material 294
9.2. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA 294
9.3. PARTICIPAÇÃO IMPUNÍVEL 295
9.4. PARTICIPAÇÃO POR OMISSÃO 295
9.5. CONIVÊNCIA 296
9.6. PARTICIPAÇÃO EM CADEIA 296
9.7. TEORIAS DA ACESSORIEDADE 296
9.7.1. Teoria da Acessoriedade Mínima 296
9.7.2. Teoria da Acessoriedade Limitada 296
9.7.3. Teoria da Acessoriedade Máxima ou Extrema 296
9.7.4. Teoria da Hiperacessoriedade 297
10. COPARTICIPAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA 297

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

11. EXECUTOR DE RESERVA 298

12. CIRCUNSTÂNCIAS (IN) COMUNICÁVEIS 298
12.1. ELEMENTARES 298
12.2. CIRCUNSTÂNCIAS 298
12.2.1. Pessoais ou subjetivas 298
12.2.2. Reais ou objetivas 298
12.3. CONDIÇÕES 299
12.4. AS REGRAS DO ART. 30 DO CP 299
12.5. INFANTICÍDIO, ESTADO PUERPERAL E ELEMENTARES PERSONALÍSSIMAS 299
13. AUTORIA COLATERAL 300
14. AUTORIA INCERTA 300
15. AUTORIA DESCONHECIDA 301
EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE 302
1. INTRODUÇÃO 302
2. O ARTIGO 107 DO CÓDIGO PENAL 302
2.1. ROL EXPLICATIVO OU TAXATIVO? 302
3. MOMENTO DA OCORRÊNCIA DA CAUSA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE 303
3.1. PRETENSÃO PUNITIVA 303
3.2. PRETENSÃO EXECUTÓRIA 303
4. EFEITOS DAS CAUSAS EXTINTIVAS DA PUNIBILIDADE 303
4.1. PRETENSÃO PUNITIVA 303
4.2. PRETENSÃO EXECUTÓRIA 303
5. CRIMES ACESSÓRIOS, COMPLEXOS E CONEXOS 304
6. MORTE DO AGENTE 304
6.1. PREVISÃO LEGAL 304
6.2. FUNDAMENTOS 305
6.2.1. Princípio da personalidade da pena 305
6.2.2. *Mors omnia solvit* 305
6.3. ALCANCE DA PALAVRA “AGENTE” 305
6.4. CAUSA PERSONALÍSSIMA 305
6.5. PROVA DA MORTE DO AGENTE 305
7. ANISTIA, GRAÇA E INDULTO 306
7.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS 306
7.2. ANISTIA 306

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

7.2.1. Conceito 306
7.2.2. Espécies 306
7.2.3. Efeitos 307

7.2.4. Crimes hediondos e equiparados 307
7.3. GRAÇA 307
7.3.1. Conceito 307
7.3.2. Efeitos 307
7.3.3. Espécies 307
7.3.4. Crimes hediondos e equiparados 308
7.4. INDULTO 308
7.4.1. Conceito 308
7.4.2. Espécies 308
7.4.3. Crimes hediondos e equiparados 308
7.4.4. Prática de falta grave 309
8. ABOLITIO CRIMINIS 309
9. PRESCRIÇÃO, DECADÊNCIA E PEREMPÇÃO 309
9.1. PRESCRIÇÃO 309
9.2. DECADÊNCIA 309
9.3. PEREMPÇÃO 310
10. RENÚNCIA AO DIREITO DE QUEIXA OU PERDÃO ACEITO 310
11. RETRATAÇÃO DO AGENTE 310
12. PERDÃO JUDICIAL 311
12.1. CONCEITO 311
12.2. NATUREZA JURÍDICA 311
12.3. APLICABILIDADE 311
12.4. INCOMUNICABILIDADE NO CONCURSO DE PESSOAS 311
12.5. NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA 312
12.6. DISTINÇÃO ENTRE PERDÃO JUDICIAL E ESCUSAS ABSOLUTÓRIAS 312
12.7. DISTINÇÃO ENTRE PERDÃO JUDICIAL E PERDÃO DO OFENDIDO 312
PRESCRIÇÃO 313
1. INTRODUÇÃO 313
2. CONCEITO 313
3. NATUREZA JURÍDICA 313
4. LOCALIZAÇÃO NA TEORIA GERAL DO DELITO 313

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

5. FUNDAMENTOS 314
5.1. SEGURANÇA JURÍDICA AO RESPONSÁVEL PELA INFRAÇÃO 314
5.2. IMPERTINÊNCIA DA SANÇÃO PENAL 314
5.3. LUTA CONTRA A INEFICIÊNCIA DO ESTADO 314
6. IMPRESCRITIBILIDADE PENAL 314

7. DIFERENÇAS ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA 315
8. ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO 316
9. PRESCRIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE 317
9.1. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA (PPP) PROPRIAMENTE DITA OU PRESCRIÇÃO DA AÇÃO PENAL 317
9.1.1. Previsão legal 317
9.1.2. Cálculo 317
9.1.3. Termo inicial 320
9.1.4. Causas interruptivas 321
9.1.5. Comunicabilidade das causas interruptivas da prescrição 323
9.1.6. Causas impeditivas e suspensivas 324
9.2. PRESCRIÇÃO RETROATIVA 326
9.2.1. Conceito 326
9.2.2. Cálculo 326
9.2.3. Informações gerais 327
9.2.4. Termo inicial 327
9.2.5. Momento para o seu conhecimento 328
9.3. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE OU SUPERVENIENTE 328
9.3.1. Conceito 328
9.3.2. Cálculo 328
9.3.3. Informações gerais 328
9.3.4. Termo inicial e hipóteses 328
9.4. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA OU PRESCRIÇÃO DA CONDENAÇÃO 329
9.4.1. Conceito 329
9.4.2. Contagem 329
9.4.3. Termo inicial 330
9.4.4. Causas interruptivas 330
9.4.5. Incomunicabilidade das causas interruptivas 331
9.4.6. Causa impeditiva 331



9.5. PRESCRIÇÃO VIRTUAL, ANTECIPADA, PROJETADA, PROGNOSTICAL OU RETROATIVA EM PERSPECTIVA 332
9.5.1. Nomenclatura 332
9.5.2. Exemplo 332
9.5.3. Fundamento 332
9.5.4. Críticas e soluções 332
10. PRESCRIÇÃO DA PENA DE MULTA 333

11. PRESCRIÇÃO NO CONCURSO DE CRIMES 333
11.1. PREVISÃO LEGAL 333
11.2. SISTEMA DE APLICAÇÃO DA PENA NO CONCURSO DE CRIMES 334
11.2.1. Cumulo material 334
11.2.2. Exasperação 334
MEDIDA DE SEGURANÇA (MS) 335
1. CONCEITO 335
2. DIFERENÇAS ENTRE PENA E MEDIDA DE SEGURANÇA 335
3. REQUISITOS PARA APLICAÇÃO 336
3.1. PRÁTICA DE FATO TÍPICO E ILÍCITO 336
3.2. PERICULOSIDADE DO AGENTE 336
3.3. NÃO TER OCORRIDO A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE 336
4. PERICULOSIDADE 336
4.1. CONCEITO 336
4.2. ESPÉCIES 337
4.2.1. Presumida ou ficta 337
4.2.2. Real ou concreta 337
5. APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA 337
5.1. INIMPUTÁVEIS 337
5.2. SEMI-IMPUTÁVEIS 338
6. ESPÉCIES DE MEDIDA DE SEGURANÇA 338
6.1. DETENTIVA 338
6.2. RESTRITIVA 338
7. EXECUÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA 339
8. MEDIDA DE SEGURANÇA PROVISÓRIA OU PREVENTIVA 340
9. DESINTERNAÇÃO PROGRESSIVA 340
10. CONVERSÃO DO TRATAMENTO AMBULATORIAL EM INTERNAÇÃO 340



EFEITOS DA CONDENAÇÃO 342
1. CONCEITO 342
2. PRESSUPOSTO 342
3. EFEITO PRINCIPAL DA CONDENAÇÃO 342
4. EFEITOS SECUNDÁRIOS/MEDIATOS/ACESSÓRIOS/REFLEXOS/INDIRETOS 342
4.1. EFEITOS SECUNDÁRIOS DE NATUREZA PENAL PREVISTO NO CÓDIGO PENAL .342
4.2. EFEITOS SECUNDÁRIOS DE NATUREZA EXTRAPENAL PREVISTO NO CÓDIGO PENAL 343
4.2.1. Genéricos 343

4.2.2. Específicos 346
REABILITAÇÃO 351
1. PREVISÃO LEGAL 351
2. CONCEITO 351
3. REQUISITOS 353
4. REVOGAÇÃO DA REABILITAÇÃO 353
5. COMPETÊNCIA E RECURSO 354
TEORIA GERAL DA PENA 355
1. SANÇÃO PENAL: CONCEITO E ESPÉCIES 355
2. VIAS DO DIREITO PENAL 355
3. FINALIDADE DA PENA 355
3.1. TEORIA ABSOLUTA E FINALIDADE RETRIBUTIVA 355
3.2. TEORIA RELATIVA E FINALIDADES PREVENTIVAS 356
3.2.1. Prevenção geral 356
3.2.2. Prevenção especial 356
3.3. TEORIA MISTA E DUPLA (TRÍPLICE) FINALIDADE 357
3.4. TEORIA AGNÓSTICA 357
4. PRINCÍPIOS DA PENA 358
4.1. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL OU DA ESTRITA LEGALIDADE 358
4.2. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE 358
4.3. PRINCÍPIO DA PERSONALIDADE 358
4.4. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA 359
4.5. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE 359
4.6. PRINCÍPIO DA INDERROGABILIDADE 360
4.7. PRINCÍPIO DA HUMANIDADE 360

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

4.8. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PENA INDIGNA 360
5. COMINAÇÃO DAS PENAS 360
5.1. PREVISÃO LEGAL 360
5.2. ESPÉCIES DE COMINAÇÃO 361
5.2.1. Cominação Isolada 361
5.2.2. Cominação Cumulativa 361
5.2.3. Cominação Alternativa 361
5.2.4. Cominação Paralela 361
6. CLASSIFICAÇÃO DAS PENAS 362
6.1. QUANTO AO CRITÉRIO ADOTADO PELO CP 362
6.2. QUANTO AO CRITÉRIO CONSTITUCIONAL 362

6.2.1. Penas permitidas 362
6.2.2. Penas proibidas 362
7. TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS: *BROKEN WINDOWS THEORY* 363
7.1. PRIMEIRO MOMENTO: 1969 363
7.2. SEGUNDO MOMENTO: 1982 363
7 3. MANIFESTAÇÕES DA TEORIA DA JANELA QUEBRADA NO DIREITO BRASILEIRO 364
8. TEORIA DOS TESTÍCULOS DESPEDAÇADOS: *BREAKING BALLS THEORY* 364
9. ABOLICIONISMO PENAL 364
9.1. CIFRAS NEGRAS 364
9.2. CIFRAS VERDES 365
9.3. CIFRAS DOURADAS 365
9.4. CIFRAS CINZAS 365
9.5. CIFRAS ROSAS 365
9.6. DIREITO PENAL SUBTERRÂNEO 365
10. JUSTIÇA RESTAURATIVA 365
APLICAÇÃO DA PENA 367
1. CONCEITO 367
2. PRESSUPOSTO 367
3. SISTEMAS OU CRITÉRIOS 367
3.1. SISTEMA BIFÁSICO 367
3.2. SISTEMA TRIFÁSICO 368
4. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE 368
4.1. CRITÉRIO TRIFÁSIO 368

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

4.2. 1ª FASE: PENA-BASE 369
4.2.1. Culpabilidade 372
4.2.2. Antecedentes 372
4.2.3. Conduta social 374
4.2.4. Personalidade do agente 374
4.2.5. Motivos do crime 375
4.2.6. Circunstâncias do crime 375
4.2.7. Consequências do crime 375
4.2.8. Comportamento da vítima 376
4.3. 2ª FASE: AGRAVANTES E ATENUANTES 376
4.3.1. Agravantes genéricas 376
4.3.2. Atenuantes genéricas 377
4.3.3. Concurso de atenuantes e agravantes 378

4.4. 3ª FASE: CAUSAS DE AUMENTO E CAUSAS DE DIMINUIÇÃO DE PENA 380
4.4.1. Pluralidade de causas de aumento ou de diminuição de pena 381
5. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL 383
5.1. CONCEITO 383
5.2. ESPÉCIES 383
5.3. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE 384
5.3.1. Fatores determinantes na fixação do regime inicial 384
5.3.2. Competência para fixação do regime prisional 384
5.3.3. Fixação do regime inicial e concurso de crimes 385
5.3.4. Regime inicial e crimes hediondos ou equiparados 385
5.4. PENA DE RECLUSÃO 386
5.4.1. Critérios 386
5.5. PENA DE DETENÇÃO 387
5.5.1. Critérios 387
5.6. PENA DE PRISÃO SIMPLES 388
5.7. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL E REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO DO QUE O CORRESPONDENTE À PENA APLICADA 389
6. REINCIDÊNCIA 389
6.1. INTRODUÇÃO 389
6.2. NATUREZA JURÍDICA 390
6.3. CONCEITO 390

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

6.4. REQUISITOS 391
6.5. PROVA DE REINCIDÊNCIA 392
6.6. CRIME E CONTRAVENÇÃO PENAL 393
6.7. ESPÉCIES DE REINCIDÊNCIA 393
6.7.1. Quanto à necessidade de cumprimento de pena imposta pela condenação anterior 393
6.7.2. Quanto às categorias dos crimes praticados 394
6.8. VALIDADE DA CONDENAÇÃO ANTERIOR PARA FINS DE REINCIDÊNCIA 394
6.9. CRIMES MILITARES E POLÍTICOS 394
6.10. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES 395
6.11. TERMINOLOGIAS 395
7. PENA DE MULTA 396
7.1. CONCEITO 396
7.2. FUNDO PENITENCIÁRIO 396
7.3. CRITÉRIO ADOTADO PARA A PENA DE MULTA 396

7.4. APLICAÇÃO DA PENA DE MULTA 397
7.5. MULTA INEFICAZ 397
7.6. MULTA EXCESSIVA 398
7.7. PAGAMENTO VOLUNTÁRIO DA MULTA 398
7.8. EXECUÇÃO DA PENA DE MULTA 399
7.9. PENA DE MULTA E *HABEAS CORPUS* 400
7.10. INADIMPLEMENTO DA PENA DE MULTA 400
8. LIMITES DAS PENAS 401
8.1. INTRODUÇÃO 401
8.2. FUNDAMENTOS 401
8.3. UNIFICAÇÃO DAS PENAS 401
8.3.1. Competência para unificação 402
8.3.2. Nova condenação e unificação das penas 402
9. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS 403
9.1. INTRODUÇÃO 403
9.2. ESPÉCIES 403
9.3. NATUREZA JURÍDICA 403
9.4. CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS 404
9.4.1. Substitutividade 404

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

9.4.2. Autonomia 404
9.5. DURAÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO 404
9.6. REQUISITOS 405
9.6.1. Requisitos objetivos 405
9.6.2. Requisitos subjetivos 406
9.7. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS E CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS 407
9.8. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO E LEI MARIA DA PENHA 408
9.9. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS E CRIMES MILITARES 409
9.10. REGRAS DE SUBSTITUIÇÃO 409
9.10.1. Condenação igual ou inferior a 1 ano (CP, art. 44, § 2º, 1ª parte) 409
9.10.2. Condenação superior a 1 ano (CP, art. 44, § 2º, parte final) 409
9.11. RECONVERSÃO OBRIGATÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE 410
9.12. RECONVERSÃO FACULTATIVA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE 411
9.13. INÍCIO DA EXECUÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO 411
9.14. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA 411

9.14.1. Conceito 411
9.14.2. Ordem de preferência 412
9.14.3. Características 412
9.14.4. Indenização civil antecipada e despenalização 412
9.14.5. Forma de pagamento 412
9.14.6. Fiscalização 413
9.14.7. Prestação Pecuniária X Reparação do Dano 413
9.14.8. Indenização civil antecipada e despenalização 413
9.15. PERDA DE BENS E VALORES 414
9.15.1. Previsão legal 414
9.15.2. Conceito 414
9.15.3. Princípio da intranscendência 414
9.15.4. Perda de bens e valores X Confisco 414
9.16. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE OU ENTIDADES PÚBLICAS 415
9.16.1. Previsão legal 415
9.16.2. Conceito 415
9.16.3. Aplicabilidade 415
9.16.4. Forma de atribuição 415

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

9.16.5. Modo de cumprimento 416
9.16.6. Execução da prestação de serviço à comunidade 416
9.16.7. Prestação de serviço à comunidade e trabalhos forçados 417
9.17. INTERDIÇÃO TEMPORÁRIA DE DIREITOS 417
9.18. LIMITAÇÃO DE FINAL DE SEMANA 419
10. SUBSTITUIÇÃO CONDICIONAL DA EXECUÇÃO DA PENA: “SURSIS” 419
10.1. CONCEITO 419
10.2. SISTEMA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL 419
10.3. NATUREZA JURÍDICA 420
10.4. ESPÉCIES 420
10.5. SURSIS INCONDICIONADO 422
10.6. REVOGAÇÃO DO SURSIS 423
10.7. PRORROGAÇÃO DO PERÍODO DE PROVAS 425
10.8. SURSIS SIMULTÂNEOS E SUCESSIVOS 425
10.9. CUMPRIMENTO DO SURSIS 426
10.10. BENEFICIÁRIOS DO SURSIS x DIREITOS POLÍTICOS 426
CONCURSO DE CRIMES 427
1. CONCEITO 427

2. ESPÉCIES 427
3. SISTEMA DE APLICAÇÃO DA PENA NO CONCURSO DE CRIMES 427
3.1. CÚMULO MATERIAL 427
3.2. EXASPERAÇÃO 428
3.3. ABSORÇÃO 428
4. CONCURSO MATERIAL 428
4.1. PREVISÃO LEGAL 428
4.2. CONCEITO 428
4.3. ESPÉCIES 429
4.3.1. Homogêneo 429
4.3.2. Heterogêneo 429
4.4. MOMENTO PARA A SOMA DAS PENAS 429
4.5. IMPOSIÇÃO CUMULATIVA DE PENAS DE RECLUSÃO E DETENÇÃO 429
4.6. CUMULAÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COM RESTRITIVA DE DIREITOS 429
4.7. CUMPRIMENTO SUCESSIVO OU SIMULTÂNEO DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO 430

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

5. CONCURSO FORMAL 430
5.1. PREVISÃO LEGAL 430
5.2. CONCEITO 430
5.3. ESPÉCIES E APLICAÇÃO DA PENA 431
5.3.1. Homogêneo 431
5.3.2. Heterogêneo 431
5.3.3. Perfeito ou próprio 431
5.3.4. Imperfeito ou impróprio 432
5.4. TEORIAS SOBRE O CONCURSO FORMAL 432
5.4.1. Subjetiva 432
5.4.2. Objetiva 432
5.5. CONCURSO MATERIAL BENÉFICO OU FAVORÁVEL 433
6. CRIME CONTINUADO OU CONTINUIDADE DELITIVA 433
6.1. PREVISÃO LEGAL 433
6.2. CONCEITO 433
6.3. ORIGEM HISTÓRICA 434
6.4. NATUREZA JURÍDICA 434
6.5. REQUISITOS DO CRIME CONTINUADO 434
6.5.1. Pluralidade de condutas 434
6.5.2. Pluralidade de crimes da mesma espécie 434

6.5.3. Conexão temporal 435
6.5.4. Conexão espacial 435
6.5.5. Conexão modal 435
6.5.6. Conexão ocasional 435
6.5.7. Unidade de desígnios 435
6.6. ESPÉCIES DE CRIME CONTINUADO E DOSIMETRIA DA PENA 436
6.6.1. Simples 436
6.6.2. Qualificado 436
6.6.3. Específico 437
6.7. CRIME CONTINUADO E CONCURSO MATERIAL BENÉFICO 439
6.8. CRIME CONTINUADO E CRIME HABITUAL 439
7. CONCURSO DE CRIMES E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO 439
8. CONCURSO DE CRIMES E COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL 439
9. MULTA E CONCURSO DE CRIMES 440



.

APRESENTAÇÃO

Olá!

Inicialmente, gostaríamos de agradecer a confiança em nosso material. Esperamos que seja útil na sua preparação, em todas as fases. A grande maioria dos concurseiros possui o hábito de trocar o material de estudo constantemente, principalmente, em razão da variedade que se tem hoje, cada dia surge algo novo. Porém, o ideal é você utilizar sempre a mesma fonte, fazendo a complementação necessária, pois quanto mais contato temos com determinada fonte de estudo, mais familiarizados ficamos, o que se torna primordial na hora da prova.

O Caderno Sistematizado de Direito Penal Geral, possui como base as aulas do Prof. Rogério Sanches e as aulas do Prof. Cleber Masson. Com o intuito de deixar o material mais completo, utilizados as seguintes fontes complementares: a) Manual de Direito Penal, 2020 (Rogério Sanches); b) Direito Penal – Parte Geral, 2020 (Cleber Masson).

Na parte jurisprudencial, utilizamos os informativos do site Dizer o Direito (www.dizerodireito.com.br), os livros: Principais Julgados STF e STJ Comentados, Vade Mecum de Jurisprudência Dizer o Direito, Súmulas do STF e STJ anotadas por assunto (Dizer o Direito). Destacamos que é importante você se manter atualizado com os informativos, reserve um dia da semana para ler no site do Dizer o Direito.

Como você pode perceber, reunimos em um único material diversas fontes (aulas + doutrina + informativos + lei seca + questões) tudo para otimizar o seu tempo e garantir que você faça uma boa prova.

Por fim, como forma de complementar o seu estudo, não esqueça de fazer questões. É muito importante!! As bancas costumam repetir certos temas.

Vamos juntos!! Bons estudos!!

Equipe Cadernos Sistematizados.



INTRODUÇÃO AO DIREITO PENAL

1. CONCEITO DE DIREITO PENAL

O Direito Penal é o conjunto de normas (regras: rígidas, fechadas; e princípios: abertos, admitem flexibilização) destinadas a combater o crime e a contravenção penal, mediante a imposição de uma sanção penal que poderá ser uma pena (1ª via do Direito Penal) ou uma medida de segurança (2ª via do Direito Penal).

De acordo com Rogério Sanches, o conceito de Direito Penal deve ser analisado sob três aspectos: aspecto formal ou estático, aspecto material e aspecto sociológico ou dinâmico.

ASPECTO FORMAL OU ESTÁTICO	ASPECTO MATERIAL	ASPECTO SOCIOLÓGICO OU DINÂMICO
Direito Penal é o conjunto de normas que qualifica certos comportamentos humanos como infrações penais, define os seus agentes e fixa sanções a serem aplicadas.	Direito Penal refere-se a comportamentos considerados altamente reprováveis ou danosos ao organismo social, atentando bens jurídicos indispensáveis a própria preservação e progresso da sociedade	Direito Penal é mais um (atuam vários ramos do direito) instrumento de controle social, visando assegurar a necessária disciplina para a harmônica convivência dos membros da sociedade.

Salienta-se que a manutenção da paz social demanda a existência de normas destinadas a estabelecer diretrizes. Quando violadas as regras de conduta, surge para o Estado o dever de aplicar sanções (civis ou penais).

A norma penal diferencia-se das demais em razão da sua consequência jurídica.

2. POSIÇÃO NA TEORIA GERAL DO DIREITO

O Direito Penal é um ramo do direito público, suas normas são indisponíveis, impostas e dirigidas a todas as pessoas. Ademais, o Estado é o titular exclusivo do direito de punir. Por isso, figura como sujeito passivo em qualquer infração penal, seja crime ou contravenção penal.

Obs.: No Direito Penal, o sujeito passivo pode ser dividido em: a) Sujeito Passivo Imediato ou Direito: é aquele diretamente prejudicado pela conduta criminosa. Será o titular do bem jurídico protegido. Por exemplo, mataram João. João será o sujeito passivo imediato, pois sua vida (bem jurídico) foi ceifada. b) Sujeito Passivo Mediato ou Indireto: é sempre o Estado, pois é o responsável pela segurança pública, pela ordem social.

Assim, pode-se afirmar que o Estado será, no mínimo, sempre, sujeito passivo indireto ou mediato de qualquer espécie de infração penal.

Nos crimes conta a Administração Pública, por exemplo, o Estado será tanto sujeito passivo imediato quanto sujeito passivo mediato.

3. NOMENCLATURA: DIREITO PENAL *versus* DIREITO CRIMINAL

A expressão “direito criminal” é mais abrangente, pois coloca em destaque o crime. Por outro lado, a expressão “direito penal” enfatiza a consequência do crime: a pena**.**

No passado, por volta de 1.830, havia o Código Criminal do Império, destacando-se o direito criminal. Atualmente, o correto é falar-se em direito penal, tendo em vista que a nossa codificação é o Código Penal, Decreto-Lei 2.848/1940, recepcionado pela CF/88 como lei ordinária. Além disso, a CF, no art. 22, I, prevê a competência da União para legislar sobre direito penal.

4. CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL

O grande penalista Edgar Magalhães Noronha, referência em Direito Penal, afirma que: *“o Direito Penal é uma ciência cultural, normativa, valorativa e finalista”*.

4.1. CIÊNCIA CULTURAL

O Direito Penal é considerado ciência, pois está sistematizado em um conjunto de normas jurídicas, formando a dogmática penal. Integra a ciência do “deve ser”, ou seja, a forma como a pessoa deve comportar-se, a forma como deve ser punida.

4.2. CIÊNCIA NORMATIVA

É uma ciência normativa, tendo em vista que seu objeto de estudo é a norma, possuindo regras e princípios como suas espécies.

4.3. CIÊNCIA VALORATIVA

É ciência valorativa, eis que possui sua própria escala de valores na apreciação dos fatos que lhe são submetidos.

4.4. CIÊNCIA FINALISTA

Não se confunde com finalismo penal do sistema clássico.

É considerado uma ciência finalista porque possui uma finalidade prática e não, meramente, acadêmica.

A finalidade do Direito Penal, na visão de Claus Roxin, é a proteção de bens jurídicos.

.

O Direito Penal é constitutivo ou sancionador? R: Para Zaffaroni, "*o direito penal é predominantemente sancionador e excepcionalmente constitutivo*". Isto ocorre porque o DP não cria bens jurídicos novos, mas sim reforça (sanciona) a proteção conferida aos bens jurídicos criados por outros ramos do direito. Por exemplo, o Direito Civil criou a posse, a propriedade, como sua proteção nem sempre é efetiva, o Direito Penal é utilização para sancionar determinadas condutas que ofendam tais bens jurídicos, como o furto. Há casos em que o Direito Penal, de forma excepcional, cria institutos jurídicos, que não existem nos demais ramos do direito, a exemplo do sursis.

5. FUNÇÕES DO DIREITO PENAL

É tema de grande incidência em concursos públicos. Discute-se o papel do Direito Penal, ou seja, a sua utilidade.

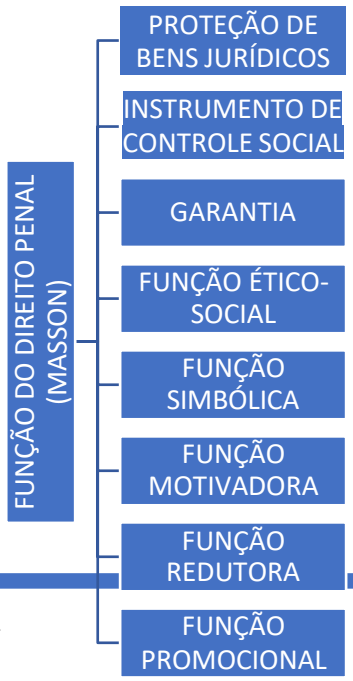
Importante consignar que doutrina moderna, de acordo com Rogério Sanches, entende que o Direito Penal possui uma função mediata e uma função imediata.

FUNÇÃO MEDIATA	FUNÇÃO IMEDIATA
Controle social	1ªC: Proteção de bens jurídicos indispensáveis à convivência dos homens, valendo-se das medidas de políticas criminais (funcionalismo teleológico de Roxin)
Limitação ao Poder de Punir do Estado	2ªC: Assegurar o ordenamento jurídico, ou seja, a vigência da norma (funcionalismo sistêmico de Jakobs)

Segundo Cleber Masson, o Direito Penal possui as seguintes funções (analisaremos cada uma delas):

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.



5.1. PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS

A função mais importante do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos (valores ou interesses relevantes para a manutenção e desenvolvimento do indivíduo e da sociedade), considera-se a função por excelência do Direito Penal.

O grande expoente desta função é Claus Roxin (funcionalismo teleológico).

Ressalta-se que não é qualquer bem jurídico que merece a proteção do direito penal, protege-se apenas os mais relevantes, tanto para o indivíduo quanto para a sociedade.

O legislador penal realiza uma tarefa seletiva, ou seja, faz um juízo de valor positivo ao criar um crime ou cominar uma pena.

5.2. INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL

Significa que o Direito Penal deve colaborar na preservação da paz pública. Ou seja, na ordem que deve existir na coletividade.

Direito penal dirige-se a todas as pessoas, apesar de apenas uma minoria praticar infração penal.

5.3. GARANTIA

Franz Von Liszt, grande penalista alemão, afirma que o Código Penal é a magna carta do delinquente. Antes de punir, o CP serve para proteger contra o arbítrio do Estado, seria um escudo do ser humano.



Manifesta-se no princípio da reserva legal, segundo o qual a punição exige conduta prevista em lei.

5.4. FUNÇÃO ÉTICO-SOCIAL DO DIREITO PENAL

Chamada também de função criadora dos costumes ou configuradora dos costumes.

Origina-se na estreita relação entre Direito Penal e os valores éticos reinantes na sociedade. Busca o efeito moralizador, ou seja, utiliza-se o Direito Penal para assegurar o **mínimo ético** (Georg Jellinek) que deve existir em toda e qualquer sociedade.

Os crimes ambientais são exemplos da função ético-social do Direito Penal, pois ao criar crimes reforça a ideia de preservação ambiental.

Há sérias críticas a esta função, pois confere ao Direito Penal um papel educativo, quando, em verdade, o seu papel é proteger bens jurídicos relevantes.

5.5. FUNÇÃO SIMBÓLICA

A função simbólica existe em todos os ramos do direito, mas é muito mais acentuada nas leis penais. Significa a não produção de efeitos externos, de efeitos concretos. A função simbólica possui apenas efeitos internos, ou seja, na mente tanto dos governantes quanto dos governados.

O professor cita, como exemplo, a lei dos crimes hediondos. Por volta da década de 90, houve uma onda de extorsão mediante sequestro, com a finalidade de financiar organizações criminosas (PCC, Comando Vermelho). Com o sequestro de Abílio Diniz, criou-se a lei dos crimes hediondos, função simbólica para os governantes (mostrar a preocupação) e para os governados (acreditam que o parlamento está fazendo algo).

A função simbólica está ligada ao Direito Penal do terror, do medo, manifesta-se na chamada hipertrofia do Direito Penal, que visa a intimidação das pessoas, dando uma falsa sensação de segurança aos "cidadãos de bem", mostrando a eficiência dos governantes (capitação de votos).

O que se entende por "inflação legislativa"? R: Está ligada ao Direito Penal do Terror, é um Direito Penal de emergência. À medida que surgem novos problemas na sociedade, criam-se crimes novos e cominam-se novas penas, dando a falsa ideia de segurança.

A curto prazo, a função simbólica, serve para fazer propaganda de campanhas governamentais. No médio e longo prazo, leva ao descrédito, a banalização do Direito Penal, tendo em vista que se torna inútil, não diminui a prática dos tipos incriminadores.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

5.6. FUNÇÃO MOTIVADORA

A ameaça de sanção penal (pena ou medida de segurança) motiva as pessoas a respeitarem o Direito Penal, não violando as suas leis.

Por exemplo, art. 121 do CP: "*Não mate, pois você terá uma pena aplicada*".

5.7. FUNÇÃO DE REDUÇÃO DA VIOLÊNCIA ESTATAL

É proposta por Silva Sanchéz, penalista espanhol, criador da Teoria das Velocidades do Direito Penal, segundo o qual a imposição de uma sanção penal, embora legítima, representa uma violência do Estado contra o cidadão e contra a sociedade.

Assim, o DP deve ser cada vez mais um DP de intervenção mínima, reservado apenas para os casos estritamente necessários. Isto é, não há outra forma de solucionar o problema, os outros ramos do direito falharam.

5.8. FUNÇÃO PROMOCIONAL

Significa reconhecer o DP como instrumento de transformação social. Irá colaborar com a evolução da sociedade, sendo uma ferramenta à construção de uma sociedade melhor.

Por exemplo, prisão de políticos, de agentes públicos corruptos. Mostra-se aos cidadãos

que delinquir tem consequência, até mesmo para os ocupantes de altos cargos.

6. A CIÊNCIA DO DIREITO PENAL

O concurso do TJ/MG utilizou a expressão “enciclopédia das ciências penais” (José Cereze Mir) que nada mais é do que as ciências que estudam o crime/contravenção penal, o criminoso, a sanção penal (pena e medida de segurança) e a vítima (visão moderna).

6.1. DOGMÁTICA PENAL

É a interpretação, a sistematização e a aplicação lógico-racional (razão e não emoção) do Direito Penal, visa “desvendar” os sentidos das normas penais.

Não confundir dogmática (lado científico do Direito Penal) com dogmatismo, que é a aceitação cega e sem críticas de uma verdade tida como absoluta e imutável. O dogmatismo deve ser desprezado, eliminado, pois é incompatível com a ideia de ciência (admite flexibilização).

Cuidado em provas discursivas e orais, independente da carreira, não utilize dogmas. Não é porque você está realizando uma prova para promotor de justiça ou para delegado que deve buscar a condenação a todo e qualquer custo ou o indiciamento. Igualmente, não é porque você está prestando concurso para Defensoria Pública que a absolvição deve ser sua tese, ou que o Direito Penal deve ser abolido.

6.2. POLÍTICA CRIMINAL

Significa o caminho, a direção que o DP irá seguir. É a política criminal que determina quais leis irão “pegar” (acolhida pela sociedade) ou “não pegar”.

Segundo Cleber Masson, a melhor palavra para designar política criminal é “filtro”. Filtro entre a letra fria da lei e a realidade social, aos interesses da coletividade. Em outras palavras, a política criminal permite adaptar uma lei feita no século passado aos dias atuais.

Nosso CP é de 1940, foi adaptado de acordo com os valores, os anseios da nossa sociedade, a fim de ser aplicado atualmente.

Atenção! Nem sempre as decisões do STF são decisões de política criminal, pois contrariam os interesses de toda a sociedade.

6.3. CRIMINOLOGIA

A criminologia é uma ciência auxiliar do Direito Penal.

O criminalista uruguaio Antônio Garcia-Pablos de Molina afirma que a criminologia é uma ciência empírica (estuda o que “É”, não o que “DEVE-SER”) e interdisciplinar (leva em conta fatores políticos, sociais, econômicos, religiosos etc.).

Qual a diferença entre Direito Penal, Política Criminal e Criminologia?

DIREITO PENAL	POLÍTICA CRIMINAL	CRIMINOLOGIA

O crime enquanto norma.	O crime enquanto valor	O crime enquanto fato. É uma ciência que visa auxiliar o Direito Penal.
Preocupa-se com as consequências jurídicas da infração penal. O que DEVE-SER. Ex.: fixação da pena, regime de cumprimento de pena.	Preocupa-se com as estratégias e meios de controle social da criminalidade. Ex: Estuda como diminuir a violência.	Preocupa-se com as causas das infrações penais, com os fatores que levaram o agente a praticar o crime ou contravenção penal. O que É. Ex.: personalidade do agente, condições familiares, condições sociais.

Cesare Lombroso, em sua obra “O Homem Delinquente”, defendia que o criminoso poderia ser identificado por suas características físicas. Contudo, a primeira obra que tratou de criminologia, também de autoria de Lombroso, foi “O Cretinismo na Lombardia”.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

Segundo Rogério Sanches, “*a Criminologia não se preocupa com o conteúdo normativo a ser aplicado ao delinquente, mas estuda o delinquente como ser, assim como a vítima e o controle social. Analisa os fatos praticados e suas consequências no sentido da busca de entendê-los como fatores formadores do complexo criminal; não se atém à imputação da pena e à situação derivada desta imputação. A norma merece desenvolvimento científico à parte. Aliás, dela (norma penal) se ocupam o Direito Penal e a Política Criminal, em âmbitos diferenciados e estranhos ao mundo dos fatos da Criminologia*.”

6.4. VITIMOLOGIA

Diz respeito ao papel da vítima no Direito Penal. O Código Penal ainda é tímido em relação à preocupação com a vítima, seu maior foco é o criminoso, inclusive, no art. 59 do CP, uma das circunstâncias judiciais que irá orientar o juiz na aplicação da pena é a contribuição da vítima.

> *Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como* ***ao comportamento da vítima****, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:*

Ao longo dos anos, o ordenamento jurídico passou a dar uma maior proteção à vítima. Cita-se, como exemplo:

- Acordo de persecução penal que pressupõe, para sua concretização, a reparação do dano à vítima (art. 28-A do CPP);

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
I - Reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

- Comunicação da vítima no caso de arquivamento do inquérito policial. A Lei 13.934/2019, conhecida como Pacote Anticrime, alterou o art. 28 do CPP determinando que o Ministério Público deverá comunicar à vítima quando optar pelo arquivamento do inquérito policial, caso discorde poderá, no prazo de 30 dias, submeter a matéria à revisão de instância competente do órgão ministerial.



CPP Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)
§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do

.

recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

- Intimação da vítima quando o acordo de persecução penal for homologado e caso seja descumprido;

CPP Art. 28-A, § 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Destaca-se que a reparação do dano à vítima é considerada a 3ª Via do Direito Penal. Nestes casos, o Estado renuncia ao seu direito-poder-dever de punir em troca da reparação do dano causado à vítima, a exemplo da composição dos danos civis, prevista na Lei 9.099 (art. 74, parágrafo único).

A composição dos danos civis, aceita pela vítima e homologada pelo juiz, acarreta renúncia ao direito de queixa e, consequentemente, leva a extinção da punibilidade.

Obs.: A divisão do Direito Penal em vias é uma criação de Claus Roxin. 1ª VIA do DP = é a pena, qualquer que seja (privativa de liberdade, restritiva de direitos, multa), para os imputáveis e os semi-imputáveis sem periculosidade. 2ª VIA do DP = é a medida de segurança, aplicável aos inimputáveis e aos semi-imputáveis dotados de periculosidade

7. DIVISÕES DO DIREITO PENAL

7.1. DIREITO PENAL FUNDAMENTAL (PRIMÁRIO) *VERSUS* DIREITO PENAL COMPLEMENTAR (SECUNDÁRIO)

DIREITO PENAL FUNDAMENTAL OU PRIMÁRIO	DIREITO PENAL COMPLEMENTAR OU SECUNDÁRIO
É o Código Penal, porque nele se encontram as regras básicas/gerais de direito penal. É, basicamente, a parte geral do CP. Contudo, algumas normas da parte especial estão incluídas, a exemplo do conceito de funcionário público	São as leis penais especiais, a exemplo da lei de drogas, lei de lavagem de capitais

7.2. DIREITO PENAL COMUM *VERSUS* DIREITO PENAL ESPECIAL

DIREITO PENAL COMUM	DIREITO PENAL ESPECIAL
É aquele aplicável a todas as pessoas indistintamente, por exemplo o CP, a lei de drogas, o CTB.	É aquele aplicável somente a determinadas pessoas, que devem preencher as condições exigidas em lei específica. Como exemplo, citam-se: Código Penal Militar – aplicável apenas aos militares e nos casos ali indicados; Decreto-Lei 201/97 – aplicável apenas aos prefeitos

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

7.3. DIREITO PENAL GERAL *VERSUS* DIREITO PENAL LOCAL

DIREITO PENAL GERAL	DIREITO PENAL LOCAL
É aquele produzido pela União, com incidência em todo o território nacional. Está previsto no art. 22, I, da CF que prevê competência privativa da União para legislar sobre DP.	É aquele produzido por um Estado-Membro, aplicável, exclusivamente, no território do Estado que o produziu. Está previsto no art. 22, parágrafo único da CF.

7.4. DIREITO PENAL OBJETIVO *VERSUS* DIREITO PENAL SUBJETIVO

DIREITO PENAL OBJETIVO	DIREITO PENAL SUBJETIVO
	É o direito de punir, exclusivo do Estado. Poderá ser:

É o conjunto de leis penais em vigor, como o Código Penal, como a legislação extravagante e, demais leis, mesmo que o conteúdo não seja exclusivo de DP (Lei de Improbidade Administrativa).	POSITIVO – capacidade de criar e executar normas; NEGATIVO – poder de derrogar preceitos penais ou restringir o seu alcance. Cabe ao STF, em regra, no controle concentrado de constitucionalidade.

Obs.: o direito de punir deve ser encarado sob uma tripla ótica: DIREITO, PODER e DEVER do Estado.

Salienta-se o poder de punir do Estado não é absoluto, incondicionado ou ilimitado. Deverá respeitar certos limites:

- Quanto ao modo – o direito de punir deve respeitar direitos e garantias fundamentais.

Segundo Rogério Sanches, "como bem explica Canotilho, mesmo nos casos em que o legislador se encontre constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, permanecerá vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias do homem e do cidadão"

- Quanto ao espaço – em regra, a lei penal aplica-se aos fatos ocorridos no território nacional, nos termos do art. 5º do CP.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

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

- Quanto ao tempo – o direito de punir não é eterno. A prescrição aparece como limite temporal ao direito de punir.

Salienta-se que o direito de punir é um monopólio do Estado, ficando proibida a justiça privada (crime de exercício arbitrário das próprias razões). Contudo, tolera-se aplicação de sanções penais por grupos tribais contra seus membros (art. 57 do Estatuto do Índio).

Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

Por fim, importante consignar que o Tribunal Penal Internacional não configura exceção ao monopólio do Estado. Será chamado a intervir apenas quando a justiça repressiva interna falhar, em razão do princípio da complementariedade.

Estatuto de Roma - Artigo 1º - O Tribunal - É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional ("o Tribunal"). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto

7.5. DIREITO PENAL MATERIAL *VERSUS* DIREITO PENAL FORMAL

DIREITO PENAL MATERIAL OU SUBSTANTIVO	DIREITO PENAL FORMAL OU ADJETIVO
É o direito penal propriamente dito, conjunto de leis penais em vigor.	Compreende as leis processuais penais, é o Direito Processual Penal.
Define crime e comina pena.	Define o procedimento.

Não possui utilidade, uma vez que o Direito Processual Penal é autônomo.

7.6. DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA *VERSUS* DIREITO PENAL PROMOCIONAL OU POLÍTICO OU DEMAGOGO

DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA	DIREITO PENAL PROMOCIONAL OU POLÍTICO OU DEMAGOGO
Atendendo as demandas de criminalização, o Estado cria normas de repressão ignorando	O Estado, visando a consecução dos seus objetivos políticos, emprega leis penais

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

garantias dos cidadãos	desconsiderando o princípio da intervenção mínima.
Finalidade: devolver o sentimento de tranquilidade para a sociedade.	Finalidade: usar o Direito Penal para transformação social.
Exemplo: Lei dos Crimes Hediondos	Exemplo: Estado criando contravenção penal de mendicância (revogada) para acabar com os mendigos ao invés de melhorar políticas públicas.

7.7. DIREITO PENAL SUBTERRÂNEO, DIREITO PENAL PARALELO E CIFRA DO DIREITO PENAL

De acordo com Zaffaroni, sistema penal é o conjunto das agências que operam a criminalização. A criminalização primária é a elaboração das leis penais, ao passo que a fiscalização e a execução das punições devem ser cumpridas pelas agências de criminalização secundária (Polícia, Ministério Público, Judiciário e agentes penitenciários).

Como o sistema penal formal do Estado não exerce todo o poder punitivo, outras agências acabam se apropriando desse espaço e passam a exercê-lo paralelamente ao estado (sistemas penais paralelos).

Portanto, o direito penal subterrâneo consiste no exercício desmedido do direito de punir pelas próprias agências estatais responsáveis pela execução do controle, à margem da lei e de maneira violenta e arbitrária. São exemplos desse Estado paralelo a institucionalização da pena

de morte, os desaparecimentos, a tortura, os sequestros, entre outros delitos.

A seu turno, o direito penal paralelo é aquele exercido por órgãos que não fazem parte da estrutura estatal oficial, mas que exercem o poder punitivo com a mesma impetuosidade e arbitrariedade, formando os chamados “sistemas penais paralelos”. A exemplo do banimento de atletas pelas federações esportivas em caso de “doping”, das sanções administrativas que inviabilizam empreendimentos comerciais, entre outras.

Nesse caso, a principal diferença entre o sistema penal subterrâneo e o paralelo é que um integra a estrutura penal formal, enquanto o outro não. Como as agências de criminalização não possuem estrutura para realizar o programa de repressão penal em sua totalidade (criminalização secundária), acabam realizando apenas uma pequena parcela, por conta dessa patente falibilidade, surgem as cifras do direito penal.

A chamada cifra oculta ou negra da criminalidade representa a diferença dos crimes efetivamente ocorridos com a parcela que chega ao conhecimento das instâncias penais ou que são efetivamente punidos.

Nesse sentido, a cifra negra ou oculta consiste em gênero, do qual as demais “cifras penais” constituem espécie. Nesse contexto, a cifra rosa relaciona-se aos crimes de homofobia, a

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

cifra dourada, à criminalidade econômica (crimes de colarinho branco, crimes contra a ordem tributária, crimes contra a economia popular) e a cifra verde, aos crimes cometidos contra o meio ambiente.

7.8. LIQUEFAÇÃO/ESPIRITUALIZAÇÃO/MATERIALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

A tipificação de crimes sempre esteve relacionada à proteção de bens jurídicos inerentes ao indivíduo, sejam estes bens lesionados (crimes de dano) ou expostos a efetivo perigo (crimes de perigo concreto). Havia, portanto, uma materialização dos bens jurídicos. Contudo, as transformações sociais, econômicas e tecnológicas vivenciadas pelo mundo nas últimas décadas vêm influenciando o sistema penal, especialmente nos tempos atuais de uma sociedade de risco.

Com efeito, Ulrich Beck destaca que a sociedade atual se caracteriza pela existência marcante desses riscos. Tais perigos não são naturais, mas sim artificiais, no sentido de que são produzidos pela atividade do homem e vinculados a uma decisão dele. Com o passar dos tempos, percebeu-se que a proteção penal, que aguardava o dano para depois punir, era insuficiente. A concentração da programação punitiva em novas áreas proporcionou a chamada expansão do direito penal, caracterizada pela ampliação do âmbito de incidência de leis com conteúdo punitivo ou endurecimento das já existentes. Exemplos: criminalidade informática, criminalidade econômica/tributária, criminalidade ambiental e crime organizado. Dessa forma, a proteção penal passou a abranger bens jurídicos supraindividuais/coletivos.

O problema é que essa expansão inadequada e ineficaz da tutela penal passa a abranger bens jurídicos de modo vago e impreciso, ensejando a denominada desmaterialização (espiritualização, dinamização ou liquefação) do bem jurídico, em virtude de estarem sendo criados sem qualquer substrato material, distanciados da lesão perceptível dos interesses dos indivíduos. Como consequências desse fenômeno, podemos citar os crimes de perigo abstrato e o direito penal preventivo.

Em relação ao princípio da lesividade, argumenta-se que, como os novos tipos penais

tutelam objetos que se caracterizam pelas grandes dimensões, resta difícil imaginar que a conduta de apenas uma pessoa possa lesá-lo de forma efetiva ou mesmo causar um perigo concreto, de sorte que a lesividade só existe por uma ficção.

Mesmo no caso de se vislumbrar uma possível lesão na soma de ações individuais reiteradas e no acúmulo dos resultados de todas (delitos de acumulação), seria inadmissível a punição individual, pois o fato isolado não apresenta lesividade. Exemplo (delito cumulativo): uma pessoa que pesca sem autorização legal um determinado peixe não lesa expressivamente o bem jurídico (meio ambiente), mas a soma de várias pessoas pescando poderá causar lesão. Por isso que se pune uma conduta isolada, mesmo que sem lesividade aparente.

Assim, se não há lesividade, o que se punirá é o desrespeito ou desobediência a uma norma, ou seja, uma simples infração do dever (o que se denomina de crimes de transgressão), de sorte que esses fatos devem ser tratados por outros modos de controle social, como o Direito Administrativo. Caso contrário, estaremos diante de uma administrativização do Direito Penal. Sob outro enfoque, com a punição da mera desobediência à norma, sem qualquer lesão perceptível a bem jurídico, o Direito Penal do risco seria contrário à proteção subsidiária dos bens jurídicos

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

(última ratio), convertendo-se em um Direito Penal de primeira ratio, a fim de defender as funções estatais.

8. FONTES DO DIREITO PENAL

As fontes do DP referem-se a sua criação e, posteriormente, a sua manifestação (aplicação prática).

Vejamos a sua divisão.

8.1. FONTES MATERIAIS, SUBSTANCIAIS OU DE PRODUÇÃO

Referem-se à criação do direito penal.

Em regra, a fonte de produção do DP é a União, nos termos do art. 22, I, da CF. Foi a União quem criou o Código Penal, a Lei de Drogas, a Lei Maria da Penha etc.

> *Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*
> *I - Direito civil, comercial, **penal**, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;*

Excepcionalmente, conforme o art. 22, parágrafo único da CF, os Estados podem legislar sobre DP, desde que cumpridos os seguintes requisitos:

a) Deve-se tratar de matéria de interesse específico do Estado;
b) É necessária a autorização da União por lei complementar.

> *Art. 22, Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.*

Por exemplo, determinado Estado solicita autorização para União a fim de legislar sobre um crime contra a fauna de um animal específico de seu território.

8.2. FONTES FORMAIS, COGNITIVAS OU DE CONHECIMENTO

Referem-se à aplicação prática do Direito Penal, ao modo pelo qual o DP irá ser exteriorizado.

Antes de analisarmos cada uma das fontes formais do Direito Penal, pertinente observar a divisão feita pelo Professor Rogério Sanches.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

	FONTE FORMAL (DOUTRINA CLÁSSICA)	FONTE FORMAL (DOUTRINA MODERNA)
IMEDIATA	Lei	Lei (única capaz de criar crime e cominar pena) Constituição Federal Tratados Internacionais de DH Jurisprudência Princípios Atos Administrativos
MEDIATA	Costumes Princípios gerais do direito	Doutrina

Dividem-se em:

8.2.1. <u>Imediata</u>

É a Lei em sentido formal e em sentido material.

Desdobramento do princípio da reserva legal que prevê a criação de crime e cominação de penas como um monopólio da lei. Trata-se de lei ordinária.

> ***# Lei Complementar pode criar infração penal? Pode cominar sanção penal?*** Em regra, pode. Mas, segundo Cleber Masson, não deve, pois, a CF prevê os casos em que será necessário lei complementar e, dentre eles, não se encontra a criação de infração penal e nem de sanções. Havendo LC que crie crime ou comine pena, será recebida como lei ordinária. Entendimento pacífico do STF.

Destaca-se que a lei penal é a única fonte formal incriminadora, tendo as seguintes características:

a) Exclusividade – somente lei define crimes e comina penas;

b) Imperatividade – será imposta a todos, independente da vontade de cada um;

c) Generalidade – todos devem acatamento à lei penal, inclusive os inimputáveis.

d) Impessoalidade – dirige-se abstratamente a fatos futuros e não a pessoas.

8.2.2. Mediata ou secundária

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

São as fontes que não criam infrações penais e nem cominam sanções, mas são usadas para auxiliar a aplicação prática do DP.

a) Constituição Federal

Apesar de não criar crimes e nem cominar penas, a CF possui inúmeros dispositivos que tratam de direito penal (princípios, limites ao poder punitivo do estado, mandamentos de criminalização). É o que o STF chama de CONSTITUIÇÃO PENAL.

Para Rogério e a doutrina contemporânea, é fonte imediata, pois revela Direito Penal, embora não crie e nem comine penas.

Obs.: Se a Constituição Federal é superior à lei, por que não pode criar crimes ou cominar sanções? Não pode em razão de seu processo moroso de alteração, incompatível com a dinâmica do Direito Penal.

b) Princípios gerais do direito

São fontes secundárias do DP.

Já a doutrina moderna entende que se trata de uma fonte formal imediata, a exemplo do da aplicação do princípio da insignificância que é causa de exclusão de atipicidade.

Ver-se-á mais adiante.

c) Atos administrativos

São complementos de normas penais em branco, não criarão crimes e nem cominarão penas.

Será uma fonte formal imediata para a doutrina moderna.

d) Costumes

Costume é a repetição de um comportamento em face da crença na sua obrigatoriedade. Por isso, afirma-se que o costume possui um elemento objetivo (repetição de um comportamento) e um elemento subjetivo (crença na obrigatoriedade). O elemento objetivo é o que diferencia costume de hábito, que se esgota na repetição de um comportamento, não há convicção de que é obrigatório.

Costume não cria crime, não comina pena, só a Lei (veda-se o costume incriminador).

Espécies de costumes:

- Costume *secundom legem* ou costume interpretativo: é aquele que auxilia o intérprete a entender o conteúdo do DP. Por exemplo, ato obsceno (art. 233 do CP), uma mulher que pratica topless, em uma praia, não pratica crime. Diferente seria a prática de topless em uma igreja

- Costume *contra legem* ou costume negativo: é chamado de DESUETUDO. É aquele que contraria uma lei, mas não a revoga.
  Obs.: Lei só pode ser revogada por lei.



  Ex.: Contravenção penal do jogo do bicho.
- Costume *praeter legem* ou costume integrativo: é aquele usado na lacuna da lei, ou seja, aquele que vai suprir uma brecha da lei. Só pode ser usado no campo das normas penais não incriminadoras, apenas para favorecer o agente admite-se a sua utilização.
  Ex.: circuncisão em meninos, em determinadas religiões.

Costume revoga lei? Por exemplo, o jogo de bicho, prática comum em nossa sociedade, foi revogado pelos costumes?

Crítica: um jogo de azar não é um comportamento uniforme e constante pela convicção de sua obrigatoriedade e necessidade jurídica.

1ª corrente: admite-se o costume abolicionista aplicado nos casos em que a infração penal não mais contraria o interesse social, o fato deixa de ter interesse pela sociedade. Princípio da adequação social (Teoria social da Ação, Schimtd).

Princípio da adequação social: O princípio da adequação social, desenvolvido por Hanz Welzel, afasta a tipicidade dos comportamentos que são aceitos e considerados adequados ao convívio social. De acordo com o referido princípio, os costumes aceitos por toda a sociedade afastam a tipicidade material de determinados fatos que, embora possam se subsumir a algum tipo penal, não caracterizam crime justamente por estarem de acordo com a ordem social em um determinado momento histórico. A adequação social é um princípio dirigido tanto ao legislador quanto ao intérprete da norma. Quanto ao legislador, este princípio serve como norte para que as leis a serem editadas não punam como crime condutas que estão de acordo com os valores atuais da sociedade. Quanto ao intérprete, este princípio tem a função de restringir a interpretação do tipo penal para excluir condutas consideradas socialmente adequadas. Com isso, impede-se que a interpretação literal de determinados tipos penais conduza a punições de situações que a sociedade não mais recrimina. Vale ressaltar, no entanto, que o princípio da adequação social não pode ser utilizado pelo intérprete para "revogar" (ignorar) a existência de tipos penais incriminadores. Ex: a contravenção do jogo do bicho talvez seja tolerada pela maioria da população, mas nem por isso deixa de ser infração penal. Isso porque a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue (art. 2º da LINDB).

O ato de vender ou expor à venda CDs e DVDs falsificados é conduta formal e materialmente típica, estando prevista no art. 184, § 2º, do Código Penal. Assim, não se pode alegar que tal conduta deixou de ser crime por conta do princípio da adequação social. Para esta corrente, a contravenção penal do jogo do bicho foi formal e materialmente revogada.

2ª corrente: NÃO existe costume abolicionista, mas, quando o fato não é mais indesejado pelo meio social, a lei deixa de ser aplicada, abole-se sua aplicação, a lei será revogada pelo Congresso (LFG).

Para esta corrente, o jogo do bicho permanece contravenção, mas sem aplicação prática. Houve uma revogação material, mantendo-se a forma.

3ª corrente: NÃO existe costume abolicionista, enquanto não revogada por outra lei, a norma

tem plena eficácia – baseada na LINDB, uma lei só é revogada por outra lei. (PREVALECE – majoritária, todavia não é unânime).

Para que serve então o costume? Importante na INTERPRETAÇÃO – costume interpretativo, serve para aclarar o significado de uma palavra ou expressão.

Exemplo: art. 155, §1º do CP: "durante o repouso noturno". Dependerá do costume local, da comunidade. Não há dúvida que o repouso em uma cidade do interior difere do repouso em uma capital.

A doutrina moderna classifica os costumes como fonte informal do Direito Penal.

e) Tratados internacionais

Em princípio, não são considerados fontes de DP. Apenas, após a sua incorporação (art. 5º, §3º da CF), serão considerados como uma fonte formal mediata de direito penal.

> ***CF Art. 5º*** *§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.*

Salienta-se que, para a doutrina moderna, é uma fonte formal imediata.

Obs.: Flávia Piovesan, em posicionamento minoritário, entende que os tratados, versando sobre direitos humanos (e somente eles), uma vez subscritos pelo Brasil, se incorporam automaticamente e possuem (sempre) caráter constitucional, a teor do disposto nos §§ 1º e 2º, do art. 5º, da CF.



f) Jurisprudência

Em regra, não é fonte de direito penal, eis que não possui força obrigatória. Salvo nos casos do art. 927 do CPC, são eles:

.

- Decisões em controle concentrado;
- Enunciados de Súmulas Vinculantes;
- Demandas repetitivas;
- Demandas com repercussão geral.

Perceba que com isso haverá segurança jurídica, isonomia, unidade, coerência sistêmica e confiança no Poder Judiciário.

Novamente, a doutrina moderna entende que se trata de uma fonte formal imediata, a exemplo do entendimento sobre “condições de tempo” prevista no art. 71 do CP.

g) Doutrina

Em relação à doutrina, não se considera fonte de DP, pois não possui força de obrigatoriedade. Obviamente, doutrinas renomadas podem ser consideras como fonte.

Deve-se adotar sempre a ponderação.

Por fim, a doutrina moderna considera a única fonte formal mediata.

9. INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL

9.1. INTRODUÇÃO

Interpretação é a atividade mental que busca identificar o conteúdo da lei. Ou seja, busca identificar o seu alcance e o seu resultado, definição dada por Carlos Maximiliano, em sua obra sobre hermenêutica e interpretação do direito.

Destaca-se que a interpretação SEMPRE deve buscar a *mens legis,* isto é, a vontade da lei, que não se confunde com a vontade do legislador (*mens legislatoris*).

Não confunda hermenêutica – ciência que estuda a interpretação das leis - com exegese, que é a atividade prática de interpretar determinada lei. Por fim, salienta-se que a interpretação é SEMPRE obrigatória, por mais clara, por mais simples que a lei seja.

9.2. ESPÉCIES DE INTERPRETAÇÃO

9.2.1. Quanto ao sujeito: autêntica, judicial ou doutrinária

Leva em conta o sujeito, ou seja, quem faz a interpretação. Pode ser:

a) Autêntica ou legislativa

É aquela realizada pelo legislador. Ocorre quando o legislador edita uma norma com a finalidade de esclarecer/explicar o significado de outra norma.

Como exemplo, cita-se o art. 327 do CP que traz o conceito de funcionário público.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

> *Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.*

Tem-se, aqui, a chamada norma interpretativa, que possui natureza cogente (aplicação obrigatória). Será retroativa, ainda que prejudique o réu.

Além disso, a norma interpretativa pode ser contextual ou posterior. Vejamos:

- Contextual: é quando a norma interpretativa é editada na própria lei penal que conceitua. Por exemplo, O CP fala do crime de peculato cometido por funcionário público e traz o conceito de funcionário público.
- Posterior: é criada depois da norma interpretada.

b) Doutrinária ou científica

É aquela realizada pelos estudiosos do Direito Penal, doutrinadores em geral.

Por exemplo, exposição de motivos do CP. Não integra a parte normativa da lei.

c) Judicial ou jurisprudencial

É aquela realiza pelos magistrados na decisão das causas que lhe são submetidas. Em regra, não possui força obrigatória, salvo nos seguintes casos:

- Decisão no caso concreto após o trânsito em julgado;
- Decisão do STF que cria uma súmula vinculante.
- Hipóteses do art. 927 do CPC

9.2.2. Quanto aos meios e métodos: gramatical e lógica

a) Interpretação gramatical/literal/sintática/filológica

Consiste em buscar o real significado das palavras. É uma interpretação pobre.

Por exemplo, art. 155 do CP que traz a conduta de subtrair coisa alheia móvel para si ou para outrem, pela interpretação literal temos:

- Subtrair = pegar
- Para si = para mim
- Para outrem = para terceiro
- Coisa alheia = algo que pertence a outra pessoa
- Móvel = pode se deslocar.

b) Teleológica

É aquela que busca a finalidade da lei. O intérprete deve-se valer de elementos históricos, do direito comparado, interpretando a norma em sua completude, de forma sistemática.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

É a interpretação sugerida pelo art. 5º da LINDB.

c) Histórica

Indaga a origem da lei. Por exemplo, em uma interpretação histórica interpretou-se que a Lei Maria da Penha não é compatível com os institutos despenalizadores.

d) Sistemática

A lei deve ser interpretada em conjunto com as leis em vigor e, ainda, com os princípios gerais do direito.

9.2.3. Quanto ao resultado: declaratória, extensiva ou restritiva

a) Declaratória/declarativa/estrita

É aquela em que há perfeita sintonia entre o texto da lei e a sua vontade. Ou seja, o que está escrito é o que realmente significa, não há nada a ser suprimido ou acrescentado.

b) Extensiva

É aquela que corrige a timidez da lei, tendo em vista que a lei disse menos do que queria, a exemplo do art. 159 do CP, que trata sobre extorsão mediante sequestro, mas não trata da extorsão mediante cárcere privado.

> # ***Cabe interpretação extensiva contra o réu?*** Não há consenso, vejamos as correntes acerca do tema:
>
> 1ªC (Nucci e Regis Prado): entendem que a interpretação extensiva pode tanto beneficiar quanto prejudicar o réu, já que não há nenhuma vedação na legislação.
>
> 2ªC (Jurisprudência): conforme leciona Rogério Sanches, em seu Manual de Direito Penal, "*socorrendo-se do princípio do in dubio pro reo, limita a sua aplicação às normas não incriminadoras. Entende-se que a função garantista do Direito Penal exige que se lhe conceda interpretação cada vez mais restrita, visão que se coaduna com o art. 22 do Estatuto de Roma*". Contudo, o STJ e o STF já admitiram interpretação extensiva contra o réu no caso do art. 41 da Lei Maria da Penha.
>
> 3ªC (Zaffaroni e Pierangeli): em regra, defendem não ser cabível. Contudo, excepcionalmente, nos casos em que a interpretação ocasionar um escândalo por sua notória irracionalidade, será possível a interpretação extensiva contra o réu. É o caso, por exemplo, da expressão "arma" contida no art. 158, §1º, do CP que deve ser interpretada como instrumento com ou sem finalidade bélica capaz de servir ao ataque, já que quando quis restringir o legislador o fez (art. 157 do CP).

CONCURSO DPE: a Defensoria Pública possui posicionamento contra a interpretação extensiva, pois considera uma analogia prejudicial ao réu.

c) Restritiva

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

É aquela que busca a diminuição do alcance da lei. Em outras palavras, a lei disse mais do que queria.

9.2.4. Interpretação progressiva, adaptativa ou evolutiva

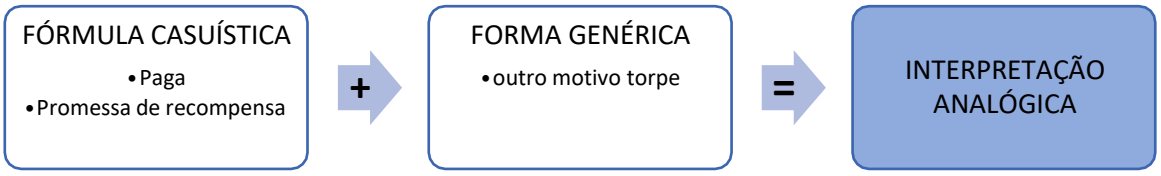
É aquela que busca adaptar o texto da lei à realidade atual. Evita constantes reformas legislativas, diante da evolução da sociedade.

Como exemplo, tem-se o ato obsceno, no passado, mostrar as pernas era considerado um

ato obsceno, punível pelo Direito Penal.

9.3. INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA OU *INTRA LEGEM*

Ocorre sempre que a norma penal é construída com uma fórmula casuística (fechada) seguida de uma forma genérica (aberta).



É utilizada pelo próprio legislador ao trazer uma fórmula fechada seguida de uma fórmula aberta, tendo em vista que é impossível prever todas as situações que surgem no caso concreto.

Ex.: embriaguez é causada pelo álcool, mas também por substâncias de efeitos análogos. Igualmente, o motivo torpe no caso de homicídio.

ATENÇÃO! A interpretação analógica não se confunde com analogia (forma de integração do DP). Na analogia *NÃO HÁ LEI* para caso concreto = regra de integração, não interpretação. Nesse caso, ao contrário dos anteriores, partimos do pressuposto de que não existe lei a ser aplicada no caso concreto, motivo pelo qual se socorre daquilo que o legislador previu para outro similar.

Qual a diferença entre interpretação extensiva, interpretação analógica e analogia?

Para melhor compreensão, copilamos o quadro produzido pelo Prof. Rogério Sanches em seu Manual de Direito Penal – Parte Geral, vejamos:

INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA	INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA	ANALOGIA
É forma de interpretação	É forma de interpretação	É forma de integração do direito.
Existe norma para o caso concreto.	Existe norma para o caso concreto.	Não existe norma para o caso concreto.
Amplia-se o alcance da palavra (não importa no surgimento de uma nova norma).	Utilizam-se exemplos seguidos de uma forma genérica para alcançar outras hipóteses.	Cria-se uma nova norma a partir de outra (analogia *legis*) ou do todo do ordenamento jurídico (analogia *iuris*)
Prevalece ser possível sua aplicação no Direito Penal *in bonam* ou *in malam partem*.	É possível sua aplicação no Direito Penal *in bonam* ou *in malam partem*.	É possível sua aplicação no Direito Penal somente *in bonam partem*.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Ex.: expressão "arma" na extorsão majorada pelo emprego de arma (art. 158, §1º, CP).	Ex.: Homicídio mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe (art. 121, §2º, I, III e IV do CP)	Ex.: isenção de pena, prevista nos crimes contra o patrimônio, para cônjuge e, analogicamente, para o companheiro (art. 181, I do CP).

9.4. INTERPRETAÇÃO *SUI GENERIS*

Subdivide-se em exofórica e endofórica.

a) Exofórica – o significado da norma interpretada não está no ordenamento normativo. Por exemplo, o "tipo" previsto no art. 20 do CP é definido pela doutrina e não pela lei.

b) Endofórica – o texto normativo interpretado empresta o sentido de outros textos do próprio ordenamento normativo. Por exemplo, normas penais em branco.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

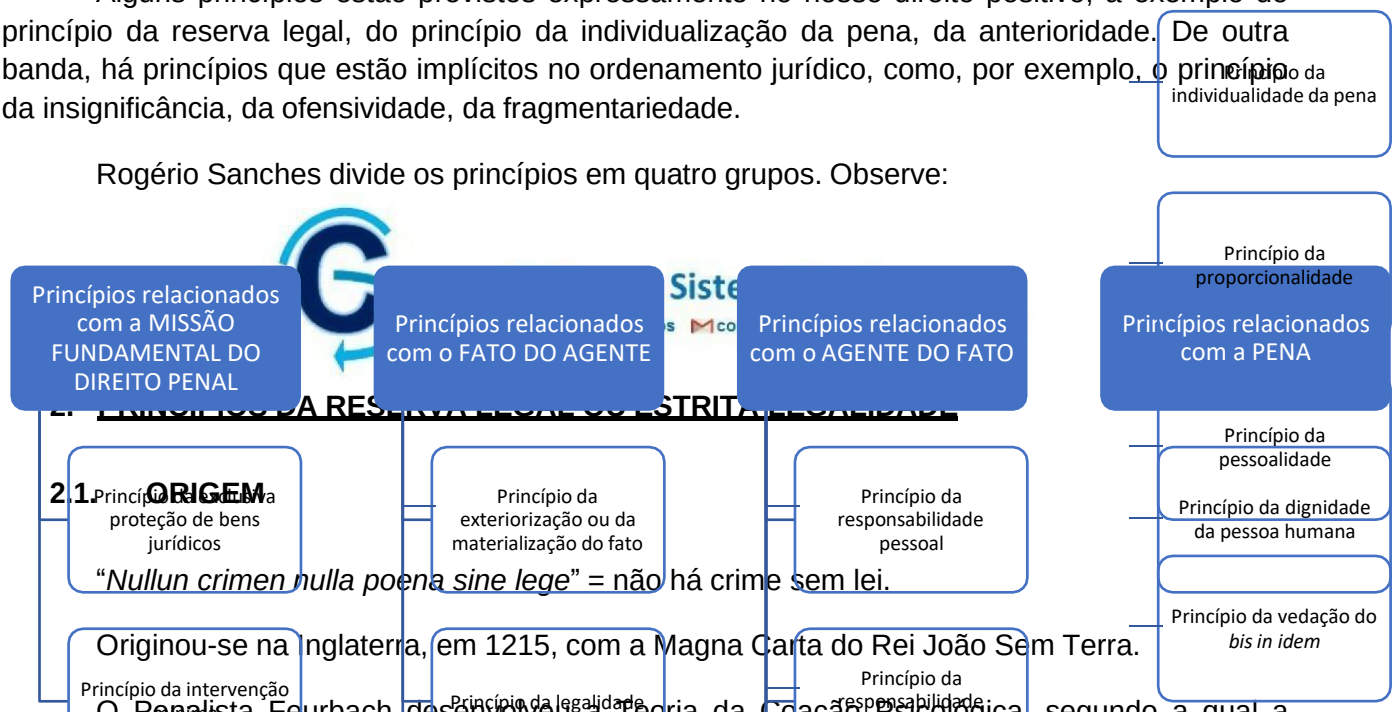
PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

1. INTRODUÇÃO

Princípios (espécie de norma jurídica) são valores fundamentais que inspiram a criação e a aplicação do Direito Penal, orientam tanto a atuação do legislador (na criação do Direito Penal) quanto a do operador do direito (na sua aplicação prática). Em outras palavras, visam limitar o poder punitivo do Estado, dando contornos de razoabilidade a sua atuação.

Alguns princípios estão previstos expressamente no nosso direito positivo, a exemplo do princípio da reserva legal, do princípio da individualização da pena, da anterioridade. De outra banda, há princípios que estão implícitos no ordenamento jurídico, como, por exemplo, o princípio da insignificância, da ofensividade, da fragmentariedade.

Rogério Sanches divide os princípios em quatro grupos. Observe:



2. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL OU ESTRITA LEGALIDADE

2.1. ORIGEM

"*Nullun crimen nulla poena sine lege*" = não há crime sem lei.

Originou-se na Inglaterra, em 1215, com a Magna Carta do Rei João Sem Terra.

O Penalista Feurbach desenvolveu a Teoria da Coação Psicológica, segundo a qual a intimidação de alguém pelo Estado, com ameaça de imposição de uma sanção, só pode ser feita mediante lei.

2.2. PREVISÃO NORMATIVA E CONCEITO

Encontra-se previsto no art. 1º do CP.

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

Questão de Prova: a revogação do art. 1º do CP irá acarretar a revogação do princípio da reserva legal? NÃO! O Princípio da Reserva Legal está previsto no art. 5º, XXXIX da CF, portanto, além de ser uma norma infraconstitucional, trata-se de direito fundamental, não podendo ser abolido por ser uma cláusula pétrea.

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

De acordo com este princípio, pode-se afirmar que a lei é a única fonte direta e imediata do Direito Penal, possui o monopólio para criação de um crime e cominação de uma pena.

2.3. FUNDAMENTOS

2.3.1. Fundamento Jurídico

Trata-se da taxatividade, certeza ou determinação. Significa que a lei deve prever com precisão o conteúdo mínimo da conduta criminosa, caso contrário, os crimes culposos, os tipos abertos e as normas penais em branco seriam inconstitucionais.

O Direito Penal não admite, em hipótese alguma, analogia *in malam partem* (prejudicial ao réu), sendo um efeito automático, um desdobramento lógico da taxatividade.

Obs.: O STF, no julgamento acerca da criminalização da homofobia e da transfobia (ADO 26/DF e MI 4753/DF), entendeu que o Congresso Nacional está em mora em relação ao tema, por isso devem ser aplicadas as disposições da Lei 7.716/89. Perceba que a decisão do Supremo, no entender de Cleber Masson, se trata de uma analogia *in malam partem*. Por sua vez, o Min. Fachin também sustentou que o STF não está fazendo analogia *in malam partem* ao aplicar a Lei 7.716/89 para manifestações homofóbicas ou transfóbicas. A CF contém expresso comando de

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

punição penal para a discriminação homofóbica e a extensão prospectiva da lei de discriminação racial, até a edição específica de norma pelo Poder Legislativo, não viola o princípio da anterioridade da lei penal.

2.3.2. Fundamento Político

O princípio da reserva legal desponta como um direito fundamental de primeira dimensão (geração), que busca limitar a atuação do Estado, protegendo o ser humano contra o seu arbítrio no exercício do seu poder punitivo.

Segundo Franz Von Liszt, “o Código Penal é a Magna Carta do criminoso”. Consequentemente, apenas o que estiver previsto em lei pode ser considerado um ato criminoso.

2.3.3. Fundamento Democrático (Popular)

Trata-se, segundo o STF, da dimensão democrática do princípio da reserva legal.

O legislador (verdadeiro represente do povo) é quem escolhe as condutas que serão consideradas crimes, bem como a pena aplicada a cada delito.

2.4. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL E MEDIDA PROVISÓRIA

No Direito Penal pode-se utilizar medida provisória? Para criar crimes e cominar penas não é possível, não pode prejudicar o réu. Porém, quando a medida provisória beneficiar o réu, há na doutrina duas correntes, vejamos cada uma delas:

1ºC = Sim, desde que a medida provisória seja utilizada com o intuito de favorecer o réu. Ao longo do tempo, tem sido a posição adotada pelo STF.

O Estatuto do Desarmamento previa um prazo para a entrega de armas, com o fim do prazo editou-se uma MP que o prorrogou, beneficiando as pessoas, eis que a tipicidade do fato era afastada.

2ºC = Não, medida provisória não pode ser utilizada no Direito Penal, nem para o favorecimento e nem para prejudicar o réu, tendo em vista que o art. 62, §1º, b, da CF é expresso ao proibir a edição de MP relativa a direito penal. É a posição de Cleber Masson.



Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.
§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:
I - relativa a:
*b) **direito penal**, processual penal e processual civil;*

.

2.5. LEGALIDADE X RESERVA LEGAL

Há autores que tratam princípio da legalidade e princípio da reserva legal como sinônimos. Contudo, já foi cobrado em concurso público o art. 1º e nas alternativas constavam tanto o princípio da legalidade quanto o princípio da reserva legal. Com isso, perceba que há dois entendimentos acerca do assunto.

1º C: Trata legalidade e reserva legal como sinônimos.

2ºC: Legalidade e reserva legal (estrita legalidade) não se confundem. Vejamos os argumentos:

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL
Previsto no art. 5º, II, da CF	Previsto no art. 5º, XXXIX
Contenta-se com qualquer espécie normativa (como exemplo, decreto). Lei em sentido amplo, qualquer ordem emanada do Estado.	Reclama lei em sentido estrito. Ou seja, uma lei em sentido formal (foi criada seguindo o processo legislativo previsto na CF) e uma lei em sentido material (trata de conteúdo constitucionalmente reservado à lei).

2.6. ASPECTOS DA LEGALIDADE

Segundo Rogério Sanches, em seu Manual de Direito Penal, a legalidade deve ser analisada sob dois aspectos: formal e material.

- LEGALIDADE FORMAL – é a obediência aos trâmites procedimentais (processo legislativo) o que torna uma lei aprovada, sancionada e publicada em uma lei vigente.
- LEGALIDADE MATERIAL – apenas a observância às formas e procedimentos não é suficiente, a lei deve respeitar o conteúdo da Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos, para ser considerada uma lei válida.

Legalidade formal faz da lei VIGENTE, legalidade material faz da lei VÁLIDA.

Regime integralmente fechado: é oriundo de uma lei vigente, porque obedeceu a todos tramites processuais legislativos, porém não era lei válida. Para o STF, feria de uma só vez o princípio da isonomia, o princípio da razoabilidade, o princípio da humanidade das penas, o princípio
da individualização das penas.

2.7. MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E SUAS ESPÉCIES

Também chamado de mandados constitucionais de criminalização, consistem em ordens emitidas pela Constituição ao legislador ordinário, no sentido da criminalização de determinados comportamentos.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

Há duas espécies de mandado de criminalização, vejamos:

MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO EXPRESSO/EXPLÍCITOS	MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO TÁCITO/IMPLÍCITOS
A ordem está prevista expressamente no texto constitucional, que manda o legislador criar determinado crime ou impor determinada pena.	A ordem de criminalização está implícita no texto constitucional. É extraída da totalidade da CF, da sua interpretação sistemática.
Exemplo: art. 225, §3º da CF: *§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.*	Exemplo: combate à corrupção no poder público. A CF não prevê expressamente a criação de crime de corrupção praticado por agentes públicos. Contudo, o art. 1º (República - coisa pública - Federativa do BR), art. 37 da CF (princípios da legalidade, imparcialidade, da moralidade, publicidade e da eficiência da administração pública) podem ser utilizados para extrair este entendimento.

QP: O que se entende por mandado de criminalização por omissão? Refere-se ao art. 5º, XLIII da CF, afirma que a omissão, nos casos de crimes hediondos e equiparados, deve ser punida.

Destaca-se que nem todos os mandados de criminalização foram cumpridos.

3. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE

3.1. PREVISÃO LEGAL

Encontra-se previsto no art. 1º do CP e, também, no art. 5º, XXXIX da CF, *in verbis:*

> *CP - Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.*
>
> *CF - Art. 5º, XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;*

3.2. CONCEITO

A lei penal deve ser anterior ao fato cuja punição se pretende. Assim, a lei penal não pode retroagir, salvo para beneficiar o réu.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

3.3. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE E VACATIO LEGIS

VACATIO LEGIS

PUBLICAÇÃO FATO ENTRADA EM VIGOR

Imagine que "A" pratique uma conduta, considerada criminosa, durante o período da *vacatio legis*. Nesta situação, haverá crime? Não! Pois a lei só será aplicada e, portanto, só haverá crime, quando entrar em vigor.

Com isso, pode-se afirmar que o princípio da anterioridade não se contenta com a *vacatio da legis*, é necessário que a lei tenha entrado em vigor.

4. PRINCÍPIO DA ALTERIDADE

Foi criado por Claus Roxin.

Significa que não há crime na conduta que prejudica somente quem a praticou, ou seja, o crime deve ultrapassar a conduta de quem o pratica.

Segundo Stuart Mill: "*nenhuma lei criminal deve ser usada para obrigar as pessoas a atuar em seu próprio benefício; o único propósito para o qual o poder público pode exercitar-se com direito sobre qualquer membro da comunidade civilizada, contra sua vontade, é para prevenir danos a outros. Seu próprio bem, seja físico ou moral, não é uma razão suficiente*".

Como exemplo, cita-se o art. 28 da Lei de Drogas, *in verbis:*

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

5. PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE OU LESIVIDADE

Não há crime quando a conduta não é capaz de provocar lesão ou, pelo menos, perigo de lesão ao bem jurídico protegido pela lei penal.

Com base no Princípio da Ofensividade, parte da doutrina questiona a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, ou seja, dos crimes em que a lei presume absolutamente que o bem jurídico tutelado está em perigo.

Obs.: nos crimes de perigo concreto o perigo deve ser comprovado, o delito depende de efetivo risco de lesão ao bem jurídico.

Conforme a doutrina moderna, pune-se alguém por um perigo presumido, sem efetiva prova de lesão ou perigo de lesão a bem jurídico, violando o princípio da ofensividade. Por ser absolutamente presumido, ofenderia também o princípio da ampla defesa (não permitem ao réu provar em sentido contrário).

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Salienta-se que tanto o STF quanto o STJ entendem que a criação de crimes de perigo abstrato, por si só, não é inconstitucional. Vejamos os reflexos na jurisprudência dos tribunais superiores.

Questão relativa à arma de fogo desmuniciada

A posse ou o porte de arma de fogo desmuniciada configura crime?

SIM. A posse (art. 12 da Lei nº 10.826/2003) ou o porte (art. 14) de arma de fogo configura crime mesmo que ela esteja desmuniciada. Trata-se, atualmente, de posição pacífica tanto no STF como no STJ.

Para a jurisprudência, a simples posse ou porte de arma, munição ou acessório de uso permitido — sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar — configura os crimes previstos nos arts. 12 ou 14 da Lei nº 10.826/2003. Isso porque, por serem delitos de perigo abstrato, é irrelevante o fato de a arma apreendida estar desacompanhada de munição, já que o bem jurídico tutelado é a segurança pública e a paz social.

A posse ou porte apenas da munição configura crime?

SIM. A posse ou o porte apenas da munição (ou seja, desacompanhada da arma) configura crime. Isso porque tal conduta consiste em crime de perigo abstrato, para cuja caracterização não importa o resultado concreto da ação. O objetivo do legislador foi o de antecipar a punição de fatos que apresentam potencial lesivo à população, prevenindo a prática de crimes. Liquefação do direito penal!

Obs.: O entendimento acima exposto configura a regra geral e deve ser adotada nos concursos caso não seja feito nenhum esclarecimento adicional. No entanto, o STF e o STJ, **em alguns casos concretos, têm reconhecido, excepcionalmente**, o princípio da insignificância para o crime de porte ilegal de pouca quantidade de munição desacompanhada da arma

Igualmente o STF e o STJ entendem que a embriaguez ao volante (art. 306 do CTN) é delito de perigo abstrato, pouco importando o resultado, basta a condução de veículo automotor sob a influência de álcool.

6. PRINCÍPIO DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO

Está relacionado com o princípio anterior.

A função do Direito Penal é proteger bem jurídico, ou seja, os valores ou interesses relevantes para a manutenção e o desenvolvimento do indivíduo e da sociedade. Ressalta-se que nem todo bem jurídico será um bem jurídico penal, apenas os mais relevantes, os indispensáveis serão tutelados pelo DP.

Desta forma, o Direito Penal não deve se ocupar de questões éticas, morais, religiosas, políticas, filosóficas. A escolha dos bens jurídicos que merecem ser protegidos pelo Direito Penal é feita pela CF.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

6.1. TEORIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL

A criação de crimes e a cominação de penas só serão atividades legítimas quando protegerem valores consagrados na CF.

Assim, por exemplo:

- Homicídio é crime, porque a CF consagra o direito à vida
- Furto, roubo são crimes, porque a CF consagra o direito à propriedade
- Calúnia, difamação são crimes, porque a CF afirma que a honra é inviolável
- Homossexualismo não é crime, porque a CF não pode impor um padrão sexual, fica na esfera da intimidade de cada pessoa.

Nas palavras de Claus Roxin: "*um conceito de bem jurídico vinculante político-criminalmente só pode derivar dos valores garantidos na Lei Fundamental, do nosso Estado de Direito baseado na liberdade do indivíduo, através dos quais são marcados os limites da atividade punitiva do Estado*".

6.2. ESPIRITUALIZAÇÃO DE BENS JURÍDICOS NO DIREITO PENAL

Criação de Claus Roxin, também conhecida como liquefação de bens jurídicos ou de desmaterialização de bens jurídicos.

Na sua origem, o Direito Penal preocupa-se apenas com os crimes de danos contra bens jurídicos individuais, a exemplo do roubo, do estupro, do homicídio. Com o passar dos anos, o Direito Penal evoluiu e passou a preocupar-se com os crimes de perigo contra bens difusos e coletivos/supraindividuais, há uma antecipação da tutela penal, assumindo um aspecto preventivo.

Por exemplo, pune-se o porte de arma de fogo, crime de perigo, como forma de prevenção a outros crimes (homicídio, roubo, latrocínio), os crimes ambientais também são exemplos.

Em suma, quando o Direito Penal ampliou a sua tutela e passou a proteger os bens difusos e coletivos houve uma desmaterialização de bens jurídicos, pois não se espera mais um dano contra o bem individual. Para ilustrar, vejamos uma decisão do STF que, embora não mencione expressamente a desmaterialização, traz a seguinte ideia:

STF – a criação de perigo abstrato não representa, por si só,

comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais ***eficaz para a proteção de bens jurídicos-penais supraindividuais ou de caráter coletivo****, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de* ***um direito penal preventivo****."* (HC 102.087)

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

7. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

7.1. DENOMINAÇÃO

Para o Direito Penal o melhor nome é proporcionalidade, de origem alemã.

Há autores que são inspirados pelo Direito Penal Italiano e chamam de razoabilidade. Por fim, há quem se inspire no direito norte-americano, chamando o referido princípio de convivência das liberdades públicas.

7.2. DUPLA FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

De um lado, o princípio da proporcionalidade é a proibição do excesso (**garantismo negativo**), ou seja, não se pode punir de forma exagerada, além do necessário para a proteção do bem jurídico. Como exemplo, podemos citar a pena do art. 273 do CP, que trata de falsificação de medicamentos, é maior do que a pena mínima do crime de homicídio.

O STJ decidiu que é inconstitucional a pena (preceito secundário) do art. 273, § 1º-B, V, do CP ("reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa"). Em substituição a ela, deve-se aplicar ao condenado a pena prevista no caput do art. 33 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), com possibilidade de incidência da causa de diminuição de pena do respectivo § 4º. Vejamos os argumentos utilizados (retirado do informativo 559 – fonte: Dizer o Direito) pelos quais a pena do art. 273, § 1º, B, inciso V, viola os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade:

- Se for comparado com o crime de tráfico de drogas (notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública), percebe-se a total falta de razoabilidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do CP. O delito de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006) possui pena de 5 a 15 anos de reclusão, sendo importante lembrar que existe a possibilidade de aplicação do § 4º do mesmo artigo, que trata da figura do traficante privilegiado, com a redução da pena em 1/6 a 2/3. Com isso, em inúmeros casos, o pequeno traficante pode receber a pena de 1 ano e 8 meses, que pode ser convertida em pena restritiva de direitos. O condenado pelo art. 273, § 1º-B, por sua vez, ainda que receba a pena mínima, seria condenado a 10 anos de reclusão em regime fechado.
- Comparado com o homicídio, a pena mínima do art. 273, § 1º-B é maior que três vezes a pena máxima do homicídio culposo e corresponde a quase o dobro da pena mínima do homicídio doloso simples.
- Além disso, a pena do art. 273, § 1º-B é cinco vezes maior que a pena mínima da lesão corporal de natureza grave, sendo também maior que a reprimenda do estupro, do estupro de vulnerável, da extorsão mediante sequestro. Tais comparações revelam

gritante desproporcionalidade no sistema penal.

- O delito do art. 273, § 1º-B é crime de perigo abstrato, ou seja, para a sua consumação não é necessário provar a ocorrência de efetivo risco. É dispensável que tenha ocorrido dano concreto à saúde do pretenso usuário do produto. Logo, trata-se de uma reprimenda muito alta para um crime de perigo abstrato.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

- Uma outra demonstração de que o legislador penal exagerou no momento da fixação da pena está no fato de que a conduta de importar medicamento não registrado na ANVISA, considerada criminosa e hedionda pelo art. 273, § 1º-B, do CP acarreta, no âmbito administrativo, uma mera punição de advertência (arts. 2º, 4º, 8º, IV e 10, IV, Lei n. 6.437/77). Em outras palavras, no âmbito administrativo a pena recebida é mínima e no âmbito penal (que deveria ser a última ratio), a reprimenda é altíssima.

De outra banda, pode-se afirmar que o princípio da proporcionalidade é a proibição proteção ineficiente (**garantismo positivo**) ou insuficiente ou deficiente de bens jurídicos. Ou seja, não se pode punir menos do que necessário para a proteção do bem jurídico.

Garantismo integral ou garantismo binocular é a soma do garantismo negativo (proibição do excesso) e do garantismo positivo (a proibição proteção ineficiente).

QP: o que é garantismo hiperbólico monocular? É o garantismo que confere uma proteção exagerada (por isso hiperbólico), preocupando-se apenas com os interesses do réu (por isso monocular). Um Direito Penal equilibrado, eficaz, deve proteger o réu, mas também proteger a sociedade.

7.3. ESPÉCIES DE PROPORCIONALIDADE

A doutrina divide a proporcionalidade em três espécies, vejamos.

7.3.1. Legislativa ou abstrata

É dirigida ao legislador, quando cria um crime ou comina uma pena, ainda que de forma precária, já se observa a proporcionalidade.

Por exemplo, um crime sem violência ou grave ameaça possui uma pena menor do que um cometido nessas condições.

7.3.2. Judicial ou concreta

É voltada ao magistrado na dosimetria da pena.

Por exemplo, réu primário terá uma pena menor do que um réu reincidente.

7.3.3. Executória ou administrativa

É aquela que se manifesta durante o cumprimento da pena, ou seja, na fase da execução penal.

Por exemplo, condenado com bom comportamento que trabalha terá direito aos benefícios da execução penal.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

8. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

Surgiu na Espanha, voltado aos crimes de trânsito. Entendia-se que aquele que respeita as regras de trânsito, possui o direito de confiar que os demais também irão respeitá-las.

Atualmente, no Brasil, possui aplicação para os crimes em geral. Desta forma, aquele que respeita as regras para a vida em sociedade pode confiar que os demais também irão agir da mesma maneira.

Segundo Rogério Sanches, embora tratado por parte da doutrina como um princípio, trata-se, em verdade, de um critério de avaliação do comportamento, do dever de cuidado, segundo o qual se proíbe a exigência de que o indivíduo tenha previsão perante ações descuidadas de terceiros. Ao contrário, aquele que age dentro da normalidade das relações sociais, diga-se, dentro dos limites do risco permitido, tem o direito de esperar que os demais assim atuem (confiança permitida), impossibilitando que seja a ele imputada a previsibilidade de um comportamento imprudente, contrário ao dever de cautela praticado por outrem.

Exclui a imputação subjetiva, desde que, na concorrência de ações, o agente que o invoca tenha agido com o dever de cautela exigível para o caso concreto, em consonância com as regras de experiência comum. É utilizado em atividades compartilhadas, como é o caso das relações no trânsito, em que há a participação dos pedestres de dos demais condutores, e nos trabalhos em equipe, como ocorre, por exemplo, nas intervenções cirúrgicas.

9. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PENAL PELO FATO

Este princípio cria a dicotomia de direito penal do autor *versus* direito penal do fato.

O Direito Penal moderno, legítimo, democrático e garantista é um direito penal do fato. Ou seja, preocupa-se com o fato típico e ilícito praticado pelo agente, pouco importa suas condições pessoais (religião, cor, condição econômica).

De outra banda, direito penal do autor é aquele que rotula, etiqueta, estereotipa determinadas pessoas como contrárias aos interesses da sociedade. Como exemplo, cita-se a Alemanha nazista e o direito penal do inimigo.

Obs.: a reincidência não pode ser considerada um resquício do direito penal do autor, tendo em vista que não se pune de forma mais grave por ser reincidente, mas sim por ter praticado um novo fato. A pena do crime anterior não atingiu suas finalidades, o réu não foi ressocializado, tanto que voltou a delinquir, por isso recebe um tratamento mais severo.

10. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Também chamado de princípio da necessidade do Direito Penal.



10.1. ORIGEM E CONCEITO ATUAL

Sua origem remonta ao ano de 1.789, na França, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, segundo a qual a lei só deve prever as penas estritamente necessárias.

O Direito Penal só é legítimo quando for indispensável para a proteção de determinado bem jurídico. Isto é, não é possível resolver com os demais ramos do direito.

É com base nesse princípio que se fala em direito penal mínimo.

10.2. DESTINATÁRIOS E FINALIDADES

O primeiro destinatário é o legislador que deve analisar a necessidade de criar determinado crime e cominar certa pena. Perceba que é destinatário no plano abstrato.

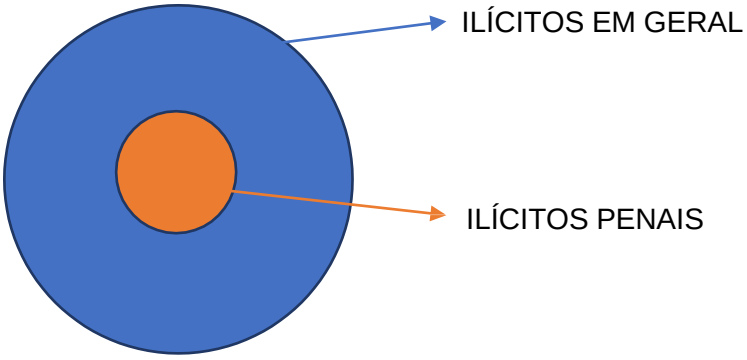
O segundo destinatário é o aplicador do direito que deve ter o bom senso de analisar o caso concreto, não é porque existe crime que a pena deve ser aplicada.

QP: Qual a relação entre princípio da reserva legal e intervenção mínima? Quando o princípio da reserva legal foi criado mostrou-se um grande avanço para a sociedade, garantindo que apenas a lei criaria crime e cominaria pena. Contudo, sozinho pode gerar grande impacto na proteção do bem jurídico. Para equilibrar, aplica-se em conjunto o princípio da intervenção mínima, como forma de complemento. Assim, o disposto na legislação penal só será aplicado quando houver real necessidade de intervenção do DP. Portanto, a finalidade do princípio da intervenção mínima é reforçar o princípio da reserva legal.

10.3. DIVISÕES: FRAGMENTARIEDADE E SUBSIDIARIEDADE

10.3.1. Princípio da fragmentariedade ou caráter fragmentário do Direito Penal

O Direito Penal é a última etapa, a última fase, o último grau de proteção jurídica.



Analisando o desenho, percebe-se que nem todo ilícito configura um ilícito penal, mas todo ilícito penal será ilícito perante os demais ramos do direito.

No universo da ilicitude apenas alguns poucos fragmentos representam ilícitos penais.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

QP – O agente pratica crime de peculato, pelo qual é processo, julgado e condenado. Haverá ilícito administrativo? Sim, pois houve a condenação pelo ilícito penal, portanto, é evidente que se caracterizou o ilícito administrativo, já que todo ilícito penal é considerado ilícito também nos demais ramos do direito. Ressalta-se que o inverso não é verdadeiro, assim a condenação na esfera administrativa, por um ilícito, não configura, de forma automática, um ilícito penal.

A fragmentariedade manifesta-se no plano abstrato, ou seja, possui como destinatário o legislador, que irá fazer a análise da necessidade ao criar o crime e/ou cominar a pena.

QP – O que se entende por fragmentariedade às avessas? É um juízo negativo, o crime já existe. O legislador percebe que o crime não é mais necessário, assim não há mais motivo para a conduta ser típica. É o que aconteceu, por exemplo, com o antigo crime de adultério. Caracteriza, portanto, uma *abolitio criminis*.

10.3.2. Princípio da subsidiariedade

É comum afirmar que o Direito Penal funciona como um "*executor de reserva"*, como "*última ratio"* ou "*extrema ratio"*. Significa que, no plano concreto, o Direito Penal só deve ser utilizado em último caso, quando não há nenhum outro meio menos lesivo para a proteção do bem jurídico.

Por exemplo, o crime de estelionato é legítimo, passou a barreira da fragmentariedade. Porém, na análise do caso concreto, muitas vezes é um inadimplemento contratual, uma fraude civil, em que não há necessidade da intervenção do Direito Penal. Com isso, percebe-se que a subsidiariedade possui como destinatário o operador do direito, manifestando-se no plano concreto.

SISTEMATIZANDO:

FRAGMENTARIEDADE	SUBSIDIARIEDADE
Manifesta-se no plano abstrato	Manifesta-se no plano concreto
Possui como destinatário o legislador	Possui como destinatário o aplicador do direito
Criação da lei penal	Aplicação da lei penal
ATENÇÃO! O que consta na tabela foi desenvolvido na Alemanha, adotado pela maioria da doutrina e pela jurisprudência do STJ. Contudo, há autores que invertem os conceitos, colocando a fragmentariedade no plano concreto e a subsidiariedade no plano abstrato (Rogério Sanches).	

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

11. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA (CRIMINALIDADE DE BAGATELA)

É um princípio que não possui previsão legal, mas é pacificamente admitido pela jurisprudência do STF e STJ.

11.1. ORIGEM

Surge no Direito Romano que consagrou a expressão *de minimus nen curat practer*, segundo a qual os pretores não cuidam daquilo que é irrelevante/mínimo. Destaca-se que, aqui, era utilizado apenas para o direito privado.

Apenas na década de 70, pelos estudos de Claus Roxin, é que o princípio da insignificância ganhou relevância. É uma das grandes manifestações do funcionalismo penal.

11.2. CONCEITO

Traduz a ideia de que não haverá crime quando a conduta praticada pelo agente for insignificante. Ou seja, sua conduta não ofende, nem ao menos coloca em perigo, o bem jurídico protegido pelo Direito Penal, pois é uma conduta ínfima, insignificante.

11.3. FINALIDADE

Destina-se a efetuar uma interpretação restritiva da lei penal, diminuindo o seu alcance no caso concreto, tendo em vista que a lei penal é muito abrangente.

11.4. NATUREZA JURÍDICA

Natureza jurídica, de acordo com Pontes de Miranda, é o grupo, categoria ou classe a que pertence determinado instituto do direito. É pacífico o entendimento de que o princípio da insignificância funciona como uma cláusula supralegal (não prevista em lei) de exclusão da tipicidade, tornando o fato atípico.

A tipicidade penal é formada pela somada da:

a) Tipicidade formal: juízo de adequação entre o fato a norma. Verifica-se se o fato realizado pelo agente se encaixa ao preceito criminal; e
b) Tipicidade material: é lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico.

Por exemplo, a subtração de uma garrafa de água. Há tipicidade formal, enquadra-se no crime de furto, pois se subtraiu coisa alheia móvel. Contudo, não há tipicidade material, pois não houve perigo de lesão ao bem jurídico.

Assim, perceba que o princípio da insignificância exclui a tipicidade material do fato.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

11.5. REQUISITOS OBJETIVOS

Relacionam-se ao fato praticado pelo agente, são eles:

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

Como se percebe, tais requisitos são semelhantes, nem mesmo o STF os diferencia, tendo em vista que o princípio da insignificância é um instrumento de política criminal (adaptar a letra da lei aos interesses da coletividade). Por isso, há casos em que o STF aplica e casos em que não aplica.

O professor Cleber Masson cita dois exemplos emblemáticos:

Ex1: Dois agentes furtam uma ovelha (no valor de R$ 70,00), no interior nordestino, com a finalidade de fazer um churrasco. O STF não aplicou o princípio da insignificância.

Ex2.: Um empresário ingressa no Brasil com inúmeros produtos (no valor de quase 10 mil reais) sem declarar, cometendo o crime de descaminho. O STF aplicou o princípio da insignificância.

QP: ***O que justifica a diferenciação***? É uma medida de política criminal. No primeiro exemplo, não interessa permitir que o furto de ovelhas seja praticado e continue impune, pois, muitas vezes, a ovelha é usada para a subsistência da família. Já no segundo exemplo, o valor de quase 10 mil reais, diante da arrecadação bilionária do Brasil, é insignificante.

11.6. REQUISITOS SUBJETIVOS

São aqueles ligados ao agente e à vítima.

11.6.1. Condições pessoais do agente

a) Reincidente

A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo ("conglobante"), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados. A reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto.

Apesar disso, na prática, observa-se que, na maioria dos casos, o STF e o STJ negam a aplicação do princípio da insignificância caso o réu seja reincidente ou já responda a outros inquéritos ou ações penais.

Contudo, há julgados no STF em que sendo o réu reincidente genérico foi aplicado o princípio da insignificância. Salienta-se que no âmbito do STJ, há decisões em que se admitem a

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

aplicação do princípio da insignificância ao reincidente, afirmando que tal princípio exclui a tipicidade material do fato. Portanto, não seria lógico sua não aplicação, tendo em vista que quando um fato é atípico será tanto para o agente primário quanto para o agente reincidente. A reincidência deve ser avaliada na segunda fase da aplicação da pena.

> *É possível a aplicação do princípio da insignificância para o agente que praticou o furto de um carrinho de mão avaliado em R$ 20,00 (3% do salário-mínimo), mesmo ele possuindo antecedentes criminais por crimes patrimoniais*. ***STF. 1ª Turma. RHC 174784/MS, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 11/2/2020 (Info 966)***

> *É possível a aplicação do princípio da insignificância em face de réu reincidente e realizado no período noturno. Na espécie, trata-se de furto de R$ 4,15 em moedas, uma garrafa pequena de refrigerante, duas garrafas de 600 ml de cerveja e uma de 1 litro de pinga, tudo avaliado em R$ 29,15.* ***STF. 2ª Turma. HC 181389/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/04/2020 (Info 973)***

b) Criminoso habitual

É aquele que faz da prática de crimes o seu meio de vida. Por isso, não se aplica o

princípio da insignificância.

c) Militares

Para o STF, não se aplica o princípio da insignificância aos militares, pois são regidos pela hierarquia e pela disciplina, gozando de credibilidade perante as demais pessoas da sociedade. Assim, não podem se aproveitar deste poder para a prática de crimes.

O mesmo raciocínio pode ser utilizado para outros servidores públicos, tais como magistrados, promotores etc.

11.6.2. Condições da vítima

a) Extensão do dano

Analisa-se o tamanho do dano causado à vítima.

É o famoso caso da bicicleta, o agente furtou uma bicicleta de um auxiliar de pedreiro, que estava em péssimas condições, cujo valor era ínfimo. Contudo, era o único meio de transporte que a vítima possuía, utilizada para o seu sustento.

b) Valor sentimental do bem

É o caso de furto de um porta-retratos, sem nenhum valor econômico, mas que continha a única foto do filho já falecido.

Outro exemplo, foi a subtração de um “disco de ouro”.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

11.7. APLICABILIDADE E INAPLICABILIDADE

11.7.1. Regra

Aplica-se o princípio da insignificância para todo e qualquer crime que seja com ele compatível e não somente aos crimes patrimoniais.

São exemplos: crime de descaminho (até 20 mil para o STF e para o STJ); crimes ambientais.

11.7.2. Exceções

Alguns crimes são incompatíveis com o princípio da insignificância, a exemplo dos crimes contra à vida, crimes de estupro, crimes de roubo e demais crimes com violência à pessoa ou grave ameaça, tráfico de drogas, os crimes de máximo potencial ofensivo (crimes hediondos e equiparados a hediondos).

Observe o entendimento sumulado do STJ sobre a inaplicabilidade do princípio da insignificância:

> *Súmula 589 - É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticadas contra a mulher no âmbito das relações domésticas.*

Os delitos praticados com violência contra a mulher, devido à expressiva ofensividade,

periculosidade social, reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica causada, perdem a característica da bagatela e devem submeter-se ao direito penal. Assim, o STJ e o STF não admitem a aplicação dos princípios da insignificância aos crimes e contravenções praticados com violência ou grave ameaça contra a mulher, no âmbito das relações domésticas, dada a relevância penal da conduta.

> *Súmula 599 - O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública.*

De acordo com o STJ, o que importa nos crimes contra a administração é a moralidade pública, a ética administrativa, por isso não se será aplicado tal princípio.

Há, contudo, uma exceção: admite-se o princípio da insignificância ao crime de descaminho (art. 334 do CP), que, topograficamente, está inserido no Título XI do Código Penal, que trata sobre os crimes contra a administração pública. Segundo o STJ, "a insignificância nos crimes de descaminho tem colorido próprio, diante das disposições trazidas na Lei 10.522/2002", o que não ocorre com outros delitos, como o peculato etc.

No STF, há julgados mais antigos da 2ª Turma admitindo a aplicação do princípio, como foi o caso do HC 107.370, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 26/04/2011. Segundo o entendimento que prevalece no STF, a prática de crime contra a Administração Pública, por si só, não inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, devendo haver uma análise do caso concreto para se examinar se incide ou não o referido postulado.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Não é possível a aplicação do princípio da insignificância no crime do art. 183 da Lei 9.472/97. Isso porque a instalação de estação clandestina de radiofrequência, sem autorização, já é, por si, suficiente para comprometer a segurança, a regularidade e a operabilidade do sistema de telecomunicações do país, não podendo, portanto, ser vista como uma lesão inexpressiva. Nesse sentido a Súmula 606 do STJ:

> *Súmula 606-STJ: Não se aplica o princípio da insignificância a casos de transmissão clandestina de sinal de internet via radiofrequência, que caracteriza o fato típico previsto no art. 183 da Lei n. 9.472/1997.*

Obs.: No STF prevalece que não se aplica o princípio da insignificância. Contudo, no HC 142.738, como houve empate na votação dos Ministros, acabou sendo aplicado.

O STF e o STJ, a depender do caso concreto, reconhecem a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância para o crime de posse ou porte ilegal de pouca quantidade de munição desacompanhada da arma.

> *(...) I – Recorrente que guardava no interior de sua residência uma munição de uso permitido, calibre 22. II – Conduta formalmente típica, nos termos do art. 12 da Lei 10.826/2003. III – Inexistência de potencialidade lesiva da munição apreendida, desacompanhada de arma de fogo. Atipicidade material dos fatos. (...) STF. 2ª Turma. RHC 143449, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 26/09/2017.*

> *É atípica a conduta daquele que porta, na forma de pingente, munição desacompanhada de arma. STF. 2ª Turma. HC 133984/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 17/5/2016 (Info 826).*

> *O atual entendimento do STJ é no sentido de que a apreensão de pequena*

quantidade de munição, desacompanhada da arma de fogo, permite a aplicação do princípio da insignificância ou bagatela. STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 517.099/MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 06/08/2019.

O STJ, alinhando-se ao STF, tem entendido pela incidência do princípio da insignificância aos crimes previstos na Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), afastando a tipicidade material da conduta quando evidenciada flagrante desproporcionalidade da resposta penal. A aplicação do princípio da insignificância deve, contudo, ficar restrita a hipóteses excepcionais que demonstrem a inexpressividade da lesão, de forma que a incidência do mencionado princípio não pode levar ao esvaziamento do conteúdo jurídico do tipo penal em apreço - porte de arma, incorrendo em proteção deficiente ao bem jurídico tutelado.
STJ. 6ª Turma. HC 473.334/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 21/05/2019.

A Quinta Turma e a Sexta Turma, em algumas oportunidades, tem entendido que o simples fato de os cartuchos apreendidos estarem desacompanhados da respectiva arma de fogo não implica, por si só, a atipicidade da conduta, de maneira que as peculiaridades do caso concreto devem ser analisadas a fim de se aferir: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a ausência de periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Na hipótese dos autos, embora com o embargado tenha sido apreendida apenas uma munição de uso restrito, desacompanhada de arma de fogo, ele foi também condenado pela prática dos crimes descritos nos arts. 33, caput, e 35, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas e associação para o tráfico), o que afasta o reconhecimento da atipicidade da conduta, por não estarem demonstradas a mínima ofensividade da ação e a ausência de periculosidade social exigidas para tal finalidade. STJ. 3ª Seção. EREsp 1.856.980, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 22/09/2021

Salienta-se a decisão no HC 122.560, disponível no Info 901 do STF (Dizer o Direito), em que não foi aplicado o princípio da insignificância para o crime previsto no art. 34 da Lei 9.605/98. Para melhor entendimento, colacionamos a excelente explicação do Prof. Márcio Cavalcante:

O princípio da bagatela não se aplica ao crime previsto no art. 34, caput c/c parágrafo único, II, da Lei 9.605/98:

Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente:

Pena - detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem:

II - pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos;

Caso concreto: realização de pesca de 7kg de camarão em período de defeso com o uso de método não permitido.

STF. 1ª Turma. HC 122560/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 8/5/2018 (Info 901).

Obs: apesar de a redação utilizada no informativo original ter sido bem incisiva ("O princípio da bagatela não se aplica ao crime previsto no art. 34, caput c/c parágrafo único, II, da Lei 9.605/98"), existem julgados tanto do STF como do STJ aplicando, excepcionalmente, o princípio da insignificância para o delito de pesca ilegal. Deve-se ficar atenta(o) para como isso será cobrado no enunciado da prova.

A jurisprudência aplica o princípio da insignificância para o crime de pesca ilegal?

Essa resposta envolve três afirmações:

1) A jurisprudência entende que, em tese, é possível aplicar o princípio da insignificância para crimes ambientais.

2) Na prática, a esmagadora maioria dos julgados do STF e STJ nega a incidência do princípio da insignificância para o delito do art. 34 da Lei 9.605/98.

3) Apesar de não ser comum, a jurisprudência já reconheceu a aplicação do princípio da insignificância para o delito do art. 34. Veja:

> *Não se configura o crime previsto no art. 34 da Lei nº 9.605/98 na hipótese em há a devolução do único peixe – ainda vivo – ao rio em que foi pescado. STJ. 6ª Turma. REsp 1.409.051-SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 20/4/2017 (Info 602).*

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Se a pessoa é flagrada sem nenhum peixe, mas portando consigo equipamentos de pesca, em um local onde esta atividade é proibida, ela poderá ser absolvida do delito do art. 34 da Lei de Crimes com base no princípio da insignificância?

A 2ª Turma do STF possui decisões conflitantes sobre o tema:

- SIM. Inq 3788/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 1°/3/2016 (Info 816).
- NÃO. RHC 125566/PR e HC 127926/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, julgados em 26/10/2016 (Info 845).

Em relação a aplicação do princípio da insignificância e crimes tributários, em regra, o STF e o STJ entendem que incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda. Contudo, a 1ª Turma do STF possui entendimento contrário não é possível a aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários de acordo com o montante definido em parâmetro estabelecido para a propositura judicial de execução fiscal (STF. 1ª Turma. HC-AgR 144.193-SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 15/04/2020).

11.8. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O acordo de não persecução penal, em poucas palavras, é negócio jurídico formalizado por escrito e firmado pelo Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor, cabível nas infrações penais praticadas sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 anos, que deve, obrigatoriamente, ser homologado em audiência pelo juízo competente.

Foi introduzido no Código de Processo Penal (art. 28-A) pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Observe o dispositivo legal:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade

.

pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

De acordo com o §2º, II, do art. 28-A do CPP, não será possível aplicar o acordo de persecução penal quando o acusado for criminoso habitual, salvo quando as infrações por ele praticadas tiverem sido insignificantes. Isso ocorre porque, quando uma infração é considerada insignificante, a conduta é atípica e, portanto, não há crime (tecnicamente, não será um criminoso habitual).

*Art. 28-A, § 2º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
(...)
II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Obs.: De acordo com Renato Brasileiro, há uma contradição na utilização da expressão “exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas”, tendo em vista que em uma primeira leitura leva ao entendimento que seria a aplicação do Princípio da insignificância. Entretanto, como se sabe, o princípio da insignificância exclui a tipicidade material, portanto, não haveria como existir uma infração penal pretérita. Por isso, a melhor leitura da expressão “insignificância”, de acordo com Renato Brasileiro, é no sentido de infração de menor potencial ofensivo.

Enunciado 21 CNPG – Não caberá o acordo de não persecução penal se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas, entendidas estas como delitos

de menor potencial ofensivo.

11.9. VALORAÇÃO PELA AUTORIDADE POLICIAL

Segundo o entendimento do STJ, não é possível que a autoridade policial aplique o princípio da insignificância (Info. 441), tendo em vista que se trata de matéria reservada ao poder judiciário.

> *STJ – Info 441: A Turma concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus a paciente condenado pelos delitos de furto e resistência, reconhecendo a aplicabilidade do princípio da insignificância somente em relação à conduta enquadrada no art. 155, caput, do CP (subtração de dois sacos de cimento de 50 kg, avaliados em R$ 45). Asseverou-se, no entanto, ser impossível acolher o argumento de que a referida declaração de atipicidade teria o condão de descaracterizar a legalidade da ordem de prisão em flagrante, ato a cuja execução o apenado se opôs de forma violenta. Segundo o Min.*

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

> *Relator, no momento em que toma conhecimento de um delito, surge para a autoridade policial o dever legal de agir e efetuar o ato prisional. O juízo acerca da incidência do princípio da insignificância é realizado apenas em momento posterior pelo Poder Judiciário, de acordo com as circunstâncias atinentes ao caso concreto. Logo, configurada a conduta típica descrita no art. 329 do CP, não há de se falar em consequente absolvição nesse ponto, mormente pelo fato de que ambos os delitos imputados ao paciente são autônomos e tutelam bens jurídicos diversos" (STJ. HC 154.949/MG. Rel. Min. Felix Fischer. DJ 03/08/2010).*

Em oposição, a doutrina sustenta a possibilidade de aplicação pela autoridade policial de forma fundamentada, pois, diante da atipicidade do fato, não há justa causa para instauração do IP.

11.10. INSIGNIFICÂNCIA IMPRÓPRIA OU BAGATELA IMPRÓPRIA

Não possui previsão legal, é uma criação de Claus Roxin. Para melhor compreensão, observe o quadro abaixo:

INSIGNIFICÂNCIA PRÓPRIA	INSIGNIFICÂNCIA IMPRÓPRIA
Fato atípico	Fato típico e ilícito, o agente é culpável.
Exclui a tipicidade	Exclui a punibilidade
Não há instauração de ação penal	Há ação penal.

A insignificância imprópria é aplicada com base na desnecessidade da pena, a exemplo do caso em que o pai atropela o filho e o juiz deixa de aplicar a pena.

Trata-se de causa supralegal (não prevista em lei) de extinção da punibilidade.

12. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO BIS IN IDEM

“Ne bis in idem”.

Não se admite, em hipótese alguma, dupla punição pelo mesmo fato. Extrapola a razoabilidade punir o agente duas vezes pela prática de um único fato.

Pode ser extraído do art. 8º, 4 do Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Dec. 678/1992, segundo o qual o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo de julgamento.

Ademais, a Súmula 242 do STJ proíbe o uso de uma única reincidência como circunstância judicial desfavorável e como agravante, pois haveria violação a este princípio.

Súmula 241, STJ: A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

13. PRINCÍPIOS RELACIONADOS COM O AGENTE DO FATO

13.1. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PESSOAL

Previsto no art. 5º, XLV, da CF.

CF Art. 5º XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

Proíbe-se o castigo penal pelo fato de OUTREM (não existe no direito penal responsabilidade coletiva).

O Princípio da Responsabilidade Pessoal possui dois desdobramentos:

- Individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF)
- Individualização da acusação – a denúncia não pode ser genérica, vaga ou evasiva. As condutas devem ser individualizadas.

A partir do momento que o STF começou a afastar a denúncia genérica, surge a doutrina de Pacelli diferenciando **ACUSAÇÃO GERAL e ACUSAÇÃO GENÉRICA**:

- **Acusação Geral**: ocorre quando o órgão da acusação imputa a todos os acusados, o mesmo fato delituoso, independentemente das funções exercidas por eles na empresa.

Um fato só – não há inépcia, não viola o princípio da ampla defesa, o indivíduo como integrante da sociedade sabe de qual fato típico tem de se defender.

- **Acusação Genérica**: ocorre quando a acusação imputa vários fatos típicos, imputando os genericamente a todos os integrantes da sociedade. Vários fatos típicos - há inépcia, com vários fatos típicos, de qual deles irei me defender? Violação da ampla defesa, nulidade absoluta.

13.2. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

Não basta que o fato seja materialmente causado pelo agente, é imprescindível o fato ter sido querido/aceito/previsível (dolo e culpa).

Só há sentido castigar comportamentos desejados ou previsíveis, uma vez que o direito penal não admite responsabilidade penal OBJETIVA.

*Exceções (responsabilidade objetiva no CP):

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

a) Embriaguez não acidental completa (*actio libera in causa*).

b) Rixa qualificada pela lesão grave ou morte (pouco importa quem matou ou feriu a vítima).

13.3. PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Trata-se de postulado limitador do direito de punir. O castigo penal pressupõe um agente capaz (imputável), com potencial consciência da ilicitude, sendo dele exigível conduta diversa.

13.4. PRINCÍPIO DA ISONOMIA/IGUALDADE

Previsto expressamente no art. 5º da CF.

> *CF Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à IGUALDADE, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

Não basta a igualdade em seu aspecto formal, deve haver igualdade material. É possível haver distinções justificadas, tratar os iguais de maneira igual, os desiguais de maneira desigual na medida de suas desigualdades, é o que ocorre, por exemplo, na Lei Maria da Penha.

13.5. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Também chamado de estado de inocência ou de presunção de não culpabilidade, o ideal é utilizar todas as denominações como sinônimas.

13.5.1. <u>Conceito</u>

Segundo o Prof. Renato Brasileiro, o princípio da presunção de inocência: "*consiste no direito de não ser declarado culpado, senão após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório)*".

13.5.2. <u>Previsão</u>

O princípio da presunção de inocência encontra-se previsto tanto na CF quanto na CADH.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	CONSTITUIÇÃO FEDERAL
Presunção de inocência.	Presunção de não culpabilidade.
Art. 8º (...), §2º: Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa.	Art. 5º (...), LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

OBSERVAÇÕES:

- CADH possui status normativo supralegal. Ou seja, está abaixo da CF, mas acima da legislação infraconstitucional.
- A decisão do STF em 2016 que permitiu a execução provisória da pena (prisão penal), causou estranheza, tendo em vista que a CF é clara ao prever "ninguém será considerado culpado **até o trânsito em julgado** (...)", não havendo margens para outra interpretação. Trata-se de critério objetivo.
- Para a CADH, a pessoa é considerada inocente até que se comprove sua culpa. Interpretando-se a Convenção de forma sistemática, que assegura o direito ao duplo grau de jurisdição, a culpa seria comprovada após o exercício deste direito.
  Foi assim que o STF decidiu no HC 126.292, exercido o direito ao duplo grau de jurisdição, havendo a condenação, a pena poderia ser executada, mesmo na pendência de REsp ou RE. Depois alterou, novamente, seu entendimento.
- Aplica-se o princípio *pro homine*, segundo o qual havendo tratamento diferenciado na legislação internacional e na interna, deve prevalecer o que for mais benéfico. Aqui, será a Constituição.

13.5.3. Dimensões de atuação do Princípio da Presunção de Inocência

A doutrina afirma que o princípio da presunção de inocência possui duas dimensões: uma interna e uma externa.

Vejamos cada uma delas e suas divisões.

a) Dimensão interna ao processo

Significa a manifestação do princípio da presunção de inocência dentro do processo, devendo ser observada por todos. Da dimensão interna derivam duas regras, quais sejam:

- Regra probatória
- Regra de tratamento

Será analisado em tópico próprio.

b) Dimensão externa ao processo

De acordo com Renato Brasileiro, por esta dimensão: "*o princípio da presunção de inocência e as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade demandam uma*

proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização do acusado, funcionando como limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial".

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

O tratamento como inocente não deve ser restringindo ao processo. Externamente, o suposto acusado de uma infração penal não pode ser taxado como criminoso, seja pela imprensa seja pela sociedade.

O Brasil, por conta da Operação Lava Jato (**analisando o aspecto processual penal APENAS, independentemente de sua ideologia polícia**), na apresentação em PowerPoint, feita pelo MPF, sobre o ex-presidente Lula, claramente feriu o princípio da presunção de inocência em sua dimensão externa, tendo em vista o tratamento como culpado antecipadamente.

A questão principal é a forma de tratamento do acusado durante o processo. As informações devem ser divulgadas, mas de maneira imparcial, não tendenciosa.

Salienta-se que o art. 13, I e II da Lei de Abuso de Autoridade caracteriza como crime constranger o preso a exibir-se ou ser exibido.

> *Lei 13.689/2019 Art. 13. Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a:*
> *I - exibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública;*
> *II - submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei;*

Por fim, o art. 3º-F do CPP (eficácia suspensa), com redação dada pelo Pacote Anticrime, prevê que o juiz das garantias deverá assegurar as regras de tratamento do preso, não podendo a imagem da pessoa presa ser divulgada, embora possa divulgar informações.

> *Art. 3º-F. O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *Parágrafo único. Por meio de regulamento, as autoridades deverão disciplinar, em 180 (cento e oitenta) dias, o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão, de modo padronizado e respeitada a programação normativa aludida no **caput** deste artigo, transmitidas à imprensa, assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

13.5.4. Regras fundamentais que derivam do princípio da presunção de inocência: dimensão interna

a) Regra probatória

A parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado, além de qualquer dúvida razoável – e não este de provar sua inocência. Nada mais é do que uma regra de tratamento dirigida ao juiz.

A presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*. Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em Juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um

culpado à condenação de um inocente, pois, em um juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo.

O *in dubio pro reo* não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas. Na verdade, deve ser utilizado no momento da valoração das provas: na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois este não tem a obrigação de provar que não praticou o delito. Antes, cabe à parte acusadora (Ministério Público ou querelante) afastar a presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado, provando além de uma dúvida razoável que o acusado praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é atribuída.

O CPP, em seu art. 386, consagra manifestação acerca da regra probatória, vejamos:

> *Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:*
> *(...)*
> *VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal**), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência**;*

É o caso, por exemplo, de uma briga na balada. É difícil determinar quem deu início às agressões, da mesma forma a prova testemunhal, nesta hipótese, costuma ser falha. Por isso, o melhor é absolver, aplicando-se a regra probatória.

Em relação à decisão de pronúncia, é comum encontrarmos a afirmação de que a ela se aplica o princípio do *in dubio pro societate*, e não o *in dubio pro reo*. Isso porque, para que o acusado seja pronunciado, a lei fala na necessidade de que o juiz esteja convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação (CPP, art. 413, caput).

Nada mais equivocado. A uma porque, referindo-se o art. 413, caput, do CPP, ao convencimento da materialidade do fato, depreende-se que, em relação à materialidade do delito, deve haver prova plena de sua ocorrência, ou seja, deve o juiz ter certeza de que ocorreu um crime doloso contra a vida. A duas porque, quando a lei impõe a presença de indícios suficientes de autoria ou de participação, de modo algum está dizendo que o juiz deve pronunciar o acusado quando tiver dúvida acerca de sua concorrência para a prática delituosa. Na verdade, ao fazer uso da expressão indícios, referiu-se o legislador à prova semiplena, ou seja, àquela prova de valor mais tênue, de menor valor persuasivo. Dessa forma, conquanto não se exija certeza quanto à autoria para a pronúncia, é necessário um conjunto de provas que autorizem um juízo de probabilidade de autoria ou de participação. Havendo dúvidas quanto à existência do crime ou quanto à presença de indícios suficientes, deve o juiz sumariante impronunciar o acusado, aplicando o *in dubio pro reo*.

O *in dubio pro reo* só incide até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Portanto, na revisão criminal, que pressupõe o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, não há falar em *in dubio pro reo*, mas sim em *in dubio contra reum*. O ônus da prova quanto às hipóteses que autorizam a revisão criminal (CPP, art. 621) recai única e exclusivamente sobre o postulante, razão pela qual, no caso de dúvida, deverá o Tribunal julgar improcedente o pedido revisional.

.

b) Regra de tratamento

A privação cautelar da liberdade, sempre qualificada pela nota da excepcionalidade, somente se justifica em hipóteses estritas, ou seja, a regra é responder ao processo penal em liberdade, a exceção é estar preso no curso do processo. São manifestações claras desta regra de tratamento a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias.

O art. 313, §2º do CPP, com redação dada pelo Pacote Anticrime, prevê que não se pode utilizar prisão preventiva para cumprimento antecipado de pena e nem para recebimento de denúncia, corroborando a regra de tratamento.

> *§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

13.5.5. Limite temporal

É o tema mais importante dentro do princípio da presunção de inocência, sobretudo pelas alterações de entendimento do STF acerca da possibilidade ou não de execução provisória da pena.

Toda a explicação foi retirada do site Dizer o Direito.

1º Período - Até fevereiro de 2009: É possível a execução provisória da pena.

Até fevereiro de 2009, o STF entendia que era possível a execução provisória da pena. Desse modo, se o réu estivesse condenado e interpusesse recurso especial ou recurso extraordinário, teria que iniciar o cumprimento provisório da pena enquanto aguardava o julgamento. Os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Assim, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais é possível que o órgão julgador de segundo grau expeça mandado de prisão contra o réu (STF. Plenário. HC 68726, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 28/06/1991).

2º Período – De fevereiro de 2009 a fevereiro de 2016: NÃO é possível a execução provisória da pena.

No dia 05/02/2009, o STF, ao julgar o HC 84078 (Rel. Min. Eros Grau), mudou de posição e passou a entender que não era possível a execução provisória da pena.

Obs.: o condenado poderia até aguardar o julgamento do REsp ou do RE preso, mas desde que estivessem previstos os pressupostos necessários para a prisão preventiva (art. 312 do CPP).

Dessa forma, ele poderia ficar preso, mas cautelarmente (preventivamente) e não como execução provisória da pena. Principais argumentos:

- A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.
- A execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa restrição do direito de defesa.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

- A antecipação da execução penal é incompatível com o texto da Constituição.

Esse entendimento durou até fevereiro de 2016.

3º Período – De fevereiro de 2016 a novembro de 2019: É possível a execução provisória da pena

No dia 17/02/2016, o STF, ao julgar o HC 126292 (Rel. Min. Teori Zavascki), retornou para a sua primeira posição e voltou a dizer que era possível a execução provisória da pena.

Principais argumentos:

- É possível o início da execução da pena condenatória após a prolação de acórdão condenatório em 2º grau e isso não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência.
- O recurso especial e o recurso extraordinário não possuem efeito suspensivo (art. 637 do CPP). Isso significa que, mesmo a parte tendo interposto algum desses recursos, a decisão recorrida continua produzindo efeitos. Logo, é possível a execução provisória da decisão recorrida enquanto se aguarda o julgamento do recurso.
- Até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em 2º grau, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau ao STJ ou STF não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito.
- É possível o estabelecimento de determinados limites ao princípio da presunção de não culpabilidade. Assim, a presunção da inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado.
- A execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, desde que o acusado tenha sido tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual.
- É necessário equilibrar o princípio da presunção de inocência com a efetividade da função jurisdicional penal. Neste equilíbrio, deve-se atender não apenas os interesses dos acusados, como também da sociedade, diante da realidade do intrincado e complexo sistema de justiça criminal brasileiro.
- “Em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Suprema Corte”.

4º Período – entendimento atual: NÃO é possível a execução provisória da pena

No dia 07/11/2019, o STF, ao julgar as ADCs 43, 44 e 54 (Rel. Min. Marco Aurélio), retornou para a sua segunda posição e afirmou que o cumprimento da pena somente pode ter início com o esgotamento de todos os recursos. Assim, é proibida a execução provisória da pena.

Vale ressaltar que é possível que o réu seja preso antes do trânsito em julgado (antes do esgotamento de todos os recursos), no entanto, para isso, é necessário que seja proferida uma decisão judicial individualmente fundamentada, na qual o magistrado demonstre que estão

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

presentes os requisitos para a prisão preventiva previstos no art. 312 do CPP. Dessa forma, o réu

até pode ficar preso antes do trânsito em julgado, mas cautelarmente (preventivamente), e não como execução provisória da pena.

Principais argumentos:

- O art. 283 do CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011, previa que "ninguém poderia ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.". Esse artigo era plenamente compatível com a Constituição em vigor.
- O inciso LVII do art. 5º da CF/88, segundo o qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", não deixa margem a dúvidas ou a controvérsias de interpretação.
- É infundada a interpretação de que a defesa do princípio da presunção de inocência pode obstruir as atividades investigatórias e persecutórias do Estado. A repressão a crimes não pode desrespeitar e transgredir a ordem jurídica e os direitos e garantias fundamentais dos investigados.
- A Constituição não pode se submeter à vontade dos poderes constituídos nem o Poder Judiciário embasar suas decisões no clamor público.

Importante consignar que o Pacote Anticrime alterou a redação do art. 283 do CPP, mas o conteúdo é basicamente o mesmo, passando a prever que:

> *Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*

É importante destacar que os tribunais deverão ficar atentos ao exercício abusivo do direito de recorrer, que visa, na realidade, postergar o trânsito em julgado e afastar a execução da pena. Como forma de coibir tal comportamento, o Pacote Anticrime incluiu o III ao art. 116 do CP que prevê que a prescrição não corre enquanto estiverem pendentes os embargos de declaração ou os recursos aos Tribunais Superiores, quando estes forem inadmissíveis.

> *CP - Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:*
> *(...)*
> *III - na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis; e*

Por fim, a vedação da execução provisória da pena não impede a concessão antecipada dos benefícios prisionais ao preso cautelar.

> *Súmula 716, STF: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.*

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

> *Súmula 717, STF: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.*

1.1. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA NO TRIBUNAL DO JÚRI

A 1ª Turma do STF já vinha decidindo no sentido de que a condenação pelo Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 anos de reclusão autorizava a execução provisória da pena.

O Pacote Anticrime positivou o entendimento da 1ª Turma no art. 492, I, e do CPP, o que, segundo a doutrina, é um dispositivo de constitucionalidade questionada, uma vez que se admite a execução provisória de uma decisão de um juiz de primeiro grau.

> *Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:*
> *I – no caso de condenação:*
> *e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*

14. PRINCÍPIOS RELACIONADOS COM A PENA

Analisaremos no tópico Teoria Geral da Pena.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA DO DIREITO PENAL

É matéria de grande incidência em concurso público.

1. GARANTISMO PENAL

Foi idealizado por Luigi Ferrajoli, em sua obra “Direito e Razão”.

Quando tratamos de legalidade, basicamente, estamos analisando o direito de punir do Estado *versus* as garantias do cidadão. À medida que são dadas garantias (não há crime sem lei anterior, estrita, escrita, certa e necessária), o direito de punir do Estado diminui.



Importante salientar que o garantismo não se confunde com o abolicionismo. Ao contrário,

rechaça tanto o abuso do direito de punir (Estado Antiliberal) quanto a carência de regras punitivas (abolicionismo). Defende um modelo de direito baseado em uma liberdade regrada.

Ferrajoli desenvolveu a ideia de do garantismo baseado na Teoria de Minimização do Poder Institucionalizado, valendo-se de dez axiomas, divididos em três grupos, que devem ser seguidos rigorosamente.

GARANTIAS RELATIVAS		
À PENA	**AO DELITO**	**AO PROCESSO**
Nulla Poena sine crimine - Não há pena sem crime. Princípio da Retributividade; *Nulla crimine sine lege* - Não há crime sem lei. Princípio da Reserva Legal. A lei deve ser anterior (princípio da anterioridade), escrita (veda costume incriminador), estrita (veda a analogia incriminadora) e certa (princípio da taxatividade). *Nulla Lex poenalis sine necessitate* - Não há lei penal sem necessidade. Princípio da Necessidade (intervenção mínima).	*Nulla necessitas sine injuria* - Não há necessidade sem lesão. Princípio da Lesividade. *Nulla injuria sine actione* - Não há lesão sem materialização do fato. Princípio da Materialidade; *Nulla actio sine culpa* - Princípio da culpabilidade.	*Nulla culpa sine iudicio* - Princípio da jurisdicionariedade; *Nullum iudicium sine accusatione* - Princípio acusatório. O juiz não pode agir de ofício. *Nulla accusatio sine probatione* - não há acusação sem provas. *Nulla probatio sine defensione* - não há provas sem defesa.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Há intima relação entre o garantismo e os direitos fundamentais, nem sempre há consenso em quais direitos são ou não considerados fundamentais. Diante disso, Ferrajoli defende que, ao menos, quatro direitos devem ser considerados:

- Direito à Dignidade da Pessoa Humana: Aqui, Ferrajoli faz uma longa digressão utilizando-se da doutrina de Kant. Discorre sobre aquilo que não possui valor e aquilo que pode ser trocado por seu equivalente. Sustenta que o homem, enquanto pessoa, é quem possui dignidade, não pode ser trocado por equivalente algum, e ele é que está vinculado a direitos que lhe garantem respeito, são exatamente os direitos ligados à liberdade e à prestação pelo Estado.
- Igualdade: pressupõe a proteção das diferenças e redução das desigualdades. Igualdade, para ele, não é Igualdade Material como muitos referem. Defende que igualdade seria a não exclusão de ninguém.
- Paz, contida já no Preâmbulo da Carta de 1948. Ao falar desse direito, refere que o preâmbulo da DUDHC faz um link entre Direitos Humanos e a Paz, alegando que tanto menos serão os conflitos violentos quanto maior for a paz. Ferrajoli fala do Direito

Internacional (ao qual se refere como um conjunto de promessas não cumpridas ou vazias, pois não há um Órgão Internacional de atuação, situação que começa a mudar com o TPI). Começa a trabalhar com órgãos ou instituições de governo e de garantia. Para ele, a tripartição de Poderes é coisa do passado. Afirma que os direitos fundamentais não podem ficar dentro de uma gaveta sob a nomenclatura ampla de Administração Pública. Não admite que a fonte de legitimação acabe sendo a representatividade política. A fonte de legitimação, segundo ele, é a submissão cega à CF e à lei.

- Os Direitos Fundamentais funcionam como a "Lei dos mais Fracos" - Os Direitos Fundamentais são garantias para os mais fracos. Garantem o Direito à Vida em 1° lugar, contra quem é mais forte fisicamente. Em 2° lugar garantem os Direitos de Liberdade contra quem é mais forte politicamente e, em terceiro lugar, garantem os Direitos Sociais em face de quem é mais forte economicamente.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

2. FUNCIONALISMO PENAL

2.1. INTRODUÇÃO

É um movimento doutrinário que surge na Alemanha, na década de 1970, e rapidamente se propaga para o mundo. Seu objetivo é discutir a função do Direito Penal.

As vertentes funcionalistas não são esgotáveis, cada estudioso do Direito Penal possui uma visão, uma proposta. Não há, assim, um único funcionalismo.

2.2. CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS

Possui três características fundamentais, vejamos:

2.2.1. Proteção do bem jurídico

O Direito Penal é legítimo quando protege um bem jurídico, não pode proteger mais e nem menos do que o necessário.

2.2.2. Desapego da técnica jurídica excessiva

O Direito Penal não pode ficar preso a um formalismo desnecessário, deve ser utilizado com flexibilidade, na medida necessária da proteção do bem jurídico.

2.2.3. Prevalência do jurista sobre o legislador

Para o funcionalismo, o operador do direito é mais importante do que o legislador. Renuncia ao legalismo exagerado, a lei é um mero ponto de partida, não vinculando/engessando a atuação do operador do direito.

Por exemplo, o princípio da insignificância em que há lei tipificando o crime, mas ela não é necessária para proteger o bem jurídico.

2.3. ESPÉCIES

Muitas vezes, as provas não fazem diferenciação entre as espécies de funcionalismo. Quando não houver distinção, adotar o funcionalismo de Roxin.

2.3.1. Funcionalismo moderado, dualista ou de política criminal

É o funcionalismo adotado por Claus Roxin.

É **moderado** porque defende que o Direito Penal possui limites impostos pelo próprio DP, pelos demais ramos do direito e, também, pela sociedade.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

É **dualista** porque o Direito Penal é um conjunto próprio de normas e de valores, as quais convivem, perfeitamente, com os demais ramos do direito.

Por **política criminal** entende-se a aplicação da lei aos anseios da sociedade.

Assim, o Direito Penal é uma ferramenta para ajudar a sociedade a resolver os seus problemas, estando claramente a seu serviço, devendo, assim, ajustar-se à sociedade em que está inserido. Salienta-se que, no Brasil, o funcionalismo de Roxin é chamado de racional-teleológico, pois é movido pela razão, possuindo uma finalidade prática.

Direito penal mínimo.

2.3.2. Funcionalismo radical, monista ou sistêmico

É o funcionalismo adotado por Günther Jakobs, criador do Direito Penal do Inimigo.

O DP só respeita os limites impostos pelo próprio DP, por isso é **radical**.

É **monista** porque independe dos demais ramos do direito, é um sistema próprio de normas.

Jakobs adota a Teoria dos Sistema, de Luhmann, considerando o Direito Penal um sistema autônomo (independe dos demais ramos do direito), autorreferente (todos os conceitos e referências que precisa buscar estão no próprio DP) e autopoiético (renova-se por conta própria).

Assim, o Direito Penal possui como finalidade a proteção da norma, ou seja, serve para proteger o próprio Direito Penal, pois só passará a ser respeitado quando for aplicado de forma rígida, severa, punindo os seus infratores.

Direito Penal máximo.

2.3.3. Quadro comparativo

FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO (ROXIN)	FUNCIONALISMO RADICAL (JACOBS)
Preocupa=se com os fins do Direito Penal.	Preocupa-se com os fins da pena.
Norteia-se por finalidade de política criminal.	Leva em consideração somente as necessidades do sistema.

Busca-se a proteção de bens jurídicos indispensáveis ao indivíduo.	Busca a reafirmação da autoridade do Direito.
Trabalha com imputação objetiva do resultado e com a insignificância.	Função preventiva geral da pena. Ao descumprir sua função na sociedade, o sujeito deve ser eficazmente punido (a autoridade da lei somente é obtida com sua rígida e constante aplicação.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

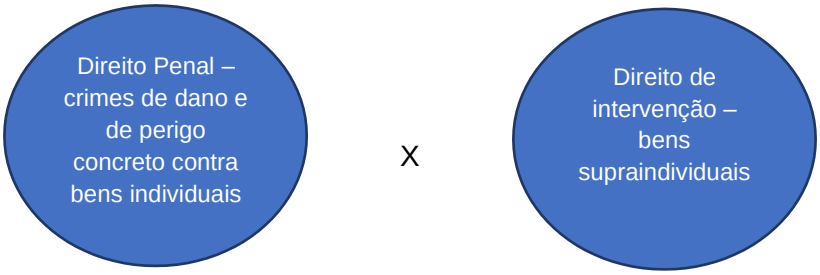
.

Roxin é MINIMALISTA	Direito Penal do Inimigo.

3. DIREITO DE INTERVENÇÃO

É criação de Winfried Hassemer.

O Direito Penal quis cuidar de muitos temas, dispondo-se a resolver inúmeras questões o que acabou causando uma verdadeira hipertrofia. Diante disso, Hassemer propõe que o Direito Penal trate apenas de seu núcleo fundamental, formado pelos crimes de dano e de perigo contra bens jurídicos individuais. As condutas que atingem bens metaindividuais, difusos e coletivos, devem ser deslocadas do DP para o direito de intervenção.



Percebe-se que a proposta de Hassemer visa a redução do DP, diminuir a sua abrangência.

Nas palavras do autor, "*é de grande significado que se afaste do direito penal os problemas que nos tempos atuais foram nele introduzidos. Poder-se-ia aconselhar, quanto àqueles problemas da sociedade moderna, que provocam a modernização do direito penal, de que fossem regulados em um direito de intervenção especial, o qual está situado entre o direito penal e o direito da contrariedade à ordem pública, entre o direito civil e o direito público, o qual dispõe, na verdade, de garantias e de regramentos processuais menos exigentes do que o direito penal, mas que, em contrapartida, está equipado com sanções menos intensas diante do indivíduo*."

ATENÇÃO! O Direito de Intervenção não possui natureza penal. Desta forma, tais condutas (metaindividuais) deixam de ser crimes. Deve ser aplicado pela Administração Pública, ante a ausência de natureza penal. No Brasil, equivale ao Direito Administrativo Sancionador.

Cita-se, como exemplo, os crimes ambientais.

4. VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

Trata-se da Teoria proposta por Jesus Maria da Silva-Sanchez, em sua obra “A expansão do Direito Penal”, para quem o DP sempre se desenvolveu em duas velocidades, a primeira trata do DP da prisão e a segunda trata do DP sem prisão.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

1ª VELOCIDADE DP DA PRISÃO	2ª VELOCIDADE DP SEM PRISÃO
Lento 	Rápido 
Não é Direito Penal da pena privativa de liberdade, pois todos os crimes, no Brasil, possuem PPL (detenção, reclusão), com exceção do art. 28 da Lei de Drogas. Trata, então, dos poucos crimes que, inevitavelemnte, levam o seu responsável a perder a liberdade. Ex: homicídio qualificado, latrocínio, extorsão mediante sequestro.	É o DP das penas restrivas de direito e multa, medidas que evitam a prisão. Visa a despenalização.
É um DP lento e extremamente garantista, pois a liberdade está em jogo. Por isso, os prazos processuais são grandes, há possibilidade de recurso. O rito do Júri é um exemplo. Respeitam-se todos os direitos e garantias fundamentais.	É um DP rápido, pois admite a flexibilização de direitos e garantias fundamentais. O rito dos juizados é um exemplo.
ATENÇÃO! Tanto o DP de primeira velocidade quanto o DP de segunda velocidade são aplicados pela justiça penal.	

5. DIREITO PENAL DO INIMIGO

5.1. ORIGEM HISTÓRICA

De acordo com os historiadores do DP, sempre existiu e sempre irá existir inimigos do Direito Penal. A sistematização da teoria foi uma criação de Günther Jakobs (funcionalismo radical, monista ou sistêmico). Na década de 80, houve a unificação da Alemanha (Oriental e Ocidental), a parte Ocidental (Jakobs) estava com receio da população Oriental, passando a considerá-los como inimigos.

Como se percebe, o DP do inimigo surge em um contexto de medo do desconhecido,

daquilo que não se pode controlar. Nesta época, a tese de Jakobs não vingou, pois o mundo caminhava para uma democracia. Aproximadamente uma década depois, Jakobs faz nova tentativa sobre a tese do DP do inimigo, mas não obtém sucesso.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Contudo, a partir de 11 de setembro de 2001, com os ataques aos EUA, o terrorismo passou a se alastrar pelo mundo, causando pânico e surgem diversas indagações de como o DP iria tratar da nova fórmula de criminalidade.

Jakobs traz a solução, em 2003, lança sua obra “Direito Penal do Inimigo”, com base filosófica em:

- Rousseau, “O contrato Social”, quando as pessoas decidiram conviver em grupo, todos renunciaram a parte da liberdade em troca do bem coletivo;
- Kant, dentro dos imperativos categóricos de justiça, quem viola o Direito Penal deve ser eliminado do Estado;
- Hobbes, “O Leviatã”, o ser superior sempre é atacado, mas sempre prevalece sobre o inimigo. O bem sempre vence o mal

5.2. QUEM É O INIMIGO NO DIREITO PENAL?

Segundo Jakobs, há no DP dois grupos de pessoas, de um lado o cidadão e de outro lado o inimigo. Todos nascem com o status de cidadão, mas alguns transformam-se em inimigo.

A transformação em inimigo acontece de forma gradual, vejamos:

1º - o agente pratica um crime grave, a exemplo de um latrocínio. Permanece sendo cidadão.

2º - o agente reitera a sua conduta, praticando um segundo crime grave (homicídio). Ainda é cidadão.

3º - o agente transforma-se em um criminoso habitual (faz da prática de crimes o seu meio de vida). Ainda é considerado cidadão.

4º - o agente passa a integrar organização criminosa (independente do conceito – é uma estrutura ilícita de poder) ou é um terrorista (inimigo por natureza). Apenas, aqui, é considerado inimigo, pois visa a destruição do Estado.

OBS: Para ser considerado inimigo, não é necessário seguir todas as etapas. Basta que integre organização criminosa ou seja terrorista.

5.3. CONSEQUÊNCIAS

Como consequência, há a criação de dois Direitos Penais: um do cidadão (maior incidência) e um do inimigo (menor).

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com



É um grupo grande, até os criminosos encontram-se aqui. É um DP **garantista**, pois respeita os direitos e garantias fundamentais. Haverá punição. É um DP **retrospectivo**, pois se fundamenta na culpabilidade do agente, ou seja, o agente é punido por aquilo que fez ou deixou de fazer. É DP do **FATO**.



Poucas pessoas estão neste grupo. É um DP **autoritário**, eis que suprime direitos e garantias. Por exemplo, inimigo não possui direito à ampla defesa (terá apenas defesa formal), não possui direito ao duplo grau de jurisdição. Pode, inclusive, ficar incomunicável. É **prospectivo** (olha para o futuro), tendo em vista que se baseia na periculosidade do agente. Pune-se o inimigo pelo risco social que ele representa, ou seja, por aquilo que pode vir a fazer. É um DP do **AUTOR**.

OBS.: é errada a ideia de que o DP do inimigo "rasga" a Constituição, pois há, na verdade, dois direitos penais. Apenas ao grupo dos inimigos, os quais não reconhecem as regras do Estado, é que não há o respeito às garantias. É como se houvesse uma guerra, em que o importe é "vencer".

5.4. EFEITOS DA APLICAÇÃO DO DP DO INIMIGO

5.4.1. Antecipação da tutela penal

O DP é aplicado após os atos de execução do delito. Ao contrário, o DP do inimigo antecipa sua punição, a fim de punir atos preparatórios com a mesma pena do delito consumado.

No Brasil, a lei de terrorismo admite a punição de atos preparatórios, com a diminuição da pena.

> *Art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumar tal delito:*
> *Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.*

.

5.4.2. Penas indeterminadas

O Direito Penal do Inimigo defende a aplicação de penas indeterminadas, tendo em vista que é fundado na periculosidade do agente. Assim, enquanto o inimigo apresentar perigo ao

Estado a pena continuará sendo aplicada.

5.4.3. Meios de prova

O processo penal brasileiro admite qualquer prova, assim o juiz pode condenar ou absolver com base em qualquer prova, desde que o faça fundamentadamente. Adota-se o sistema da persuasão racional (livre convencimento motivado).

Já no DP do inimigo o principal meio de prova é a confissão, que pode ser obtida com a utilização de tortura.

5.4.4. Fortalecimento dos poderes da polícia

O ordenamento jurídico brasileiro, em inúmeros assuntos, consagra a reserva de jurisdição. Ou seja, são situações em que é necessária a autorização prévia do Poder Judiciário para que possam ser executadas, a exemplo da interceptação telefônica, busca e apreensão.

Diferentemente, no DP há uma ampliação dos poderes da polícia. O Judiciário irá atuar posteriormente, para verificar se houve ou não excessos. A polícia possui autonomia.

5.5. TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL

Como visto acima, no DP de primeira velocidade há uma ampla garantia de direitos, por isso é mais lento, há prisão; já o DP de segunda velocidade é considerado um direito rápido, tendo em vista que há uma celeridade, sem prisão, visa a despenalização.

O DP do inimigo é considerado a terceira velocidade do DP porque aplica a pena de prisão (até mesmo a perpétua) e, ao mesmo tempo, é extremamente rápido, eis que não há respeito aos direitos e garantias fundamentais.

5.6. APLICAÇÃO NO BRASIL

O art. 5º da CF, ao consagrar o princípio da igualdade, proíbe que se separe os seres humanos em dois grupos: cidadão e inimigos. Ademais, há proibição de tortura, garante-se a ampla defesa, o contraditório, enfim uma série de garantias processuais. Desta forma, formalmente o DP do inimigo não é permitido no Brasil.

Contudo, informalmente, o DP do inimigo é aplicado no Brasil, a exemplo dos casos de chacinas cometidas por grupo de extermínio; crimes cometidos por facções.

Aqui, surge o **DIREITO PENAL SUBTERRÂNEO** que engloba os crimes cometidos na clandestinidade por agentes públicos, mas que não entram nas estatísticas criminais, contando muitas vezes com o apoio do próprio Poder Judiciário.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

6. QUARTA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL

Criação do penalista argentino Daniel Pástor, também chamada de **neopunitivismo** (nova forma de punir) ou **panpenalismo** (direito penal total/absoluto). É um DP mais arbitrário que o DP do inimigo, vai além pois ignora os princípios da reserva legal e da anterioridade. Aqui, o crime é criado após a prática da conduta.

A quarta velocidade será aplicável aos antigos Chefes de Estado pela prática de crimes de guerra. A competência será dos tribunais de exceção (*ad hoc*), já que são tribunais criados após a prática do fato e julgam fato determinado, violando claramente o princípio do juiz natural.

Igualmente, é um DP que viola o sistema acusatório, eis que as figuras de acusação, defesa e julgador são feitas pela mesma pessoa, não há separação.

O concurso do MP/MS cobrou entendimento sobre as velocidades do DP, incluindo a quarta velocidade, vejamos:

13 - Assinale a alternativa **correta**.

A) O denominado direito penal do inimigo, que tem como expoente Günther Jakobs, pode ser entendido como um direito penal de segunda velocidade, restringindo garantias penais e processuais.

B) A terceira velocidade do direito penal, ligada à ideia de aplicação de penas alternativas, encontra amparo no ordenamento penal brasileiro na Lei n. 9.099/1995.

C) A quarta velocidade do direito penal refere-se ao neopunitivismo, abrangendo aquelas pessoas que violaram tratados e convenções internacionais de direitos humanos, ostentando a condição de Chefes de Estado, devendo sofrer a incidência de normas internacionais.

D) A teoria da primeira velocidade do direito penal, fundada no respeito às garantias individuais, tinha a ideia de um direito penal de mínima intervenção e sanções não privativas de liberdade.

E) A ideia de velocidades do direito penal foi concebida e sistematizada pelo professor Manuel Cancio Meliá.

Gabarito: C.

7. QUINTA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL

No Brasil, principalmente em razão dos meios eletrônicos, começa-se a falar em quinta velocidade do Direito Penal, que se caracteriza pela presença maciça de agentes de segurança pública nos locais públicos, de forma a inibir qualquer tipo de criminalidade.

Segundo Masson, não deve ser considerada uma velocidade do Direito Penal, não possuir relação com a ideia de Silva-Sanchez.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

LEI PENAL

1. INTRODUCÃO

A lei penal é a fonte formal imediata do Direito Penal, tendo em vista que apenas a lei penal cria crimes e comina penas (desdobramento do princípio da legalidade).

2. CLASSIFICAÇÃO

2.1. INCRIMINADORAS

São as leis que criam crime e cominam as respectivas penas, estão previstas na parte especial do Código Penal e na legislação extravagante. Assim, conclui-se que não há na parte geral do CP leis penais incriminadoras.

A lei penal incriminadora é formada por dois preceitos, quais sejam:

a) Preceito primário – define a conduta criminosa de forma genérica e abstrata. Por exemplo, “matar alguém” (art. 121 do CP);
b) Preceito secundário – define a pena em abstrato.

Ressalta-se que o DP brasileiro segue a **TEORIA DAS NORMAS** (sistema da proibição indireta), desenvolvida por Karl Binding, segundo a qual a lei penal é descritiva. Ou seja, o tipo penal descreve uma conduta criminosa, não proíbe determinadas condutas. Perceba que a proibição é indireta, pois quando o CP prevê uma pena para o crime de homicídio, indiretamente está afirmando que não se deve matar.

2.2. NÃO INCRIMINADORAS

Logicamente, são as leis que não criam crimes e nem cominam penas. A seguir iremos analisar as espécies de normas penais não incriminadoras.

2.2.1. Permissivas

São as normas que autorizam a prática de condutas típicas em determinadas situações, são as que excluem a ilicitude, previstas tanto na parte geral do CP (art. 23) como na parte especial do CP (art. 128 do CP) e na legislação extravagante.

2.2.2. Exculpantes

Normas penais exculpantes são aquelas que excluem a culpabilidade do agente ou, ainda, a impunidade de alguns delitos. Cita-se, como exemplo, o art. 107 do CP.

2.2.3. Interpretativas

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

São aquelas que estabelecem o alcance e o significado de outras normas penais. Por exemplo, art. 327 do CP.

2.2.4. De aplicação, finais ou complementares

São aquelas que delimitam o campo de validade da lei penal, a exemplo do art. 5º do CP.

2.2.5. Diretivas

São as normas que fixam os princípios de determinada matéria, a exemplo do art. 1º do CP.

2.2.6. Integrativas, complementares ou de extensão

São aquelas que complementam a tipicidade na tentativa (art. 14, II), na participação (art. 29, caput) e nos crimes omissivos próprios (art. 13).

2.3. COMPLETAS OU PERFEITAS

Apresentam todos os elementos da conduta criminosa. Não é necessário nenhum complemento, a exemplo do que ocorre no art. 155 do CP.

2.4. INCOMPLETAS OU IMPERFEITAS

Dependem de complementação, pois a conduta criminosa é incompleta. A complementação será feita por uma lei, por um ato administrativo ou, ainda, pelo aplicador do direito.

- Quando o complemento for uma lei ou ato administrativo, teremos normas penais em branco.
- Quando o complemento for feito pelo aplicador do direito, teremos tipos penais abertos.

3. CARACTERÍSTICAS

3.1. EXCLUSIVIDADE

Apenas a lei pode criar crimes e cominar as respectivas penas, trata-se da aplicação do princípio da legalidade.

3.2. ANTERIORIDADE

A lei penal incriminadora só pode ser aplicada a fatos praticados após a sua entrada em vigor. Ou seja, a lei incriminadora somente será aplicada a fatos futuros nunca a fatos pretéritos, salvo para beneficiar o réu (retroatividade benéfica).

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

3.3. IMPERATIVIDADE

O descumprimento da lei penal acarreta a imposição de uma pena ou de uma medida de segurança.

3.4. GENERALIDADE

A lei penal é dirigida a todas as pessoas, indistintamente.

3.5. IMPESSOALIDADE

A lei penal projeta seus efeitos para o futuro, para alcançar qualquer pessoa que venha a praticar o fato nela proibido.

Como exceções temos a anistia e *abolitio criminis* que se destinam a fatos que já foram praticados.

4. LEI PENAL E TEMPO DO CRIME

É necessário identificar o momento em que se considera o crime praticado.

Obs.: LUTA = lugar do crime ubiquidade; tempo do crime atividade

4.1. TEORIA DO RESULTADO

Também chamada de Teoria do Evento ou Teoria do Efeito, considera-se praticado o crime no momento do resultado.

4.2. TEORIA DA UBIQUIDADE/MISTA

O crime será considerado praticado no momento da ação ou do resultado.

4.3. TEORIA DA ATIVIDADE

Considera-se praticado o crime no momento da conduta. É a Teoria adotada pelo Código Penal em seu art. 4º, vejamos:

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

A Teoria da Atividade possui relevância apenas para os crimes materiais ou causais, ou seja, aqueles em que o tipo penal contém conduta e resultado naturalístico (consuma-se apenas quando o resultado é produzido).

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

Por exemplo, o crime de homicídio consuma-se com a efetiva morte da vítima.

Obs.: Apenas nos crimes materiais a conduta e o resultado podem ocorrer em momentos distintos. Imagine, por exemplo, que João atira em Pedro no dia 10 de fevereiro, mas o óbito acontece apenas em 15 de fevereiro. O crime de homicídio será considerado praticado no dia 10/02 (momento da ação) e não no dia 15/02 (momento do resultado).

Em relação aos crimes formais e aos crimes de mera conduta, a consumação ocorre sempre com a prática da ação, não importando o momento do resultado, por isso o art. 4º perde a relevância.

Destaca-se que a inimputabilidade é analisada no momento da ação. Assim, por exemplo, quando um adolescente de 17 anos, 11 meses e 29 dias efetua disparos de arma de fogo, com o dolo de matar, ferindo gravemente a vítima que morre uma semana após. Perceba que temos dois momentos distintos, quais sejam:

- Ferimento da vítima = o agente era menor;
- Morte da vítima = o agente já era maior.

No exemplo acima, o autor dos disparos irá responder por ato infracional análogo ao homicídio, tendo em vista que no tempo do crime era menor ainda. Pouco importa o momento em que ocorreu o resultado.

Além disso, a Teoria da Atividade é importante para analisar as condições da vítima. Imagine, por exemplo, que o agente efetua disparo de arma de fogo contra uma vítima menor de 14 anos que morre quando já era maior ou, ainda, que o agente efetua disparo de arma de fogo contra uma pessoa menor de 60 anos que na data do óbito já possuía mais de 60 anos. Nas

situações hipotéticas, haverá a incidência da causa de aumento prevista no §4º do art. 121 do CP?

> *Art. 121, § 4o No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.*

Para a vítima menor de 14 anos, haverá a incidência. Para a vítima menor de 60 anos, no momento da ação, não haverá a incidência.

A Teoria da Atividade ainda é importante para determinar a lei que se aplica ao caso.

Outro ponto relevante, dentro da Teoria da Atividade, refere-se à prescrição, tendo em vista que o CP adota a Teoria do Resultado (art. 111, I, do CP) para a contagem do início do prazo da PPP (prescrição da pretensão punitiva).

> *Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:*
> *I - do dia em que o crime se consumou;*

@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

Assim, podemos afirmar que o CP excepciona a Teoria da Atividade para fins de prescrição, eis que adota a Teoria do Resultado.

4.4. CRIME CONTINUADO E CRIME PERMANENTE

Em relação ao tempo do crime para os crimes continuados e para os crimes permanentes, aplica-se a Súmula 711 do STF, observe:

> *Súmula 711 STF - A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.*

Para fins de uma melhor compreensão, analisaremos a aplicação da súmula de forma separada para cada um dos crimes.

4.4.1. <u>Crime permanente</u>

É aquele em que a consumação se prolonga/se protrai no tempo, pela vontade do agente. Como exemplo, temos a extorsão mediante sequestro que se consuma com a privação da liberdade da vítima e continua se consumando até a sua libertação.

Observe a linha abaixo (extorsão mediante sequestro):



Aplica-se a lei mais grave, tendo em vista que é a lei vigente no fim da permanência (o

agente poderia ter cessado, mas insistiu na prática do delito). Aqui, não haverá ultratividade da Lei A.

4.4.2. Crime continuado

Está previsto no art. 71 do CP, vejamos:

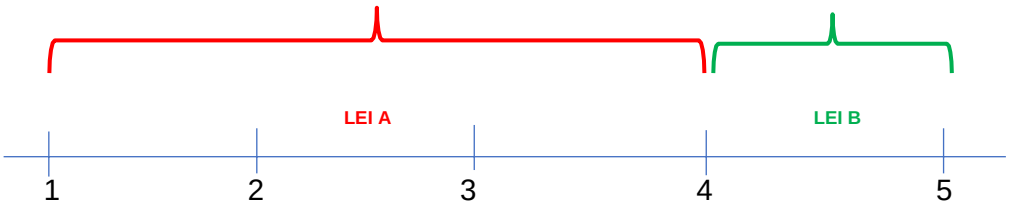
> *Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, prática dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.*

São vários crimes da mesma espécie (previsto no mesmo tipo penal e ofendem o mesmo bem jurídico) que pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, os crimes subsequentes são havidos como uma continuação do primeiro.

Imagine que João praticou cinco furtos. Nos quatro primeiros crimes estava em vigor a Lei A, quando praticou o quinto furto estava em vigor a Lei B (mais grave). Aqui, aplica-se a lei mais

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

grave (Súmula 711 do STF) para os cinco crimes, tendo em vista que o CP adota a Teoria da Ficção Jurídica para o crime continuado, o crime começou a ser praticado na Lei A e terminou na Lei B.



O agente que prosseguiu na continuidade delitiva após o advento da lei nova, tinha a possibilidade de motivar-se pelos imperativos desta, ao invés de persistir na prática de seus crimes. Submete-se, portanto, ao novo regime, ainda que mais grave, sem surpresas e sem violação do princípio da legalidade.

5. LEI PENAL E LUGAR DO CRIME

A aplicação correta da lei penal, igualmente, depende da identificação do local em que o crime foi praticado.

Em relação ao lugar do crime, o CP adota a Teoria da Ubiquidade, considerado o local em que ocorreu a ação ou o local em que ocorreu o resultado, nos termos do art. 6º, *in verbis*:

> *Art. 6º - Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.*

Obs.: O art. 6º do CP aplica-se apenas aos crimes à distância, também conhecidos como crimes de espaço máximo, em que a conduta e o resultado ocorrem em países diversos. É caso de soberania, assim um país não pode tirar de outro o direito de apurar determinado delito. Por exemplo, imagine que João atirou em Pedro no Brasil, mas o resultado consumou-se no Paraguai. Ambos serão competentes para o processo e julgamento do delito, podendo João ser processado e condenado tanto no Brasil quanto no Paraguai, podendo cumprir pena nos dois países.

A fim de contornar (amenizar) o *bis in idem* aplica-se o art. 8º do CP, observe:

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

Assim, se no outro país a punição é da mesma natureza (privativa de liberdade: BR 20 anos, lá 10 anos), então serão computados os 10 anos faltantes. Porém, se é de outra natureza (privativa de liberdade no BR e multa no outro país), este fato será utilizado como atenuante.

5.1. CRIMES À DISTÂNCIA X CRIMES PLURILOCAIS

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

CRIMES À DISTÂNCIA	CRIMES PLURILOCAIS
Crimes de espaço máximo.	Crimes de espaço mínimo.
Conduta e resultado ocorrem em países diversos.	Conduta e resultado ocorrem em comarcas diversas, mas dentro do mesmo país.
Conflito internacional de jurisdição (Soberania) dos países envolvidos.	Conflito interno de competência.
Teoria da Ubiquidade.	Teoria do Resultado (art. 70 do CPP), como regra geral. *CPP Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se CONSUMAR a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.* Exceção – Lei 9.099/95 adota Teoria da Atividade (art. 63). *Lei 9.099 – JECRIM Art. 63. A competência do Juizado será determinada pelo lugar em que foi praticada a infração penal.* Obs.: Tratando-se de crime doloso contra a vida plurilocais (ação e resultado em local distintos), a jurisprudência adota a Teoria da Atividade, para fins probatórios (restituição, colheita de prova testemunhal) e, também, pela própria essência do Tribunal do Júri (sociedade abalada pelo crime julga o seu par).

6. LEI PENAL NO ESPAÇO

6.1. INTRODUÇÃO

Sabendo que um fato punível pode, eventualmente, atingir os interesses de dois ou mais estados igualmente soberanos, o estudo da lei penal no espaço visa descobrir qual é o âmbito territorial de aplicação da lei penal brasileira, bem como de que forma o Brasil se relaciona com outros países em matéria penal.

Há dois vetores fundamentais para analisarmos a lei penal no espaço, quais sejam:

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

a) Territorialidade (art. 5º do CP) – é a regra geral, aplica-se a lei penal brasileira aos crimes cometidos no território nacional.
b) Extraterritorialidade (art. 7º do CP) – é a exceção, aplica-se a lei penal brasileira aos crimes cometidos no exterior.

Obs.: Intraterritorialidade é a aplicação da lei estrangeira a crimes cometidos no Brasil, a exemplo das imunidades diplomáticas e de chefes de governo estrangeiro.

Está ligada ao Direito Penal Internacional, ramo do Direito Internacional Público, refere-se a crimes que afetam interesses de mais de um país.

Hoje, é amplamente aplicada a chamada **"PASSAGEM INOCENTE"**: quando navio passa pelo território nacional apenas como passagem necessária para chegar ao seu destino (no nosso território não atracará) não se aplica a lei brasileira. SÓ se refere a NAVIO, de acordo com Tratados
Internacional, porém a DOUTRINA PÁTRIA estende para aeronaves (*mais um caso de intraterritorialidade, pois prevista em tratados internacionais*)

6.2. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

6.2.1. Princípio da territorialidade

É a regra no Brasil, conforme disposto no art. 5º do CP.

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

É fruto da soberania, comum a todos os países.

Ressalta-se que o Brasil adota uma territorialidade temperada ou mitigada, pois o próprio art. 5º afirma que será aplicado sem prejuízo a convenções, tratados e regras de direito internacional.

TERRITÓRIO – é o espaço que o país exerce sua soberania política.

TERRITÓRIO BRASILEIRO POR EXTENSÃO – art. 5º, §1º do CP.

> *Art. 5º § 1º - Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar.*

Por exemplo, dentro de uma aeronave brasileira, em solo japonês, é cometido um homicídio. A jurisdição será do Brasil, tendo em vista que a aeronave brasileira é considerada uma extensão do território nacional.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

> *Art. 5º, § 2º - É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em voo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil.*

Observe o quadro abaixo:

Aeronaves ou embarcações PÚBLICAS BRASILEIRAS ou a SERVIÇO DO GOVERNO BRASILEIRO	**Quer se encontrem em território nacional ou estrangeiro, são considerados parte do nosso território.**
Aeronaves ou embarcações MERCANTES ou PRIVADAS quando em alto-mar ou no espaço aéreo correspondente ao alto mar.	Aplica-se a lei da bandeira que ostentam. Justificativa**:** lá nenhum país exerce soberania.
Aeronaves ou embarcações ESTRANGEIRAS PRIVADAS	São considerados parte do nosso território quando aqui atracados ou em pouso.
Aeronaves ou embarcações PÚBLICAS ESTRANGEIRAS ou A SERVIÇO DO GOVERNO ESTRANGEIRO.	Não se aplica a lei nacional (princípio da reciprocidade (Art. 5º §2º).
Embaixadas	Não é extensão territorial do país que representa. É inviolável, mas não extensão.

Todos os princípios que veremos abaixo são para os crimes praticados fora do Brasil.

6.2.2. Princípio da personalidade ou da nacionalidade

Considera, para aplicação da lei penal, a personalidade ou a nacionalidade. Divide-se em:

a) Personalidade ativa

O agente é autor brasileiro, será punido de acordo com a lei brasileira, independentemente da nacionalidade do sujeito passivo (vítima) e do bem jurídico ofendido.

Está previsto na primeira parte do art. 7º, I, d e no art. 7º, II, b do CP.

> *Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:*
> *I - os crimes:*
> *(...)*
> *d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;*
> *II - os crimes:*
> *(...)*
> *b) praticados por brasileiro;*

.

Além disso, seu fundamento constitucional encontra-se no art. 5º, LI da CF, que proíbe a extradição de brasileiros.

> *CF, art. 5º, LI: nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei*

b) Personalidade passiva

Leva em conta a vítima do crime que deverá ser brasileira, previsto no art. 7º, §3º

> *Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:*
> *(...)*
> *§ 3º - A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior:*
> *a) não foi pedida ou foi negada a extradição;*
> *b) houve requisição do Ministro da Justiça.*

6.2.3. Princípio do domicílio

O agente deve ser julgado pela lei do país em que é domiciliado, pouco importando a sua nacionalidade (parte final do art. 7º, I, d do CP).

> *Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:*
> *I - os crimes:*
> *(...)*
> *d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;*

Por exemplo, um francês que reside no Brasil pratica um genocídio na Somália. Será aplicada a lei brasileira, local de seu domicílio.

6.2.4. Princípio da defesa, real ou da proteção

O crime ofende um bem jurídico brasileiro, pouco importa a nacionalidade do agente e pouco importa o local do delito, previsto no art. 7º, I, a, b, c, do CP.

> *Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:*
> *I - os crimes:*
> *a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;*
> *b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público;*
> *c) contra a administração pública, **por quem está a seu serviço**;*

6.2.5. Princípio da justiça universal

Também chamado de justiça cosmopolita, competência universal, jurisdição universal ou mundial, repressão mundial ou, ainda, universalidade do direito de punir.

.

Está relacionado à cooperação penal internacional (mais ampla), segundo a qual todos os países podem punir os autores de determinados crimes (cuja punição interessa a todos os países da comunidade internacional) que se encontrem em seu território.

Aqui, pouco importa a nacionalidade do agente, o local do crime e o bem jurídico atingido.

> *Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:*
> *(...)*
> *II - os crimes:*
> *a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;*

Cita-se, como exemplo, o tráfico de pessoas.

6.2.6. Princípio da representação

Chamado também de princípio do pavilhão, da bandeira, subsidiário ou da substituição. Está previsto no art. 7º, II, c do CP.

> *Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:*
> *(...)*
> *II - os crimes:*
> *(...)*
> *c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.*

Quando o crime for praticado em uma aeronave ou embarcação pública brasileira ou a serviço do Governo brasileiro, não se aplicam os princípios acima, pois se trata de território brasileiro por extensão.

6.3. EXTRATERRITORIALIDADE

É a aplicação da lei brasileira aos crimes (não se aplica para contravenções penais) cometidos fora do Brasil, são as exceções ao princípio da territorialidade.

6.3.1. Extraterritorialidade incondicionada

Previsto no inciso I do art. 7º do CP.



> *Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:*
> *I - os crimes:*
> *a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;*
> *b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público;*
> *c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço;*
> *d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;*

.

Atentar para o disposto no §1º, do art. 7º do CP, que consagra a soberania.

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

6.3.2. Extraterritorialidade condicionada

São as hipóteses do inciso II, do art. 7º.

> *Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:*
> *(...)*
> *II - os crimes:*
> *a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; Justiça Universal*
> *b) praticados por brasileiro; Personalidade ou nacionalidade ativa*
> *c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados. Bandeira, pavilhão etc.*

Observar os §§ 2º e 3º que trazem as condições para que a lei brasileira seja aplicada.

> *§ 2º - Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:*
> *a) entrar o agente no território nacional*
> *b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;*
> *c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;*
> *d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;*
> *e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.*
> *§ 3º - A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior:*
> *a) não foi pedida ou foi negada a extradição;*
> *b) houve requisição do Ministro da Justiça.*

Um brasileiro, nos EUA, (c) mata (b) um argentino. Logo depois, entra no Território brasileiro (a). Nos EUA ele não foi processado (d) (e). **(Art. 7º, II, "b" CP)**

a) O brasileiro entrou no território nacional;

b) O homicídio também é crime nos EUA;

c) O homicídio está entre os crimes pelos quais o Brasil autoriza a extradição;

d) Não foi perdoado;

e) Não há causa extintiva de punibilidade.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

> ***CP** Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, **embora cometidos no estrangeiro**:*
> *II - os crimes:*
> *b) praticados por brasileiro;*

Aplica-se a lei penal brasileira.

*De quem é a competência para o processo e julgamento? Regra = Justiça Estadual.

*Qual território competente? Capital do Estado em que ele MORA ou MOROU. Se ele não mora ou nunca morou, será a Capital da REPÚBLICA, art. 88 do CPP.

> *CPP Art. 88. No processo por crimes praticados fora do território brasileiro, será competente o juízo da Capital do Estado onde houver por último residido o acusado. Se este nunca tiver residido no Brasil, será competente o juízo da Capital da República.*

6.4. APLICAÇÃO PRÁTICA DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO ESPAÇO: CASOS (BASILEU GARCIA)

Embarcação brasileira privada em alto-mar naufraga. Sobre os destroços, italiano mata argentino. Qual lei é aplicada?

Os destroços do navio continuam ostentando a bandeira, a lei é BRASILEIRA a ser aplicada. Princípio da bandeira ou representação.

Embarcação holandesa privada colide com embarcação brasileira privada, as duas naufragam. Os sobreviventes constroem uma jangada com os destroços dos dois navios. Sobre estes destroços um americano mata um argentino, de qual país a lei deve ser aplicada?

A doutrina resolve aplicando a nacionalidade ativa. No caso, a do americano. Solução doutrinária.

Se um navio colombiano público, está na atracado na costa brasileira e ocorre um crime dentro do navio, qual lei deve ser aplicada?

A colombiana, devido ao princípio da reciprocidade (intraterritorialidade).

Se um marinheiro desce do navio colombiano atracado na costa brasileira e mata um argentino em solo brasileiro, qual lei deverá ser aplicada?

Depende da condição com que ele saiu do navio. SE ele desceu a SERVIÇO, será a lei colombiana, ele desce com a BANDEIRA. Se ele desce por interesses particulares, ele ficará sujeito à lei brasileira.

7. EFICÁCIA DE SENTENÇA ESTRANGEIRA

Previsto no art. 9º do CP, vejamos:

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

> *Art. 9º - A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para:*
> *I - obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis;*
> *II - sujeitá-lo a medida de segurança.*
> *Parágrafo único - A homologação depende:*
> *a) para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada;*
> *b) para os outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça.*

Destaca-se que até o Código de Processo Civil de 2015 a sentença estrangeira só era homologada após o seu trânsito em julgado, conforme disposto na Súmula 420 do STF, observe:

> ***Súmula 420 STF*** *– Não se homologa sentença proferida no estrangeiro sem prova do trânsito em julgado.* SUPERADA

Após o advento do CPC/15, não mais se exige o trânsito em julgado da sentença estrangeira para que seja homologada, basta que tenha eficácia, nos termos do art. 963, III do CPC

> *Art. 963. Constituem requisitos indispensáveis à homologação da decisão:*
> *III - ser eficaz no país em que foi proferida;*

Nesse sentido, o entendimento do STJ:

> *Com a entrada em vigor do CPC/2015, tornou-se necessário que a sentença estrangeira esteja eficaz no país de origem para sua homologação no Brasil. O art. 963, III, do CPC/2015, não mais exige que a decisão judicial que se pretende homologar tenha transitado em julgado, mas apenas que ela seja eficaz em seu país de origem, tendo sido tacitamente revogado o art. 216-D, III, do RISTJ. STJ. Corte Especial. SEC 14.812-EX, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 16/05/2018 (Info 626).*

Não esquecer que a homologação da sentença estrangeira é feita pelo STJ e que será considerada um título executivo judicial (art. 515, VIII do CPC).

Obs.: A sentença condenatória estrangeira irá gerar reincidência, independentemente de ter sido homologada pelo STJ. Portanto, basta a prova da existência de uma sentença condenatória no estrangeiro.

8. CONTAGEM DO PRAZO

O art. 10 do CP traz a forma de contagem do prazo (intervalo dentro do qual deve ser praticado determinado ato).

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

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

Todo prazo possui um termo inicial (*a quo*) e um termo final (*ad quem*).

Entende-se por calendário comum (calendário gregoriano) aquele que estabelece que o dia é o intervalo entre a meia noite e a meia noite subsequente.

O Direito Penal afeta a liberdade do cidadão, colocando em risco o seu direito de ir e vir. Por isso, com o intuito de favorecer o réu, inclui-se na contagem do prazo o dia do começo e exclui-se o último dia.

Por exemplo, imagine que João foi preso às 23:58 do dia 10 de fevereiro de 2020, para cumprir uma pena de um ano, os dois minutos do dia 10/02 serão considerados como dia do começo. Assim, no dia 09 de fevereiro de 2021 a pena terá sido cumprida. Caso João tivesse sido condenado a pena de um mês, acabaria no dia 09 de março de 2020.

No CPP é o inverso, não se conta o dia do começo e conta-se o dia do final, nos termos do

§1º do art. 798, mas finalidade é a mesma: favorecer o réu.

> *Art. 798. § 1º Não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento.*

Observe a Súmula 310 do STF:

> *Súmula 310 - Quando a intimação tiver lugar na sexta-feira, ou a publicação com efeito de intimação for feita nesse dia, o prazo judicial terá início na segunda-feira imediata, salvo se não houver expediente, caso em que começará no primeiro dia útil que se seguir.*

9. FRAÇÕES NÃO COMPUTÁVEIS DA PENA

Observe o dispôs no art. 11 do CP:

> *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.*

Na sistemática do CP as penas restritivas de direitos são substitutivas, por isso sua menção é desnecessária.

Por exemplo, uma pena de 10 dias aumentada em 1/3, será de 13dias, já que se desprezam as frações de dias, contam-se em dias inteiros. O mesmo ocorre nas penas de multa, em que serão desprezadas as frações de real.

10. APLICAÇÃO EM LEGISLAÇÃO ESPECIAL

O CP, em seu art. 12, consagra o princípio da convivência das esferas autônomas, ou seja, o Código Penal será aplicado para toda legislação penal especial, é a regra geral. Havendo previsão específica, será aplicada a lei especial.

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

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

11. LEI PENAL EM BRANCO

11.1. CONCEITO

Franz Von Liszt afirma que as normas penais em branco são como corpos errantes em busca de alma. Ou seja, na norma penal em branco existe o corpo físico, mas não pode ser aplicada porque não existe uma alma (um complemento).

Toda lei incriminadora possui um preceito primário (definição da conduta criminosa) e um preceito secundário (pena cominada). Na norma penal em branco (cega ou aberta ou imperfeita ou incompleta) o preceito secundário é completo, mas o preceito primário é incompleto, dependendo de uma complementação.

Obs.: Norma penal em preto é aquela que não exige nenhuma complementação.

11.2. ESPÉCIES

11.2.1. Homogênea ou *lato sensu*

É aquela que possui como complemento um ato de igual natureza jurídica da norma penal a ser complementada. Em suma, o complemento é uma outra lei.



Divide-se em:

a) Homovitelina – a norma penal e o seu complemento estão contidos no mesmo diploma legislativo. Cita-se, como exemplo, o art. 304 do CP.

> *Art. 304 - Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302:*

b) Heterovitelina – a norma penal e o seu complemento estão previstos em diplomas legislativos diversos, a exemplo do art. 169, parágrafo único, I do CP, a definição de tesouro está no CC.

> *Art. 169, parágrafo único,*

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

> *I - quem acha tesouro em prédio alheio e se apropria, no todo ou em parte, da quota a que tem direito o proprietário do prédio;*

11.2.2. Heterogênea ou *stricto sensu* ou fragmentária

A norma penal em branco é complementada por um ato administrativo.



Não há ofensa ao princípio da reserva legal, uma vez que basta a lei penal descrever o

conteúdo mínimo da conduta criminosa.

Norma penal em branco não se confunde com tipo penal aberto, em que o complemento está na valoração do operador do direito.

Cita-se, como exemplo, o crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, descreve as condutas, mas não traz a definição de quais substâncias são consideras drogas. A relação de drogas consta em portaria da ANVISA.

11.2.3. Ao avesso ou inversa

É aquela em que o preceito primário é completo, mas o preceito secundário necessita de complementação. Em suma, falta a pena do crime.

Como exemplo temos o crime de genocídio, previsto no art. 1º da Lei 2.889/56.



Art. 1º Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:
a) matar membros do grupo;
b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo;
Será punido:
Com as penas do art. 121, § 2º, do Código Penal, no caso da letra a;
Com as penas do art. 129, § 2º, no caso da letra b;
Com as penas do art. 270, no caso da letra c;
Com as penas do art. 125, no caso da letra d;

.

Com as penas do art. 148, no caso da letra e;

Importante salientar que o complemento OBRIGATORIAMENTE será feito por outra lei, tendo em vista o princípio da reserva legal (penas devem ser previstas em lei). Não se admite por ato administrativo.

11.2.4. De fundo constitucional

É aquela em que o complemento está previsto na própria Constituição Federal.

Como exemplo, cita-se o homicídio contra integrantes dos órgãos de segurança pública (art. 121, §2º, VII do CP).

Art. 121, VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição

11.2.5. Ao quadrado

É aquela em que o complemento da norma penal depende de complementação. Há, portanto, uma dupla complementação.

Cita-se, como exemplo, o art. 38 da Lei 9.605/98.

> *Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:*
> *Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.*

O conceito de floresta, considerada de preservação permanente, está previsto no art. 6º do Código Florestal. Até aqui, temos uma lei penal em branco (Lei de Crimes Ambientais) sendo complementada por outra lei (Código Florestal).

> *Art. 6º Consideram-se, ainda, de preservação permanente, quando declaradas de interesse social por ato do Chefe do Poder Executivo, as áreas cobertas com florestas ou outras formas de vegetação destinadas a uma ou mais das seguintes finalidades:*

Por sua vez, o Código Florestal pode ser complementado por um decreto do Chefe do Poder Executivo.



12. LEI PENAL NO TEMPO

12.1. INTRODUÇÃO

O estudo da Lei Penal no Tempo envolve o princípio da continuidade das leis. Depois de entrar em vigor, a lei permanece nessa condição (em vigor) até ser revogada por outra lei. Portanto, uma lei somente pode ser revogada por outra lei.

Toda e qualquer lei pode ser revogada (não existe lei irrevogável), pois a função legislativa é irrenunciável. Além disso, o costume JAMAIS irá revogar uma lei.

O desuso (falta de uso da lei), igualmente, não é capaz de revogar a lei.

Decisão judicial também não revoga lei, ainda que seja proferida pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

A revogação, retirada de vigência da lei, pode ser:

- TOTAL – chamada de ab-rogação.
- PARCIAL – chamada de derrogação.

12.2. CONFLITO DE LEIS PENAIS NO TEMPO: DIREITO PENAL INTERTEMPORAL

É a situação que se verifica quando uma nova lei penal entra em vigor, revogando (ab-rogação ou derrogação) a lei anterior.

O conflito de leis penais no tempo é solucionado pelo Direito Penal Intertemporal. Em regra, aplica-se a lei que estava em vigor na data em que o fato foi praticado (*tempus regit actum*), salvo quando se tratar de lei penal benéfica.

Destaca-se que a lei penal benéfica é dotada de extratividade, gênero no qual se encaixam a retroatividade (aplicação no passado) e a ultratividade (aplicação para o futuro).

12.3. LEI PENAL BENÉFICA: RETROATIVIDADE E ULTRATIVIDADE

Toda lei penal benéfica é dotada de extratividade, gênero que possui duas espécies:

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

a) RETROATIVIDADE – a lei irá retroagir para atingir fatos passados, anteriores a sua vigência.

b) ULTRATIVIDADE – a lei será aplicada mesmo depois de ter sido revogada.

12.3.1. Abolitio criminis

Está prevista no art. 2º do CP, vejamos:

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

Ocorre quando a nova lei torna atípico o fato, até então, considerado criminoso. Ou seja, o fato perde o caráter penal.

Leciona Rogério Sanches que a "abolitio criminis é o fenômeno verificado sempre que o legislador, atento às mutações sociais (e ao princípio da intervenção mínima), resolve não mais incriminar determinada conduta, retirando do ordenamento jurídico-penal a infração que a previa, julgando que o Direito Penal não mais se faz necessário à proteção de determinado bem jurídico".

Destaca-se que os efeitos extrapenais (civis, administrativos, eleitorais), previstos nos arts. 91 e 92 do CP, da sentença condenatória permanecem intactos, o CP é claro ao afirmar que cessa a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

A **natureza jurídica** é dada pelo art. 107, III do CP, trata-se de causa extintiva de punibilidade. O Estado perde o direito de punir.

> *Art. 107 - Extingue-se a punibilidade*
> *III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;*

Cleber Masson e doutrinadores modernos criticam a opção do legislador, uma vez que a *abolitio criminis* é, em verdade, uma causa de exclusão de tipicidade. A punibilidade é excluída porque o fato torna-se atípico.

Requisitos (cumulativos):

- Revogação formal do tipo penal
- Supressão material do fato criminoso

Exemplos:

- O art. 240 do CP tratava do crime de adultério, foi revogado em 2005. O adultério deixou de interessar ao Direito Penal. Observe que os dois requisitos foram preenchidos, pois houve a revogação formal do tipo penal e a supressão material, já que nenhum outro dispositivo tipifica o crime de adultério.

- O art. 217 do CP tratava do crime de atentado violento ao pudor. Em 2009, houve a revogação formal do tipo penal de atendado violento ao pudor, mas não houve a supressão

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

material do fato criminoso, pois a conduta que nele estava contida não deixou de ser crime, passou a ser considerada estupro (art.213). Assim, não houve *abolitio criminis*, mas sim manifestação do princípio da continuidade normativa ou da continuidade típico-normativa. Há um deslocamento geográfico ou transmutação topográfica do tipo penal.

Para não confundir:

ABOLITIO CRIMINIS	PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE NORMATIVA-TÍPICA
Revogação formal	Alteração formal
Intenção do legislador não é mais considerar o fato criminoso	Intenção do legislador é manter o caráter criminoso do fato/conteúdo
Revogação do conteúdo criminoso (supressão da figura criminosa)	Mantém criminoso o conteúdo (permanência do conteúdo normativo como típico). Manutenção/migração do conteúdo.

12.3.2. Novatio legis in mellius

Também conhecida como *lex mittior*.

É a nova lei que favorece o agente. Aqui, o fato continua sendo crime, mas a situação do agente é de qualquer modo favorecida, nos termos do art. 2º, parágrafo único do CP.

> *Art. 2º, Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.*

A expressão “de qualquer modo” deve ser interpretada de forma ampliativa, ou seja, exclui-se uma qualificadora, cria-se uma causa de diminuição etc. Importante consignar que a lei penal nova será aplicada, inclusive, quando o agente já tiver sido condenado definitivamente, a exemplo do art. 112, §3º, da LEP.

Havendo dúvida sobre qual é a lei mais favorável ao agente, se a antiga ou a nova, como se deve proceder?

1ªCORRENTE – compete ao juiz, titular do poder jurisdicional, decidir analisando o caso concreto (majoritária).

2ªCORRENTE – o juiz deve ouvir o réu, que será atingido pelos efeitos da norma penal (Defensoria).

12.1.3. **Pontos comuns à *abolitio criminis* e à *novatio legis in mellius***

- A retroatividade é automática
- Independe de cláusula expressa, ou seja, a lei não precisa se declarar retroativa

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

- Alcança fatos já definitivamente julgados. Ou seja, a coisa julgada não impede a retroatividade benéfica.
- A competência para aplicação da lei benéfica depende do momento em que se encontra a persecução penal. Assim:
    - Primeira instância – será o juiz de primeiro grau;
    - Tribunal – será aplicado pelo tribunal respectivo;
    - Juízo da execução – após o trânsito em julgado, pouco importa a origem da condenação.

> *Súmula 611 STF – Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benéfica.*

Obs.: Rogério Sanches entende que a Súmula 611 do STF está incompleta, tendo em vista que, se a lei mais benéfica implicar juízo de valor, competirá ao juiz revisor, ou seja, àquele responsável pelo julgamento da revisão criminal. Observe o quadro feito pelo autor (Manual de Direito Penal 2020 – página 138):

	LEI PENAL BENÉFICA	
ESPÉCIE	Que representa mera aplicação matemática	Que implica juízo de valor
JUIZ COMPETENTE	Juízo da execução penal	Juízo da revisão criminal
EXEMPLO	Cria-se para um crime patrimonial uma causa de diminuição de penal quando o dano à vítima for inferior a 1 salário-mínimo (não há juízo de valor)	Cria-se para um crime patrimonial uma causa de diminuição quando o dano for de pequeno valor (circunstância que demanda juízo de valor)

12.1.4. ***Vacatio legis***

Há, na doutrina, duas correntes acerca da possibilidade de aplicação da lei penal benéfica no período de vacância:

1ªCORRENTE – **SIM**, considerando a finalidade da *vacatio*, é possível aplicar a lei ainda não vigente àqueles que demonstrarem conhecê-la. Sabendo que a finalidade primordial da *vacatio* é tornar a lei conhecida, não faz sentido que aqueles que já se inteiraram do seu teor fiquem
impedidos de lhe prestar obediência, em especial quando o preceito é mais brando. Por economia de tempo, poder-se-ia permitir que seja aplicada a partir de sua publicação (Rogério Greco).

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

2ªCORRENTE – **NÃO**, pois lei na *vacatio* não possui eficácia jurídica ou social. Não se compreende que uma norma tenha validade para beneficiar réus em geral, mas não possa ser aplicada ao restante da população. A CF prevê que a lei penal pode retroagir para beneficiar o réu,
devendo-se então, por lógica, levar em conta o momento em que vigora para toda a sociedade, inclusive para os acusados. É majoritária.

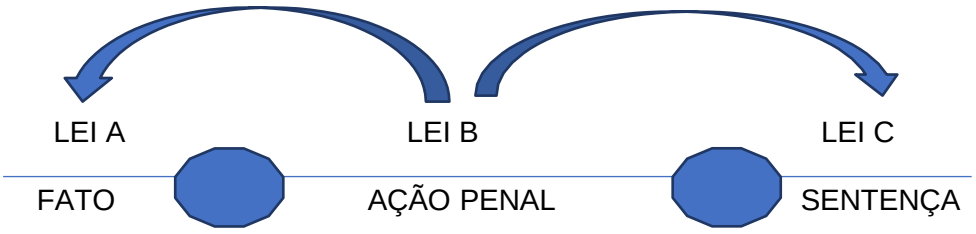
12.2. NOVATIO LEGIS INCRIMINADORA (NEOCRIMINALIZAÇÃO) E *NOVATIO LEGIS IN PEJUS*

A *novatio legis* incriminadora é uma nova lei que cria um crime, até então, inexistente. Já a *novatio legis in pejus* (*lex gravior*) prejudica, de qualquer modo (qualificadora, causa de aumento, aumento da prescrição etc.), a situação do agente. O crime já existia.

Ambas se aplicam apenas aos fatos futuros, desdobramento do Princípio da Anterioridade.

12.3. LEI PENAL INTERMEDIÁRIA

É necessário, pelo menos, três leis penais.



RETROATIVIDADE **ULTRATIVIDADE**

Imagine que o fato foi praticado na vigência da Lei A. A sentença, por sua vez, foi proferida na vigência da Lei C. Durante a Lei B, a mais benéfica das três, tramitou a ação penal. Será possível aplicar a Lei B?

O STF, no RE 418876, entendeu que é possível aplicar a lei intermediária, desde que seja a mais benéfica das três leis. Perceba que a lei intermediária possui retroatividade (aplica-se a fato passado) e, ao mesmo tempo, possui ultratividade, uma vez que será aplicada após ter sua vigência cessada.

12.4. COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS (LEX TERTIA)

Também chamado de Lei Híbrida.

Ocorre quando, por exemplo, partes da lei antiga são benéficas ao réu e partes da lei nova também são benéficas. Poderá haver combinação dessas leis, formando-se uma terceira lei para favorecer o réu?

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Historicamente, formaram-se duas posições acerca do assunto:

1ªPOSIÇÃO (Nelson Hungria) – não se admite a combinação de leis penais, uma vez que haveria violação ao princípio constitucional da separação dos poderes. Poderá aplicar toda a lei nova ou toda a lei antiga, mas não partes de cada uma. É chamada, em Portugal, de Teoria da Ponderação Unitária ou Global. Era a posição adotada pelo STF.

2ªPOSIÇÃO (José Frederico Marques) – é possível a combinação de leis penais. Não haverá violação ao princípio da separação dos poderes, uma vez que o juiz não está criando uma lei, mas transita dentro dos limites previamente estabelecidos pelo legislador. Não é razoável que o juiz possa aplicar integralmente a lei antiga e a lei nova, mas seja impedido de aplicar parcialmente as partes que beneficiam o réu. É chamada, em Portugal, de Teoria da Ponderação Diferenciada.

O Tráfico de Drogas, inicialmente, previsto no art. 12 da Lei 6.368/76 possuía uma pena de 3 a 5 anos e multa. Em 2006, passou a ser regulado pelo art. 33 da Lei 11.343/2006, com uma pena de 5 a 15 anos e multa. Em um primeiro momento, percebe-se que a lei antiga é mais benéfica ao réu. Contudo, a Lei nova trouxe o chamado Tráfico Privilegiado (art. 33, §4º) em que há a redução de 1/6 até 2/3 quando o agente for primário, de bons antecedentes, não se dedica a atividade criminosa e nem integra organizações criminosas.

A Defensoria Pública levantou a tese de que seria possível aplicar a pena da lei antiga (3 a 5 anos) com a causa de diminuição da Lei Nova, verdadeira combinação de leis penais. Em um primeiro momento, houve divergência tanto nas turmas do STF quanto no STJ. O Plenário do STF, no julgamento do RE 600.817 (Info 727 – Dizer o Direito), proibiu a combinação de leis penais, sob pena de violação aos princípios da legalidade, da anterioridade da lei penal (art. 1º do Código Penal) e da separação de poderes.

Não se pode aplicar o § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 com as penas da Lei n.º 6.368/76

É vedada a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, combinada com as penas previstas na Lei n.º 6.368/76, no tocante a crimes praticados durante a vigência dessa norma.

Em suma:

- A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 não pode ser aplicada incidindo sobre a pena do art. 12 da Lei 6.368/76. Ao fazer isso, o Judiciário estaria fazendo a combinação de duas leis e criando uma terceira (lex tertia), o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

- Assim, a redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 deverá sempre incidir sobre a pena prevista no caput do art. 33 (de 5 a 15 anos);

- A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 pode ser aplicada a fatos ocorridos antes da sua vigência. No entanto, para isso, é necessário

que, no caso concreto, se verifique qual o percentual de redução que seria aplicado ao réu e, então, se compare se para ele será mais vantajoso receber a pena do art. 33,

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

caput c/c o § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ou se será melhor ficar com a pena do art. 12 da Lei 6.368/76

Posição seguida pelo STJ, que sumulou o tema.

> *Súmula 501 STJ – é cabível a aplicação retroativa da Lei 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na integra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da Lei 6.368/1976, sendo vedada a cominação de leis.*

Obs.: A redação da Súmula apresenta problemas, uma vez que dá a entender que a combinação de leis é vedada apenas em relação à Lei de Drogas. Em verdade, a combinação de leis é vedada em todo o Direito Penal.

Além disso, o art. 2º, §2º do CPM é expresso ao prever que para o reconhecimento da lei mais favorável a lei antiga e a lei nova devem ser consideradas separadamente.

> ***CPM -*** *art. 2º, § 2° Para se reconhecer qual a mais favorável, a lei posterior e a anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato.*

12.5. LEI TEMPORÁRIA E LEI EXCEPCIONAL

Previstas no art. 3º do CP, observe:

> *Art. 3º - A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.*

LEI TEMPORÁRIA – é aquela que possui vigência predeterminada no tempo. Ou seja, possui prazo de validade expresso. Cita-se, como exemplo, a Lei 12.663/2012 (Lei da Copa).

> *Lei 12.663/2012 - Art. 36. Os tipos penais previstos neste Capítulo terão vigência até o dia 31 de dezembro de 2014.*

LEI EXCEPCIONAL – é aquela que vigora somente durante uma situação de anormalidade. Por exemplo, a Lei 13.979/2020 que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2020.

Tanto a lei temporária quanto a lei excepcional são **autorrevogáveis**, são uma exceção ao princípio da continuidade da lei (lei só se revoga por outra lei). Por isso, são chamadas de leis penais intermitentes. Ademais, ambas possuem **ultratividade** (serão aplicadas mesmo depois de revogada, caso o fato tenha sido praticado na sua vigência).

Imagine que João tenha atuado como cambista, durante a copa do mundo no Brasil (junho de 2014), crime previsto na Lei 12.663/2012. Em 31 de dezembro de 2014, a lei foi autorrevogada. A sentença foi proferida em setembro de 2015, aplicando-se a Lei 12.663/2012 devido a ultratividade, a fim de evitar que a lentidão da persecução penal, aliada a manobras protelatórias da defesa, levem a impunidade do fato.

Há na doutrina duas correntes acerca da (in) constitucionalidade do art. 3º do CP em razão da redação do art. 5º, XL, da CF. Vejamos:

1ªC: Para Zaffaroni e Rogério Greco, o art. 3º do CP, não foi recepcionado pelo art. 5º, XL da CF/88, pois a lei maior, não traz qualquer exceção autorizando ultratividade maléfica.

2ªC: Não existe ofensa ao princípio da retroação mais benéfica (CF art. 5º, XL). Nestas leis, temos como elemento do tipo o ***fator tempo***, de modo que ao deixar de viger não lhe sucede nenhuma lei nova, mas apenas existe o retorno daquela que regulava a situação anterior. Por serem normas diferentes não incide a regra constitucional. A lei nova, não revoga a anterior, porque não trata exatamente da mesma matéria, do mesmo fato típico. Não há, portanto, conflito de leis penais no tempo. Por isso é que o art. 3º foi recepcionado pela CF/88. CORRENTE PREDOMINANTE. Luiz Flávio Gomes, Nucci, Damásio.

12.6. LEI PENAL EM BRANCO E O CONFLITO DE LEIS PENAIS NO TEMPO

Como visto acima, a norma penal em branco depende de um complemento, que irá auxiliar a sua aplicação. Diante disso, indaga-se: a revogação ou a alteração do complemento exclui o crime tipificado na norma penal em branco? Primeiramente, é necessário identificar se o complemento foi editado em uma situação de normalidade ou de anormalidade.

Com o intuito de elucidar o tema, iremos utilizar dois exemplos.

Exemplo 1: Tráfico de Drogas.

Miguel foi preso em flagrante e está sendo processado por vender maconha. Por uma questão de política criminal, a maconha é retirada da portaria da ANVISA que traz as substâncias proibidas no Brasil. Perceba que ocorreu uma descriminalização da maconha, não mais é considera uma droga proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Neste caso, a exclusão da maconha da portaria da ANVISA exclui o crime de tráfico e drogas praticado por Miguel? Sim, pois a exclusão ocorreu em um período de normalidade, por uma questão de política criminal. Não houve nenhuma ruptura institucional.

Exemplo 2: Crime contra a Economia Popular.

Na década de 80, em razão da hiperinflação criou-se a política de tabelamento de preços (complemento da norma penal em branco). O agente que vendesse acima ou abaixo da tabela cometia crime contra a economia popular. Após um período, a economia ficou estável e revogou-se a tabela de preços.

Neste caso, a revogação exclui o crime? Não, eis que o complemento foi editado em uma situação de anormalidade, por isso, é dotado de ultratividade. Perceba que, aqui, vale a mesma regra da lei temporária e da lei excepcional.



13. CONFLITO APARENTE DE NORMAS PENAIS

Sem dúvida é um dos temas mais importantes de Direito Penal, é muito cobrado em provas discursivas.

13.1. CONCEITO

É o instituto que se verifica quando a um único fato praticado pelo agente duas ou mais normas se revelam, aparentemente, aplicáveis. Haverá um conflito entre qual norma deve ser aplicada.

Contudo, não passa de um conflito aparente, pois é facilmente superado com a interpretação das normas em conflito.

13.2. ALOCAÇÃO

Não há, na doutrina, um critério para a alocação do instituto, alguns colocam na introdução ao Direito Penal, outros na Teoria Geral do Crime. Há, ainda, quem entenda que está inserido na aplicação da pena.

Segundo Cleber Masson, está diretamente ligado a interpretação da lei penal, tendo em vista que, após se interpretar, apenas uma lei será aplicada e as demais excluídas.

13.3. REQUISITOS

Os requisitos que veremos abaixo irão diferenciar o conflito aparente de normas do concurso de crimes e do conflito de leis penais no tempo.

13.3.3. Unidade de fato

O agente praticou um único fato (um único crime).

Este requisito serve para diferenciar o conflito aparente de normas do concurso de crimes.

CONFLITO APARENTE DE NORMAS	CONCURSO DE CRIMES
O agente pratica um único crime	O agente pratica dois ou mais crimes (responde por todos)

13.3.4. Pluralidade de normas aparentemente aplicáveis

Há mais de uma norma que pode ser aplicada ao fato praticado pelo agente.

13.3.5. Vigência simultânea de todas as normas em conflito

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

Todas as normas que podem ser aplicadas precisam estar em vigor na data do fato.

Este requisito serve para diferenciar o conflito aparente de normas do conflito de leis no tempo.

CONFLITO APARENTE DE NORMAS	CONFLITOS DE LEI NO TEMPO
Todas as normas estão em vigor na data em que o fato foi praticado	Apenas uma lei está em vigor, a outra foi revogada.

13.4. FINALIDADES

O instituto visa:

- Evitar o *bis in idem*, ou seja, a dupla punição pelo mesmo fato;
- Manter a unidade lógica e a coerência do sistema penal. Há conflitos entre normas, mas o sistema é único, perfeito, apresentando meios para solucionar.

13.5. SOLUÇÃO DO CONFLITO APARENTE: PRINCÍPIOS

Para solucionar o conflito aparente de normas, a doutrina e a jurisprudência apontam alguns princípios, os quais serão analisados abaixo.

- Princípio da especialidade
- Princípio da subsidiariedade — **UNANIMES NO BRASIL**
- Princípio da consunção
- Princípio da alternatividade — **MINORITÁRIO**

Obs.: Ficar atento ao que a prova pedir. Havendo os quatro, marcar como certa. Caso a prova traga apenas os três primeiros em uma alternativa, marcar esta como correta.

13.5.3. Princípio da Especialidade

De acordo com este princípio, a lei especial exclui a aplicação da lei geral. Destaca-se que não há revogação da lei geral pela lei especial, ambas continuam vigente, apenas, no caso concreto, será excluída a aplicação.

LEI ESPECIAL – contém todos os elementos previstos na lei geral e, também, outros elementos, chamados de especializantes.

Cita-se, como exemplo, o homicídio (norma geral – matar alguém) e o infanticídio (norma especial – matar alguém + mãe em estado puerperal que mata o filho).

Este princípio se estabelece no plano em abstrato, ou seja, as normas em abstrato são comparadas, independentemente da gravidade do caso concreto. Assim, a norma especial será aplicada mesmo se for mais grave ou mais benéfica do que a norma geral.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Além disso, a norma especial e a norma geral podem estar previstas no mesmo diploma legislativo (ex.: homicídio – norma geral e o infanticídio – norma especial). Igualmente, podem estar contidas em diplomas legislativos diversos (tráfico de drogas – lei especial e contrabando – lei geral).

Com os exemplos acima, fica claro que a gravidade do fato não importa, pois:

- Homicídio – norma geral é mais grave do que o infanticídio – norma especial, e, mesmo assim, a norma especial será aplicada.

- Contrabando – norma geral é menos grave que o tráfico – norma especial, comprovada a especialidade será aplicada a norma especial.

Por fim, caracterizada a especialidade sua aplicação é peremptória (obrigatória).

13.5.4. Princípio da Subsidiariedade

Segundo o princípio da subsidiariedade, a lei primária exclui a aplicação da lei subsidiária.

LEI PRIMÁRIA – é aquela que define o crime mais grave.

LEI SUBSIDIÁRIA – é aquela que define um fato menos grave.

A análise é feita no caso concreto, ou seja, primeiro tenta-se aplicar a lei que prevê o crime mais grave em detrimento da norma penal que prevê o menos grave. Não sendo possível, aplica-se a norma subsidiária que, no dizer de Nelson Hungria, funciona como um soldado de reserva.

Espécies de subsidiariedade:

a) Subsidiariedade expressa ou explícita: a própria norma penal se declara subsidiária, ou seja, diz que somente será aplicada se o fato não constituir crime mais grave. Como exemplo, temos o art. 163, p. único, II do CP.

> *Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:*
> *Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.*
> *Dano qualificado*
> *Parágrafo único - Se o crime é cometido:*
> *II - com emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave*

b) Subsidiariedade tácita ou implícita: a norma penal não se declara subsidiária, mas esta circunstância é extraída da análise do caso concreto.

Por exemplo, denúncia trata de roubo. Na instrução fica comprovado que se trata de furto. Perceba que a norma primária (mais grave) é o roubo, mas como não foi possível aplicar utilizada a menos grave (o furto).

Obs.: No plano abstrato, o conflito aparente entre roubo e furto seria resolvido pela especialidade. Mas, no caso concreto, resolve-se pela subsidiariedade.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

13.5.5. Princípio da Consunção ou da Absorção

De acordo com o princípio da consunção, a lei consuntiva exclui a aplicação da lei consumida.

LEI CONSUNTIVA: é aquela que prevê o fato mais amplo (o todo)

LEI CONSUMIDA: é aquela que prevê o fato menos amplo (a parte).

Punindo “o todo” estar-se-á punindo “a parte”.

Hipóteses:

a) **Crime progressivo** – para chegar ao crime final o agente deve, obrigatoriamente, passar por um crime menos grave.

Delito de ação de passagem é o crime menos grave na passagem para o crime progressivo.

Exemplo: para praticar o homicídio o agente deve, obrigatoriamente, passar pelo delito de lesão criminal. Não há como matar sem ferir. Punindo-se o homicídio pune-se a lesão corporal.

b) **Progressão criminosa**: é caracteriza pela mudança do dolo. A intenção do agente era praticar um crime menos grave, após resolve praticar um crime mais grave.

Exemplo: inicialmente, o agente queria praticar uma lesão corporal. Após, resolve praticar um homicídio.

A diferença entre crime progressivo e progressão criminosa é o dolo. No crime progressivo o dolo não se alterou, desde o início era o mesmo. Por outro lado, na progressão criminosa há uma mudança de dolo após a prática do primeiro crime.

c) **Fatos impuníveis:** são aqueles fatos não punidos em razão da punição de um fato principal.

Os fatos impuníveis podem ser:

- Anteriores (*antefactum*): funciona como fase de preparação ou execução de um fato principal. Por exemplo, furto no interior de uma residência, para praticar o furto há uma violação de domicílio.
- Simultâneos: são aqueles que ocorrem concomitantemente ao fato principal, como meio de execução. Por exemplo, ao cometer um estupro, em via pública, o agente pratica um ato obsceno. Expor as partes íntimas é um meio para realizar o estupro.
- Posteriores (*postfactum*): é o fato posterior ao fato principal e que funciona como mero desdobramento desde. Por exemplo, após furtar um celular o agente, por não conseguir usar o parelho, destrói o aparelho (crime de dano).

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

Importante diferenciar o *antefactum* impunível e o crime progressivo. Inicialmente, destaca-se que ambos são hipóteses do princípio da consunção, mas no crime progressivo o crime-meio é obrigatório para a realização do crime-fim (não há como matar sem antes ferir a vítima). Já no *antefactum* impunível o crime-meio não é obrigatório (por exemplo, nem todo furto depende de violação de domicílio).

A súmula 17 do STJ traz uma típica hipótese de consunção, foi criada para os casos de falsificação de cheque com o intuito de praticar o crime de estelionato. A falsificação é um *antefactum* impunível.

> *A Súmula 17 – Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.*

Esta súmula sobre algumas críticas, vejamos:

- A falsificação continua tendo potencialidade lesiva, uma vez que existe a circulação;
- O estelionato possui pena de 1 a 5 anos (crime contra o patrimônio) e o crime de falsidade de documento público possui penal de 2 a 6 anos (crime contra a fé-pública). Por isso, não possui força suficiente para absorver.

Obs.: Em primeira fase, lembrar da Súmula 17 do STJ. Em provas de segunda fase e em provas orais, adotara a posição do STF que entende ser concurso de crimes (HC 98.526).

13.5.6. Princípio da Alternatividade

Este princípio não é unanime no Brasil para solucionar o conflito aparente de normas, a maioria da doutrina não aceita.

O princípio da alternatividade subdivide-se em:

a) Alternatividade Própria – ocorre nos tipos mistos alternativos (ação múltipla ou conteúdo variado), são aqueles que possuem dois ou mais núcleos e se o agente realizar mais de um núcleo, contra o mesmo objeto material, estará realizado um único crime. Por exemplo, tráfico de drogas (possui 18 núcleos).

Obs.: quando dirigida a mais de um objeto, haverá concurso de crimes.

Críticas – não há conflito aparente de normas. O conflito é interno, dentro dos núcleos da norma penal.

b) Alternatividade Imprópria – ocorre quando uma mesma conduta criminosa é disciplinada por dois ou mais tipos penais.

Crítica - é uma situação clara de falta de técnica legislativa.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

14. EFICÁCIA DA LEI PENAL EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS

14.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como visto, a lei penal se aplica a todas as pessoal, por igual, não existindo privilégios pessoais, nos termos do art. 5º da CF. Contudo, algumas pessoas, em virtude das suas funções ou em razão de regras internacionais, possuem imunidades. Salienta-se que não se trata de uma garantia pessoal, mas sim de uma necessária prerrogativa funcional.

Importante diferenciarmos privilégio (não admitido no Brasil) de prerrogativas. Observe o quadro sistematizado produzido pelo Professor Rogério Sanches:

PRIVILÉGIO	PRERROGATIVA
Exceção da lei comum deduzida da situação de superioridade das pessoas que as desfrutam.	Conjunto de precauções que rodeiam a função.
Subjetivo e anterior à lei.	Objetiva e deriva de lei.
Tem essência pessoal.	Anexo à qualidade do órgão

Poder frente à lei	Conduto para que a lei se cumpra
Aristocracias de ordem social	Aristocracias das instituições governamentais

14.2. IMUNIDADES DIPLOMÁTICAS

14.2.3. Conceito

Trata-se de uma prerrogativa de direito público internacional de que desfrutam:

a) Os chefes de governo ou de estado estrangeiro, sua família e membros de sua comitiva;

b) Embaixador e sua família;

c) Funcionários do corpo diplomático e sua família;

d) Funcionários das organizações internacionais (ONU) quando em serviço.

Salienta-se que a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, em seus arts. 31 e seguintes, regula as imunidades diplomáticas.

14.2.4. Natureza jurídica

Há, na doutrina, duas correntes acerca da natureza jurídica das imunidades diplomáticas. Vejamos:

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

1ªC (prevalece) – trata-se de uma causa pessoal de isenção de pena.

2ªC (LFG) – consiste em uma causa impeditiva da punibilidade.

14.2.5. Fundamentos

Por força da característica da generalidade da lei penal, os agentes diplomáticos devem obediência ao preceito primário do país em que se encontram. Contudo, escapam da sua consequência jurídica (punição – preceito secundário), permanecendo sob a eficácia da lei penal do Estado a que pertencem (intraterritorialidade).

Por exemplo, o diplomata deve obediência ao art. 121 do CP, que prevê o crime de homicídio. Contudo, caso realize a conduta descrita no tipo penal “matar alguém” não estará sujeito ao preceito secundário (pena de 6 a 20 anos), mas será punido de acordo com a lei de seu Estado.

Obs.: a imunidade diplomática não impede INVESTIGAÇÃO POLICIAL. Principalmente para preservar flagrante, materialidade do delito.

14.2.6. Agentes consulares

Importante consignar que os agentes consulares gozam de imunidade funcional relativa, ou seja, são imunes nos crimes cometidos em razão de sua função. Já o Embaixador será imune tanto nos crimes comuns (fora de sua função) e nos crimes funcionais.

14.2.7. (Im) possibilidade de renúncia

Ao diplomata não é dado o direito de renunciar à imunidade, tendo em vista que a imunidade é do cargo e não da pessoa.

Destaca-se que o país que ele representa pode renunciar à imunidade do diplomata, ou seja, retirar sua imunidade, nos termos do art. 32 da Convenção de Viena (Decreto 56.435/1965). A retirada da imunidade deve ser sempre expressa.



Artigo 32
1. O Estado acreditante pode renunciar à imunidade de jurisdição dos seus agentes diplomáticos e das pessoas que gozam de imunidade nos termos do artigo 37.
2. A renúncia será sempre expressa.
3. Se um agente diplomático ou uma pessoa que goza de imunidade de jurisdição nos termos do artigo 37 inicia uma ação judicial, não lhe será permitido invocar a imunidade de jurisdição no tocante a uma reconvenção ligada à ação principal.
4. A renúncia à imunidade de jurisdição no tocante às ações civis ou administrativas não implica renúncia a imunidade quanto as medidas de execução da sentença, para as quais nova renúncia é necessária.

.

14.3. IMUNIDADES PARLAMENTARES

Inicialmente, destaca-se que as imunidades parlamentares possuem previsão constitucional. Não consistem em privilégios, são prerrogativas necessárias ao desempenho independente da atividade parlamentar e à efetividade do Estado Democrático de Direito, marcado pela representatividade dos cidadãos-eleitores.

A imunidade parlamentar pode ser absoluta ou relativa.

14.3.3. Imunidade parlamentar absoluta (*freedom of speech*)

a) Conceito e previsão legal

A imunidade parlamentar absoluta, também chamada de imunidade material ou de imunidade substancial ou imunidade real ou de inviolabilidade ou indenidade (Zaffaroni), encontra-se prevista no art. 53, *caput*, da CF. Vejamos:

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

Destaca-se que, para o STF, a imunidade material exclui a responsabilidade criminal, civil, administrativa e política.

b) Natureza jurídica

1ª Corrente: Pontes de Miranda – causa excludente do crime;

2ª Corrente: Basileu Garcia – causa que se opõe à formação do crime;

3ª Corrente: Aníbal Bruno – causa pessoal de exclusão de pena;

4ª Corrente: Magalhães Noronha – causa de irresponsabilidade;

5ª Corrente: Frederico Marques – causa de incapacidade pessoal penal por razões políticas.

6ª Corrente: STF – atipicidade. Estende a imunidade aos coautores e partícipes não parlamentares. (Nucci, LFG). STF adotando tipicidade conglobante: como é prevista na CF, não é um ato antinormativo.

Segundo Rogério Sanches, "a questão, que parece apresentar importância apenas teórica, reflete diretamente na punibilidade do partícipe, vez que, como conduta acessória, será punível somente quando o fato principal for típico e ilícito (teoria da acessoriedade limitada). Assim, entendendo que a indenidade exclui o fato típico ou a sua ilicitude, impunível será a conduta do partícipe, conclusão repudiada para aqueles que lecionam tratar-se de causa extintiva da punibilidade".

OBS: Como interpretar então a Súmula 245 – STF? Hoje, a súmula refere-se somente à imunidade formal. Ou seja, o 'não parlamentar' coautor ou partícipe não tem qualquer prerrogativa quanto ao processo, prisão etc.

@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

> *STF Súmula 245 A imunidade parlamentar não se estende ao corréu sem essa prerrogativa.*

c) Limites

Exige nexo funcional, ou seja, fato praticado no exercício ou em razão das funções. É necessário determinar se ocorreu dentro ou fora do Congresso Nacional.

- Imunidade material DENTRO do Congresso Nacional - o STF entende que a manifestação sequer precisa guardar conexão com o exercício da função parlamentar (presunção absoluta). Demais excessos devem ser reprimidos pela própria casa, como se fosse uma questão *interna corporis*. RE AgRg 463671 (decisão de 2007).

- Imunidade material FORA do Congresso Nacional - só estarão protegidas se guardarem conexão com o exercício da função parlamentar.

Exemplos:

Eurico Miranda, era presidente do Vasco e Deputado Federal, falou que o juiz teria recebido dinheiro para favorecer o Palmeiras em certo jogo. Foi condenado, tendo em vista suas palavras não tinham relação com as suas funções.

Jair Bolsonaro, quando ainda parlamentar, afirmou, dentro do plenário, que Maria do Rosário não merecia ser estuprada, estava amparado pela imunidade. Posteriormente, em uma entrevista para a rádio gaúcha, repetiu a mesma frase, desta vez, por estar fora do Congresso Nacional, foi processado.

> *STF – Inq 3.932/DF: "13. In casu, (i) **a entrevista concedida a veículo de imprensa não atrai a imunidade parlamentar**, porquanto as manifestações se revelam estranhas ao exercício do mandato legislativo, ao afirmar que "não estupraria" Deputada Federal porque ela "não merece"; (ii) o fato de o parlamentar estar em seu gabinete no momento em que*

concedeu a entrevista é fato meramente acidental, já que não foi ali que se tornaram públicas as ofensas, mas sim através da imprensa e da internet; (...) 15. (i) A imunidade parlamentar incide quando as palavras tenham sido proferidas dentro do recinto da Câmara dos Deputados: "Despiciendo, nesse caso, perquirir sobre a pertinência entre o teor das afirmações supostamente contumeliosas e o exercício do mandato parlamentar" (Inq. 3814, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, unânime, j. 07/10/2014, DJE 21/10/2014). (ii) Os atos praticados em local distinto escapam à proteção da imunidade, quando as manifestações não guardem pertinência, por um nexo de causalidade, com o desempenho das funções do mandato parlamentar."

Houve um caso em que um parlamentar publicou em rede social, retirando de contexto, uma frase de Jean Wyllys que parecia racista. STF afastou a imunidade.

STF – PET 5705 / DF: In casu, o Querelado é acusado de ter publicado, através do Facebook, trecho cortado de um discurso do Querelante,

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

conferindo-lhe conotação racista. 3. É que, no trecho publicado, reproduz-se unicamente a frase "uma pessoa negra e pobre é potencialmente perigosa". Ocorre que, ao conferir-se a íntegra do discurso no site do Congresso Nacional, verifica-se que o sentido da fala do Querelante era absolutamente oposto ao veiculado pelo Querelado. conforme se extrai do seguinte trecho: "há um imaginário impregnado, sobretudo nos agentes das forças de segurança, de que uma pessoa negra e pobre é potencialmente perigosa. [...] ***a imunidade material não confere aos parlamentares o direito de empregar expediente fraudulento, artificioso ou ardiloso, voltado a alterar a verdade da informação, com o fim de desqualificar ou imputar fato desonroso à reputação de terceiros****.*

14.3.4. Imunidade parlamentar relativa

a) Conceito

Prevista nos parágrafos do art. 53 da CF, também chamada de imunidade formal (*freedom from arrest*).

Art. 53.
§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. Imunidade relativa ao foro por prerrogativa de função
§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. Imunidade relativa à prisão
§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação. Imunidade relativa ao processo
§ 4º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora. Imunidade relativa ao processo
§ 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato. Imunidade relativa ao processo
§ 6º Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações.
§ 7º A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva. Imunidade relativa à condição de testemunha
§ 8º As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida.

.

Pertinente destacar que a imunidade formal foi substancialmente alterada pela EC 35/01, tendo em vista que houve a substituição do princípio da improcessabilidade pelo princípio da processabilidade. Em outras palavras, antes de 2001 para que os parlamentares respondessem por algum processo seria necessária a autorização da casa respectiva; após o advento da EC 35/01, o STF apenas dá ciência a casa respectiva, não há mais a necessidade de autorização.

ANTES EC 35/01	DEPOIS EC 35/01
Abrangia qualquer crime, praticado antes ou depois da diplomação.	Abrange qualquer crime praticado **APÓS** a diplomação.
Para o processo iniciar-se, o STF dependia de autorização da casa respectiva.	O **STF não mais depende de autorização para iniciar o processo.** Porém, a casa respectiva pode SUSTAR o seu andamento.

Enquanto não autorizado a prescrição não corria.	**Suspenso** o processo não corre a prescrição.

b) Imunidade relativa ao foro por prerrogativa de função

É a imunidade relativa prevista no §1º, do art. 53 da CF, consagra o STF como foro especial, a partir da expedição do diploma e não da posse, para julgamento dos Congressistas quando acusados da prática de infração penal.

O STF entende que a prerrogativa de foro é cabível apenas para as causas criminais, cometidos em razão das funções parlamentares e no desempenho de suas funções. Portanto, não abrange nos crimes comuns e nem os crimes funcionais cometidos em outra função. Além disso, não abrange as ações cíveis, nem mesmo a ação de improbidade administrativa.

No passado o STF (entendimento superado) afirmava que o foro por prerrogativa de função iniciava-se com a expedição do diploma (antes da posse) e terminava com o fim do mandato (fim da legislatura, cassação ou renúncia do parlamentar). Admitia algumas exceções, em que o foro iria prevalecer, quais sejam: início do julgamento, abuso de direito (renúncia do parlamentar para deslocamento de competência).

No julgamento da AP 937 QO/RJ, o STF superou o entendimento acima, passando a entender que o foro por prerrogativa de função se aplica apenas a crimes cometidos no exercício do cargo E em razão das funções desempenhadas. Reforçou, ainda, que após as alegações finais, a competência não poderá ser alterada. Utilizou como argumentos para a alteração do seu entendimento:

- Disfuncionalidade criada pela regra antiga – a quantidade de pessoas com foro por prerrogativa de função, sem que haja qualquer relação com o desempenho das

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

funções parlamentares que se pretende proteger, causava múltiplas disfuncionalidades;

- Capacidades institucionais – a missão do STF é guardar a Constituição, não se ater a questões penais que não se referem ao exercício do mandato. O que acaba gerando prescrição e, consequentemente, a impunidade;

- Princípios da Isonomia e Princípio Republicado – acaba-se violando tais princípios, pois se protegias agentes públicos em casos não relacionados ao exercício de seus mandatos.

Como já mencionado, o foro por prerrogativa abrange apenas as infrações penais comuns. Nesta categoria, enquadram-se diversos tipos de crimes, inclusive contravenções penais, infrações eleitorais e os crimes dolosos contra a vida. Além disso, os inquéritos policiais contra as autoridades com foro por prerrogativa não podem ser instaurados de ofício pela Polícia Federal, é necessária a iniciativa do PGR, com a supervisão dos inquéritos pelo STF.

> *STF – Pet 3.825 QO/MT: A iniciativa do procedimento investigatório deve ser confiada ao MPF contando com a supervisão do Ministro-Relator do STF. 10. A Polícia Federal não está autorizada a abrir de ofício inquérito policial para apurar a conduta de parlamentares federais ou do próprio Presidente da República. No exercício de competência penal originária do STF (CF, art. 102, I, "b" c/c Lei nº 8.038/1990, art. 2º e RI/STF, arts. 230 a 234), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente*

desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo dominus litis.

Há determinados crimes em que se admite à exceção da verdade, a qual é admitida, processa e julgada pelo mesmo juiz da ação penal. Contudo, quando a exceção da verdade é deduzida contra alguém que possui foro por prerrogativa de função no STF, ele não instrui o processo (caberá ao juiz primeiro grau), para posterior julgamento pelo STF.

STF – AP 602/SC: A exceção da verdade, quando deduzida nos crimes contra a honra que autorizam a sua oposição, deve ser admitida, processada e julgada, ordinariamente, pelo juízo competente para apreciar a ação penal condenatória. Tratando-se, no entanto, de "exceptio veritatis" deduzida contra pessoa que dispõe, "ratione muneris", de prerrogativa de foro perante o STF (CF, art. 102, I, "b" e "c") a atribuição da Suprema Corte restringir-se-á, unicamente, ao julgamento da referida exceção, não assistindo, a este Tribunal, competência para admiti-la, para processá-la ou, sequer, para instruí-la, razão pela qual os atos de dilação probatória pertinentes a esse procedimento incidental deverão ser promovidos na instância ordinária competente para apreciar a causa principal (ação penal condenatória). Precedentes.

Nos casos em que a infração foi praticada por pessoas com foro por prerrogativa de função e por pessoas sem foro, a regra é o desmembramento do processo. Consequentemente, as pessoas sem foro serão julgadas nas instâncias ordinárias. Isso ocorre porque a competência penal do STF é de direito estrito, estando prevista taxativamente na CF/88. Logo, não pode ser

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

ampliada indevidamente por normas de direito infraconstitucional, como é o caso dos dispositivos do CPP que tratam sobre a reunião de processos em caso de conexão. Em outras palavras, não se pode ampliar a competência constitucional do STF por força de uma lei ordinária (CPP) que determina o julgamento em conjunto

STF – Inq 3.515 AgR/SP: O desmembramento de inquéritos ou de ações penais de competência do STF deve ser regra geral, admitida exceção nos casos em que os fatos relevantes estejam de tal forma relacionados que o julgamento em separado possa causar prejuízo relevante à prestação jurisdicional.

No entanto, em casos excepcionais, será possível que os demais réus que não têm foro por prerrogativa de função também sejam julgados pelo STF em um único processo. Isso se justifica quando o julgamento em separado puder trazer algum prejuízo relevante à prestação jurisdicional.

A decisão que determina que não haverá o desmembramento e que os réus sem foro privativo também serão julgados pelo Tribunal não viola os princípios do juiz natural, da ampla defesa, do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição.

STF Súmula 704 STF - Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados.

c) Imunidade relativa à prisão

Prevista no §2º do art. 53 da CF, também chamada de incoercibilidade pessoal dos congressistas (*freedom from arrest*) pelo Supremo.

A imunidade parlamentar relativa à prisão inicia-se **com a expedição da diplomação** (não é da posse), recai sobre a prisão provisória (temporária ou preventiva), salvo nos casos de prisão em flagrante pela prática de crime inafiançável, a exemplo do racismo.

Nos casos em que o parlamentar (Senador ou Deputado Federal) é preso em flagrante por crime inafiançável, os autos devem ser remetidos no prazo de 24h para a Casa respectiva (Senado Federal ou Câmara dos Deputados), que irá decidir, por maioria de votos, acerca da manutenção ou não da prisão. Consigna-se que a deliberação acerca da prisão possui caráter político, ou seja, analisa-se conveniência e oportunidade, e não jurídica (técnica).

Em relação às medidas cautelares diversas da prisão, na ADI 5.526/DF o STF firmou o seguinte entendimento:

- O Poder Judiciário possui competência para impor aos parlamentares, por autoridade própria, as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, seja em substituição de prisão em flagrante delito por crime inafiançável, por constituírem medidas individuais e específicas menos gravosas; seja autonomamente, em circunstâncias de excepcional gravidade;

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

- A decisão judicial que estabelecer medidas cautelares que impossibilitem, direta ou indiretamente, o pleno e regular exercício do mandato parlamentar e de suas funções legislativas, será remetida, dentro de 24 horas, a Casa respectiva, nos termos do §2º do art. 53 da CF/88, para que, pelo voto nominal e aberto da maioria de seus membros, resolva sobre a medida cautelar.

O STF utilizou os seguintes fundamentos:

- Independência e harmonia que rege o Princípio da Separação de Poderes;
- *Ratio* da norma (razão da norma) deve ser a mesma, já que ao impor medidas cautelares diversas da prisão que impossibilitem o exercício do mandato, sem a deliberação da Casa, irá afastar a razão da norma.

Salienta-se que a imunidade relativa à prisão não abrange a prisão definitiva (prisão pena). Em relação à prisão civil, há três correntes:

1ªC (Uadi Bulos) – o parlamentar poderá ser preso por dever alimentos. Portanto, a prisão civil não está abrangida pela imunidade relativa.

2ªC (Bernardo Fernandes) – os congressistas não podem ser presos por dívidas relativas aos alimentos, estando abarcado na imunidade prevista do art. 53, §2º da CF.

3ªC (Rogério Sanches) – tratando-se de alimentos provisórios ou provisionais, não se admite a prisão civil. Por outro lado, tratando-se de alimentos definitivos, em que já houve cognição exauriente, o parlamentar poderá ter sua prisão civil decretada.

Não há decisão no STF, mas há uma decisão monocrática do STJ no mesmo sentido da 2ªC.

STJ – HC 332.246/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, monocrática: "[...] o fato de exercer múnus público exige do titular o dever de portar-se como exemplo de probidade, honra e cumprimento de deveres civis, nos quais o acatamento de ordens judiciais encontra-se inserido. Contudo, pelo que está relatado nos autos, pretende-se justamente o contrário, pois o exercício da função pública está sendo utilizado como meio de livrar o paciente das consequências do inadimplemento obrigacional, já que, das palavras destacadas na peça vestibular não há uma sequer em defesa de eventual desacerto da obrigação alimentar imposta ao paciente. Toda assertiva refere-se tão somente ao fato de, por ser deputado estadual, estar isento de ser preso nos termos do art. 733, § 1º, do Código de Processo Civil. Sem razão os impetrantes, pois a imunidade parlamentar não exime o paciente de suas obrigações civis."

d) Imunidade relativa ao processo.

Encontra-se nos §§3º ao 5º, do art. 53 da CF, abrange crimes praticados após a diplomação dos parlamentares. Autoriza a Casa Legislativa sustar, a pedido de partido político, com representação no Legislativo Federal, o andamento da ação penal pelo voto ostensivo e

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

nominal da maioria absoluta de seus membros. No prazo improrrogável de 45 dias deve-se analisar a suspensão da ação penal. Mantida a suspensão, terá duração enquanto durar o mandato e a prescrição estará suspensa.

Imagine que um Senador, após a diplomação, prática determinado crime:

- Tratando-se de crime funcional, o julgamento será perante o STF. Cabendo a Casa Legislativa a que pertence sustar ou não o andamento do processo.
- Tratando-se de crime comum, o julgamento será no 1º grau da Justiça Estadual ou Federal a depender do crime. Igualmente, a Casa Legislativa poderá sustar o andamento do feito. Consequentemente, a prescrição será suspensa.

Obs.: A prerrogativa extraordinária da imunidade parlamentar prevista no art. 53 §§3º,4º e 5º não se estende e nem alcança os IP que tenham sido instaurados contra membros do Congresso Nacional.

Em relação aos crimes cometidos antes da diplomação, não se aplica a imunidade formal quanto ao processo. É julgado normalmente, apenas no foro pela prerrogativa de função, no caso o STF.

Caso o parlamentar que teve o processo suspenso, seja reeleito para novo mandato, como o crime foi praticado antes do mandato atual (decorrente da nova eleição), não mais haverá a suspensão.

STF – AC 700 AgR: Carece de plausibilidade jurídica, para o fim de atribuir-se efeito suspensivo a recurso extraordinário, a tese de que a norma inscrita no atual § 3º do art. 53 da Magna Carta se aplica também a crimes ocorridos após a diplomação de mandatos pretéritos.

e) Imunidade relativa à condição de testemunha.

Prevista no §6º, do art. 53 da CF.

Em regra, os parlamentares são obrigados a testemunhar, prestando compromisso, exceto:

- Sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato;
- Sobre as pessoas que lhe confiaram ou deles receberam informações.

Destaca-se que embora a testemunha tenha o dever de comparecer quando intimada, o art. 221 do CPP prevê que deputados e senadores terão prerrogativa para ajustar o dia, a hora e o local em que irão prestar depoimento. Contudo, o abuso do direito poderá implicar na retirada de tal prerrogativa.

14.3.5. Imunidade parlamentar e Estado de Sítio

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

O §8º do art. 53 da CF prevê que mesmo durante o Estado de Sítio as imunidades parlamentares irão permanecer. Podendo ser suspensa apenas mediante o voto de 2/3 dos membros da casa, em relação aos atos praticados foro do recinto.

14.3.6. Imunidade parlamentar e licença para exercício de cargo no Poder Executivo

O parlamentar que se licencia do cargo, para o qual foi eleito, com o objetivo de exercer outro, por exemplo, ser Ministro de Estado, não manterá sua imunidade, salvo no que toca ao foro especial. Isso porque a imunidade não é pessoal, mas sim da função.

Contudo, no HC 9545 – Info 628, a 1ª Turma do STF, concedeu *habeas corpus* para cassar decreto de prisão expedido por juiz de direito contra deputado estadual. Entendeu que, ante a prerrogativa de foro, a vara criminal seria incompetente para determina a constrição do paciente, ainda que afastado do exercício parlamentar.

14.3.7. Imunidade parlamentar de Deputados Estaduais

Em razão do princípio da simetria (art. 27, §1º da CF), as imunidades previstas para deputados federais também devem ser aplicadas aos deputados estaduais.

> *CF art. 27, § 1º. Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando- sê-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.*

DEPUTADOS FEDERAIS	DEPUTADOS ESTADUAIS
Imunidade absoluta	Imunidade absoluta

Imunidade relativa: a) Foro (STF) b) Prisão c) Processo d) Condição de testemunha	Imunidade relativa: a) Foro (TJ/TFR/TRE) b) Prisão c) Processo d) Condição de testemunha

Em regra, tudo que foi visto acima em relação às imunidades relativas aplica-se aos deputados estaduais, inclusive em relação à prisão. Nesse sentido, o entendimento do STF:

> *São constitucionais dispositivos da Constituição do Estado que estendem aos Deputados Estaduais as imunidades formais previstas no art. 53 da Constituição Federal para Deputados Federais e Senadores. A leitura da Constituição da República revela, sob os ângulos literal e sistemático, que os Deputados Estaduais também têm direito às imunidades formal e material e à inviolabilidade que foram conferidas pelo constituinte aos congressistas (membros do Congresso Nacional). Isso porque tais*

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

> *imunidades foram expressamente estendidas aos Deputados pelo § 1º do art. 27 da CF/88. STF. Plenário ADI 5823 MC/RN ADI 5824 MC/RJ e ADI 5825 MC/MT, rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgados em 8/5/2019 (Info 939).*

14.3.8. Imunidade parlamentar de Vereadores

Por força do art. 29 da CF, os vereadores desfrutam somente de imunidade absoluta, desde que as suas opiniões, palavras e votos sejam proferidos no exercício do mandato (nexo material) e na circunscrição do Município (critério territorial).

Vereadores não têm imunidade FORMAL.

De acordo com o STF as Constituições Estaduais não podem estabelecer imunidade formal para vereadores.

> *STF – ADI 371/SE: 1. O Estado-membro não tem competência para estabelecer regras de imunidade formal e material aplicáveis a Vereadores. A Constituição Federal reserva à União legislar sobre Direito Penal e Processual Penal. 2. As garantias que integram o universo dos membros do Congresso Nacional (CF, artigo 53, §§ 1º, 2º, 5º e 7º), não se comunicam aos componentes do Poder Legislativo dos Municípios. Precedentes.*

14.3.9. Foro por prerrogativa de função e crime doloso contra a vida

De acordo com a Súmula Vinculante 25, o foro por prerrogativa de função, previsto na Constituição, prevalece sobre a competência constitucional do Tribunal do Júri, pois se trata da própria Constituição excepcionando-se.

> *SV 45 - A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual.*

PARLAMENTAR FEDERAL	PARLAMENTAR ESTADUAL	VEREADOR
A previsão do Tribunal do Júri e a previsão do foro especial para o parlamentar federal encontram-se na Constituição. Assim, como a própria CF se excepciona, o parlamentar será julgado perante o STF, mesmo no caso de crime doloso contra a vida	A competência do Tribunal do Júri está prevista na CF e o foro especial dos parlamentares estaduais tanto na CF quanto na CE. Novamente, a CF está excepcionando a si mesma. Consequentemente, o parlamentar estadual será processado perante o TJ, mesmo no caso de crime doloso contra a vida.	O Tribunal do Júri, como visto, está previsto na CF. Por outro lado, o foro especial, quando houver, estará previsto na CE. Perceba que há um conflito entre a previsão constitucional e a norma da constituição estadual. Neste caso, a norma da CF deverá prevalecer, portanto, o vereador que pratica crime doloso contra a vida será julgado pelo Tribunal do Júri.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

Começa-se a sustentar que o enunciado da SV 45 do STF está superado, tendo em vista o novo entendimento do Supremo prevendo que <u>as constituições estaduais não podem dispor livremente sobre o foro por prerrogativa de função, nem mesmo pode ser aplicado o Princípio da Simetria</u>.

Portanto, como a Constituição estadual não pode dispor livremente sobre foro por prerrogativa de função, consequentemente não poderá estabelecer tal garantia, havendo a superação da Súmula Vinculante 25 (entendimento da doutrina, STF ainda não se manifestou). Salienta-se que no caso dos deputados estaduais nunca se aplicou o entendimento sumulado, já que é estabelecido pela própria Constituição.

Em suma, as constituições estaduais não podem dispor livremente sobre prerrogativa de foro. Nesse sentido, ADI 2553.

> *É inconstitucional dispositivo da Constituição Estadual que confere foro por prerrogativa de função, no Tribunal de Justiça, para Procuradores do Estado, Procuradores da ALE, Defensores Públicos e Delegados de Polícia. STF. Plenário. ADI 2553/MA, Rel. Min. Gilmar Mendes, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 15/5/2019 (Info 940).*

Segundo destacada Novelino, ao analisar a *ratio decidendi* da ADI 2553, percebe-se que não fica restrita apenas às autoridades mencionadas, mas sim a qualquer tipo de autoridade, em razão dos seguintes fundamentos:

- O juiz natural para o julgamento é o de primeira e segunda instâncias, sendo o foro por prerrogativa de função uma exceção. Portanto, deve ser interpretado restritivamente;
- Não se aplica o Princípio da Simetria, eis que a própria CF estabelece o foro por prerrogativa de função nos três níveis: federal, estadual e municipal;
- Permitir que as constituições estaduais conferirem foro por prerrogativas de função, seria conferir um “cheque em branco” aos parlamentares estaduais.

TEORIA DO CRIME

Obs.: Este é um dos pontos mais cobrados em concurso dentro da parte geral.

1. CONCEITO DE CRIME

O conceito de crime irá variar de acordo com o critério adotado para defini-lo.

1.1. CRITÉRIO MATERIAL OU SUBSTANCIAL

Leva em conta a relevância do mal causado ao bem jurídico. Assim, crime é a ação ou omissão humana (também da pessoa jurídica nos crimes ambientais) que lesa ou expõe a perigo de lesão um bem jurídico protegido pela lei penal.

Funciona como um fator de legitimação do Direito Penal. Trata-se de um complemento ao princípio da reserva legal, não é porque o legislador pode criar crimes e cominar penas que poderá incriminar qualquer tipo de comportamento.

1.2. CRITÉRIO LEGAL

Crime é o que a lei define como tal.

A Lei de Introdução ao Código Penal, em seu art. 1º, define crime. Vejamos:

> *Art. 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.*

Com base na leitura do artigo acima, percebe-se que há o gênero infração penal que possui duas espécies: CRIME e CONTRAVENÇÃO PENAL.

A diferença entre crime e contravenção penal não é ontológica, mas sim qualitativa (qualidade das penas) e quantitativa (quantidade das penas).

CRIME	CONTRAVENÇÃO PENAL
Pena de reclusão ou de detenção cominada ou não com multa.	Pena de prisão simples ou de multa (podem ou não sem cominadas). Prisão simples jamais é cumprida no fechado, nem mesmo por intermédio da regressão.
Ação penal pública ou ação penal privada.	Ação penal pública incondicionada. Obs.: De acordo com parcela da doutrina, a

	contravenção penal de vias de fato deveria ser perseguida mediante ação penal pública condicionada à representação. Para o STF a contravenção de vias de fato continua sendo perseguida pela APP incondicionada. Argumenta que o tipo de ação penal não depende da gravidade do crime, mas do grau de lesão ao interesse da vítima frente ao da sociedade.
Pune-se tentativa	Tentativa não é punível. Não significa que não é admitida a tentativa, mas juridicamente não é punível.
Admite-se a extraterritorialidade.	Não se admite a extraterritorialidade.
Compete à Justiça Federal ou Estadual	Compete à Justiça Estadual. Obs.: Será da competência da JF quando o agente tiver foro por prerrogativa e função.
Limite de 40 anos de pena.	Limite de 05 anos de pena.
O período de sursis varia de 02 a 04 anos (podendo variar de 04 a 06 excepcionalmente nos sursis etário ou humanitário)	O período de sursis varia de 01 a 03 anos (art. 11 da LCP.
Cabe prisão preventiva e temporária, nos casos do art. 313 do CPP e do art. 1º, III, da Lei 7.960/89.	Não cabe preventiva e nem temporária.
Admite-se o confisco dos instrumentos do crime.	Não se admite confisco dos instrumentos da contravenção penal.
O desconhecimento da lei é inescusável, servindo (no máximo) como atenuante da pena.	A lei pode deixar de ser aplicada quando a ignorância ou a errada compreensão for escusável.

A contravenção penal é chamada também de crime anão, de crime vagabundo, de crime liliputiano.

1.2.1. Crime e contravenção penal: sistema dicotômico (ou dualista) e sistema tricotômico

O Direito Italiano adotou o sistema tricotômico, segundo o qual:

- CRIME – infrações penais mais graves;

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

- DELITO – infrações penais com média gravidade;

- CONTRAVENÇÃO PENAL – infrações penais com pouca gravidade.

No Brasil, adota-se o sistema dicotômico ou dualista que considera delito sinônimo de crime. Assim:

- CRIME/DELITO
- CONTRAVENÇÃO

Obs.: Há casos em que a CF e o CP utilizam a palavra delito como sinônimo de infração penal (gênero).

> *CF, art. 5º, XI: a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito (crime ou contravenção penal) ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.*
>
> *CPP, art. 301: Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito (crime ou contravenção penal).*
>
> *CPP, art. 302: Considera-se em flagrante delito (crime ou contravenção penal) quem.*

1.2.2. Art. 28 da Lei de Drogas

Observe o dispositivo:

> *Lei 11.343/06, art. 28: Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:*
> *I - advertência sobre os efeitos das drogas;*
> *II - prestação de serviços à comunidade;*
> *III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.*

O Professor Luís Flávio Gomes entende que não se trata de crime (não tem pena de detenção e nem de reclusão) e nem de contravenção penal (não tem pena de prisão simples e nem de multa), afirmava que se tratava de uma infração penal *sui generis*.

Contudo, este não é o posicionamento da doutrina e nem do STF, que consideram o art. 28 um crime. Sustentam que o legislador optou pela despenalização no tocante à pena privativa de liberdade (provisória ou definitiva).

Indaga-se: como será compatibilizado o art. 1º da Lei de Introdução e o art. 28 da Lei de Drogas? Como fica o conceito de crime pelo critério legal?

O art. 1º da Lei de Introdução traz um conceito genérico de crime, ou seja, um conceito de crime aplicável à criminalidade em geral. Para o crime específico do art. 28 da Lei de Drogas,

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

deve-se utilizar o seu conceito específico, há crime sem pena de detenção e de reclusão, mas com pena de advertência, de prestação de serviços à comunidade e de medida educativa.

1.3. CRITÉRIO FORMAL OU DOGMÁTICO OU ANALÍTICO

Leva em consideração a estrutura do crime, ou seja, seus elementos/seus componentes.

1.3.1. Teoria Quadripartida

Defendida por Basileu Garcia e Giulio Battaglin.

Para esta Teoria o crime é composto de quatro elementos, quais sejam:

- Fato típico
- Ilicitude
- Culpabilidade
- Punibilidade

Não vingou, tendo em vista que a punibilidade não é um elemento do crime, mas sim sua consequência. A prática do crime autoriza o direito de punir do Estado.

1.3.2. Teoria Tripartida

Entende que o crime é formado por três elementos:

- Fato típico
- Ilicitude
- Culpabilidade

Obs.: a culpabilidade não é do fato, mas sim do agente. O fato é típico e ilícito e o agente é culpável.

Os defensores da Teoria Tripartida podem ser clássicos ou finalistas.

Quem é clássico (Nelson Hungria, Magalhães Noronha, Aníbal Bruno), obrigatoriamente, é tripartido.

Quem é finalista pode ser tripartido (Hans Welzel, Luís Regis Prado, Rogério Grego) ou bipartido.

1.3.3. Teoria Bipartida

Está ligada ao finalismo penal.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Sustenta que o crime é formado por fato típico e ilicitude. Já a culpabilidade é um pressuposto para aplicação da pena.

É criação puramente brasileira, foi desenvolvida por Rene Ariel Dotti, sendo difundida por Damásio de Jesus e por Mirabete.

O Código Penal, em razão da Reforma da Parte Geral de 1984, é finalista. Contudo, não é possível afirmar se adota um finalismo tripartido ou bipartido.

2. SUJEITOS DO CRIME

2.1. SUJEITO ATIVO

a) Conceito

Trata-se de pessoa física e capaz (idade igual ou superior a 18 anos) que realiza direta (autor e coautor) ou indiretamente (partícipe) a conduta criminosa, podendo agir sozinha ou em concurso com outras pessoas.

b) Pessoa Jurídica

Em relação à possibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito ativo do crime, não há unanimidade, havendo quatro correntes. Antes de analisarmos, observe a redação do art. 225, §3º, da CF:

> *CF/88, art. 225, §3º - As **condutas** e **atividades** consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, **pessoas físicas** ou **JURÍDICAS**, a **sanções penais** e **administrativas**, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.*

1ªC (Miguel Reale Jr., Cézar Roberto Bitencourt, José Cretella Jr.) – Pessoa jurídica não pode praticar crimes ou ser responsabilizada criminalmente (a CF não autoriza). Caso fosse possui sua responsabilização criminal, ofenderia:

- O próprio dispositivo constitucional que preleciona a autorização somente da responsabilização administrativa;
- Princípio da responsabilidade subjetiva: porque pessoa jurídica não tem dolo, não tem culpa;
- Princípio da Culpabilidade: PJ não tem consciência da ilicitude;
- Princípio da Responsabilidade Pessoal: responsabilizar PJ seria o mesmo que responsabilizar coletivamente;
- Princípio da Personalidade das Penas (Pessoalidade, Personalidade, Intransmissibilidade): a pena ultrapassa da pessoa do condenado.

2ªC (Pierangeli, Zaffaroni, René Ariel Dotti, Luiz Regis Prado, Alberto Silva Franco, Fernando da Costa Tourinho Filho, Roberto Delmanto, LFG) – NÃO. A ideia de responsabilidade da pessoa jurídica é incompatível com a teoria do crime adotada no Brasil. Baseia-se na Teoria da

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Ficção Jurídica, a pessoa jurídica não possui existência real e nem vontade própria (*societas delinquere non potest*).

As pessoas jurídicas não podem ser responsabilizadas criminalmente porque não têm capacidade de conduta (não têm dolo ou culpa) nem agem com culpabilidade (não têm imputabilidade nem potencial consciência da ilicitude). Além disso, é inútil a aplicação de pena às pessoas jurídicas. As penas têm por finalidades prevenir crimes e reeducar o infrator (prevenção geral e especial, positiva e negativa), impossíveis de serem alcançadas em relação às pessoas jurídicas, que são entes fictícios, incapazes de assimilar tais efeitos da sanção penal.

3ªC (Vladimir e Gilberto Passos de Freitas)– SIM. É plenamente possível a responsabilização penal da pessoa jurídica no caso de crimes ambientais porque assim determinou o § 3º do art. 225 da CF/88. A pessoa jurídica pode ser punida penalmente por crimes ambientais ainda que não haja responsabilização de pessoas físicas. Argumentos:

- É responsabilidade objetiva autorizada pela própria CF/88;
- PJ responde pelos seus atos adaptando-se o juízo de culpabilidade às suas características.
- O que passa da PJ condenada não é a pena, mas os efeitos da condenação.

Atualmente, o STJ e o STF adotam a 3ª corrente, é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome.

4ªC – SIM. É possível a responsabilização penal da pessoa jurídica, desde que em conjunto com uma pessoa física (Teoria da Dupla Imputação). Era a antiga posição da jurisprudência.

A jurisprudência possuía o entendimento de que somente seria possível a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais, se houvesse a imputação simultânea do ente moral e da pessoa natural que atua em seu nome ou em seu benefício. Entendia o STJ que o Ministério Público não poderia formular a denúncia apenas contra a pessoa jurídica, devendo, obrigatoriamente, identificar e apontar as pessoas físicas que, atuando em nome e proveito da pessoa jurídica, participaram do evento delituoso, sob pena da exordial não ser recebida.

Este entendimento baseava-se na redação do art. 3º da Lei 9.605/98:

> *Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.*
> *Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.*

c) Espécies de crimes quanto ao sujeito ativo

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

	CONCEITO	COAUTORIA E PARTICIPAÇÃO
CRIME COMUM	Trata-se do crime que não exige qualidade especial do agente. Portanto, pode ser praticado por qualquer pessoa.	Admite tanto a coautoria quanto a participação.

CRIME PRÓPRIO	Trata-se do crime em que o próprio tipo penal exige uma qualidade especial do agente.	Admite tanto a coautoria quanto a participação.
CRIME DE MÃO PRÓPRIA	Trata-se do crime em que, além do próprio tipo penal exigir uma qualidade especial do agente, a execução só poderá ser realizada pelo agente, a exemplo do crime de falso testemunho. É chamado de delito de conduta infungível.	Admite apenas participação.

2.2. SUJEITO PASSIVO

a) Conceito

Trata-se da pessoa ou ente que sofre as consequências da infração penal. Poderão ser sujeitos passivos de um crime ou de uma contravenção penal:

- Pessoa física;
- Pessoa jurídica;
- Ente sem personalidade jurídica (família, coletividade), chama-se de “crime vago”.

b) Classificação

O sujeito passivo pode ser dividido (classificado) em dois grupos:

1º sujeito passivo constante, mediato, formal, genérico ou indireto: é o Estado. Possui interesse na manutenção da paz pública e na ordem social.

2º sujeito passivo eventual, imediato, material, particular, acidental ou direto: é o titular do bem jurídico tutelado pela normal penal.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Obs.: Há crimes em que o Estado será sujeito passivo constante e também sujeito passivo eventual, a exemplo dos crimes contra a administração pública.

Salienta-se que o sujeito passivo eventual poderá ser:

COMUM	PRÓPRIO
Não se exige qualidade especial, a exemplo do crime de homicídio em que qualquer pessoa física poderá ser sujeito passivo.	Exige qualidade especial, a exemplo do crime de infanticídio, em que o sujeito passivo só poderá ser o nascente ou o neonato.

Obs.: O crime será bicomum quando o sujeito ativo e passivo forem qualquer pessoas.	Obs.: O crime será bipróprio quando exigir qualidade especial tanto do sujeito ativo como do sujeito passivo.

Salienta-se que haverá dupla subjetividade passiva nos crimes em que, obrigatoriamente, há pluralidade de sujeito passivo. Exemplo: violação de correspondência – remetente e o destinatário.

c) Observações importantes

- Morto pode ser sujeito passivo?

O morto, não sendo titular de direitos, não é sujeito passivo de crime. Pune-se, entretanto, a calúnia contra o morto (art. 138 do CP), figurando como vítima a família do morto, interessada na manutenção de sua reputação, bem como os delitos contra o respeito ao morto (arts. 209 a 212 do CP), em que a coletividade será a vítima.

- Animal pode ser sujeito passivo?

Os animais também não são vítimas de crime e podem aparecer como OBJETO MATERIAL do delito, figurando como sujeito passivo o proprietário do animal ou a coletividade no caso das infrações ambientais.

- É possível uma pessoa ser, ao mesmo tempo, ser sujeito ativo e passivo de um crime?

Não é possível ser ao mesmo tempo sujeito ativo e passivo de um crime. De acordo com Rogério Sanches (página 217 – Manual de Direito Penal, 2020), "*como informa o princípio da alteridade, ninguém poderá ser responsabilizado pela conduta que não excede a sua esfera individual. Por esse motivo é que se pode afirmar que na autolesão haverá, eventualmente, o crime de fraude contra seguro e na autoacusação falsa a vítima será o Estado*".

Importante consignar que, para Rogério Greco, na participação na rixa admite que a pessoa seja ao mesmo tempo sujeito ativo e passivo. É minoritário.

- Pessoa Jurídica pode ser vítima de extorsão mediante sequestro?

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Sim, desde que efetue o pagamento. Por exemplo, o empresário é sequestrado e o pagamento é realizado pela pessoa jurídica.

- Pessoa Jurídica pode ser vítima de crime contra a honra?

Pessoa jurídica pode ser vítima de difamação. Contudo, não será vítima dos crimes de calúnia e nem de injúria.

3. OBJETOS DO CRIME

3.1. OBJETO MATERIAL

Trata-se da pessoa ou coisa sobre a qual recai a conduta criminosa. Importante salientar que nem sempre o objeto material irá coincidir com o sujeito passivo.

Citam-se, como exemplos:

1º - “A” furta a carteira de “B”. O sujeito ativo será “A”, o sujeito passivo será “B” e o objeto material será a carteira;

2º - “A” mata “B”. O sujeito ativo será “A”, o sujeito passivo será “B” e o objeto material também será “B”.

É possível que um crime não possua objeto material?

CRIME DE MERA CONDUTA	CRIME OMISSIVOS PUROS	CRIMES FORMAIS	CRIMES MATERIAIS
Como a conduta não recai sobre a pessoa ou coisa, não terá objeto material.	Como a conduta não recai sobre a pessoa ou coisa, não terá objeto material	Podem ou não ter objeto material.	Todos possuem objeto material, tendo em vista que o resultado necessariamente deve ser produzido sobre uma pessoa ou coisa.
Art. 338 do CP – reingresso de estrangeiro expulso	Art. 135 do CP – omissão de socorro	Falso testemunho não tem.	Homicídio

3.2. OBJETO JURÍDICO

Trata-se do interesse tutelado pela norma, do bem jurídico protegido. Por exemplo, no crime de furto o objeto jurídico é o patrimônio; já no crime de homicídio é a vida.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Crimes de dupla objetividade jurídica são aqueles que protegem mais de um bem jurídico, por exemplo latrocínio. Já crimes pluriofensivos são aqueles que lesam ou expõem a perigo mais de um bem jurídico.

Por fim, em razão do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos não é possível a existência de um crime sem objeto jurídico

4. CLASSIFICAÇÃO DO CRIME

Ponto feito integralmente com base nos Livros de Rogério Sanches e Cleber Masson.

CLASSIFICAÇÃO	
CRIME MATERIAL (CAUSAL)	Possui conduta e resultado naturalístico. A consumação exige a ocorrência do resultado naturalístico, a exemplo do crime de homicídio.

CRIME FORMAL (DE CONSUMAÇÃO ANTECIPADA/DE RESULTADO CORTADO)	Possui conduta e resultado naturalístico. Contudo, a consumação independe da ocorrência do resultado naturalístico (consuma-se com a simples prática da conduta), a exemplo do crime de extorsão mediante sequestro, de ameaça, de injúria.
CRIME DE MERA CONDUTA (DE SIMPLES ATIVIDADE)	O tipo penal descreve apenas conduta, não contém resultado naturalístico, por isso jamais poderá ser verificado. Por exemplo, ato obsceno, porte de munição de uso permitido.
CRIME COMUM (GERAL)	Pode ser praticado por qualquer pessoa, a exemplo do homicídio, do furto. Obs.: crime bicomum qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo e qualquer pessoa pode ser o sujeito passivo, a exemplo da lesão corporal, do estelionato.
CRIME PRÓPRIO (ESPECIAL)	O tipo penal exige uma qualidade especial do sujeito ativo, a exemplo do crime de peculato (só pode ser praticado por funcionário público). Dividem-se em; • PUROS – a ausência da qualidade especial é causa de atipicidade do fato, é o ocorre na prevaricação; • IMPUROS – a ausência da qualidade especial acarreta a desclassificação, é o caso do peculato. Obs.: o crime poderá ser bipróprio, ou seja, exigem uma condição (fática ou jurídica) especial tanto do sujeito ativo quanto do sujeito passivo, é o caso do infanticídio.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

CRIME DE MÃO PRÓPRIA (DE ATUAÇÃO ESPECIAL/DE CONDUTA INFUNGÍVEL)	Somente pode ser praticado pela pessoa expressamente indicada no tipo penal, a exemplo do falso testemunho. Obs.: não admite coautoria, mas admite participação.
CRIME SIMPLES	Amolda-se ao tipo penal, a exemplo do furto.
CRIME COMPLEXO	É aquele que resulta da união de dois ou mais tipos penais (crime complexo em sentido estrito), a exemplo do crime de roubo. Há, ainda, o crime complexo em sentido amplo, que resulta da reunião de um crime com um comportamento, por si só, irrelevante, a exemplo do crime de denunciação caluniosa.
CRIME INSTANTÂNEO (ESTADO)	A consumação ocorre em momento determinado, sem continuidade no tempo, é o ocorre no furto.

CRIME PERMANENTE	A consumação prolonga-se no tempo, por vontade do agente. Em razão disso, a qualquer momento poderá ser decretada a prisão em flagrante, a exemplo dos crimes previstos no art. 12 e 16 do Estatuto do Desarmamento. Dividem-se em: • Necessariamente permanentes – para a consumação é imprescindível a manutenção da situação contrária ao direito por tempo juridicamente relevante (sequestro); • Eventualmente permanentes – em regra são instantâneos, contudo, no caso concreto, a situação pode ser prolongada no tempo pela vontade do agente (furto de energia elétrica).
CRIME INSTANTÂNEO DE EFEITOS PERMANENTES	Os efeitos do crime continuam existindo após a consumação, independentemente da vontade do agente, a exemplo da bigamia.
CRIME A PRAZO	A consumação depende da fluência de determinado prazo, por exemplo sequestro em que a privação da liberdade dura mais de 15 dias.
CRIME UNISSUBJETIVO (UNILATERAL, MONOSSUBJETIVO, DE CONCURSO	São praticados por uma única pessoa. Contudo, admitem concurso de pessoas, é o caso do homicídio.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

EVENTUAL)	

CRIME PLURISSUBJETIVO (PLURILATERAL, DE CONCURSO NECESSÁRIO)	O próprio tipo penal reclama pluralidade de agentes, poderão ser coautores ou partícipes, imputáveis ou inimputáveis, conhecidos ou desconhecidos. Dividem-se em: • CRIMES BILATERAIS ou DE ENCONTRO – o tipo penal exige dois agentes, em que as condutas tendem a se encontrar (bigamia); • CRIMES COLETIVOS ou DE CONVERGÊNCIA – o tipo penal exige três ou mais agentes. Podem ser: a) de condutas contrapostas: os agentes atuam uns contra os outros (rixa) ou de b) condutas paralelas: os agentes se auxiliam com o objetivo de produzirem o mesmo resultado (associação criminosa). Obs.: crime plurissubjetivo não se confunde com crime de participação necessária que são podem ser praticados por uma única pessoa, embora o tipo penal reclame a participação necessária de outra pessoa, que será o sujeito passivo e não será possível (rufianismo)
CRIME EVENTUALMENTE COLETIVO	São crimes de caráter unilateral em que a pluralidade de agentes será considerada uma causa de majoração de pena, é o que ocorre com o furto qualificado (art. 155, §4º, IV, do CP).
CRIME DE SUBJETIVIDADE PASSIVA ÚNICA	O tipo penal contempla apenas uma única vítima, por exemplo lesão corporal.
CRIME DE DUPLA SUBJETIVIDADE PASSIVA	O tipo penal prevê a existência de mais de uma vítima, é o que ocorre no aborto sem o consentimento da gestante, na violação de correspondência.
CRIME DE DANO (LESÃO)	A consumação ocorre com a efetiva lesão ao bem jurídico, a exemplo do homicídio, das lesões corporais.
CRIME DE PERIGO	A consumação ocorre com a mera exposição do bem jurídico tutelado a uma situação de perigo. Divide-se em: • CRIME DE PERIGO ABSTRATO, PRESUMIDO ou DE SIMPLES DESOBEDIÊNCIA – a consumação ocorre com a simples prática da conduta, não exige comprovação da produção da situação de perigo. É o caso do tráfico de drogas. • CRIME DE PERIGO CONCRETO – a

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

	consumação ocorre com a comprovação, no caso concreto, da ocorrência da situação de perigo, a exemplo do crime previsto no art. 132 do CP. • CRIME DE PERIGO INDIVIDUAL – atinge uma pessoa ou um número determinado de pessoas, a exemplo do crime do art. 130 do CP. • CRIME DE PERIGO COMUM OU COLETIVO – atinge número indeterminado de pessoas (art. 251 do CP). • CRIME DE PERIGO ATUAL – o perigo está ocorrendo, é o caso do abandono de incapaz. • CRIME DE PERIGO IMINENTE – o perigo está prestes a ocorrer. • CRIME DE PERIGO FUTURO OU MEDIATO – a situação de perigo projeta-se para o futuro, a exemplo do porte ilegal de arma de fogo. Autoriza a criação de tipos penais preventivos.
CRIME UNISSUBSISTENTE	São crimes em que não se admite a tentativa, tendo em vista que ocorre apenas um ato de execução que é capaz, por si só, de produzir o resultado.
CRIME PLURISSUBSISTENTE	A conduta é exteriorizada por dois ou mais atos, que se somam para a produção da consumação. Admitem tentativa.
CRIME COMISSIVO (DE AÇÃO	Praticados por meio de uma conduta positiva, de um fazer.
CRIME OMISSIVO (DE OMISSÃO)	Praticados através de uma conduta negativa, de uma inação, de um não fazer. Dividem-se em: • CRIMES OMISSIVOS PRÓPRIOS ou PUROS – o tipo penal contém a omissão, ou seja, a descrição da conduta prevê a realização do crime através de uma conduta negativa. Pode ser praticado por qualquer pessoa, que não irá responder pelo resultado naturalístico produzido, mas apenas pela sua omissão. Por exemplo, omissão de socorro. • CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS, ESPÚRIOS ou COMISSIVOS POR OMISSÃO – o tipo penal descreve uma conduta positiva, mas o agente descumpre seu dever jurídico de agir (art. 13, §2º

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

	do CP), o produz o resultado naturalístico e a responsabilização penal. São os crimes materiais, admitem tentativas e são compatíveis com o dolo e com a culpa. • CRIMES OMISSIVOS POR COMISSÃO – há uma ação provocadora da omissão. • CRIMES OMISSIVOS "QUASE IMPRÓPRIOS" – a omissão produz não produz uma lesão ao bem jurídico tutelado, mas apenas um perigo que poderá ser abstrato ou concreto.
CRIME DE CONDUTA MISTA	O tipo penal possui uma fase inicial e positiva e, ainda, uma fase final e omissiva. Por exemplo, crime de apropriação de coisa achada (art. 169, parágrafo único, II, do CP).
CRIME DE FORMA LIVRE	Admite qualquer meio de execução, a exemplo da ameaça.
CRIME DE FORMA VINCULADA	A execução só pode ser praticada pelos meios descritos no tipo penal, a exemplo do crime de perigo de contágio venéreo.
CRIME MONO-OFENSIVO	Ofende apenas um bem jurídico, é o caso do furto.
CRIME PLURIOFENSIVO	Atinge dois ou mais bem jurídicos, a exemplo do latrocínio.
CRIME PRINCIPAL	Possui existência autônoma, sua ocorrência não depende da existência de outro crime. Por exemplo, estupro.
CRIME ACESSÓRIO	Sua ocorrência depende da prática de um crime anterior, a exemplo da receptação, da lavagem de capitais.
CRIME TRANSEUNTE (DE FATO TRANSITÓRIO)	É o crime que não deixa vestígio, a exemplo da ameaça verbal. Não há realização de perícia.
CRIME NÃO TRANSEUNTE (DE FATO PERMANENTE)	É o crime que deixa vestígio material, como ocorre no homicídio. Salvo quando impossível sua realização, a falta de exame de corpo de delito ocasiona a nulidade da ação penal.
CRIME À DISTÂNCIA (DE ESPAÇO MÁXIMO)	A conduta e o resultado ocorrem em países diferentes
CRIME PLURILOCAL	A conduta e o resultado ocorrem em cidades diferentes, mas dentro do mesmo país.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

CRIME EM TRÂNSITO	Apenas uma parte da conduta ocorre em um país, sem lesionar ou expor a perigo bens jurídicos das pessoas que nele vivem.

CRIME INDEPENDENTE	Não possuem ligação com outro delito.
CRIME CONEXO	São interligados entre si. A conexão poderá ser: • TEOLÓGICA ou IDEOLÓGICA – a prática do crime visa assegurar a execução de outro delito; • CONSEQUENCIAL ou CASUAL – a prática do crime visa assegurar a ocultação, impunidade ou vantagem de outro delito; • OCASIONAL – a prática do crime é consequência da ocasião, da oportunidade, proporcionada por outro delito.
CRIME CONDICIONADO	O início da persecução penal depende uma condição objetiva de procedibilidade. Deve estar indicada expressamente, é o caso do crime de ameaça em que a ação penal é condicionada à representação.
CRIME INCONDICIONADO	O início da persecução penal é livre.
CRIME NATURAL	Viola valores éticos absolutos e universais, por exemplo homicídio.
CRIME DE PLÁSTICO	Não ofendem valores absolutos e universais, embora estejam previstos na legislação penal. Por exemplo, crimes contra a administração e contra a ordem tributária.
CRIME VAZIO	É uma modalidade do crime de plástico, caracterizado pela ausência de proteção ao bem jurídico. Parte da doutrina não admite sua existência.
CRIME DE MÍNIMO POTENCIAL OFENSIVO	Não comportam pena privativa de liberdade, a exemplo do art. 28 da Lei de Drogas.
CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO	Pena privativa de liberdade, em abstrato, não ultrapassa dois anos, cumulada ou não multa. De competência do JECRIM, segue o rito sumário , admite transação penal e composição dos danos civis.
CRIME DE MÉDIO POTENCIAL OFENSIVO	A pena mínima não ultrapassa um ano. Admite suspenção condicional do processo.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

CRIME DE ELEVADO POTENCIAL OFENSIVO	A pena mínima é superior a um ano. Não se aplicam os benefícios da Lei 9.099/95.

CRIME DE MÁXIMO POTENCIAL OFENSIVO	Trata-se dos crimes hediondos e equiparados
CRIME GRATUITO	É o crime praticado sem motivo. Obs.: não se confunde com o crime praticado por motivo fútil.
CRIME DE ÍMPETO	Cometido sem que haja premeditação, em decorrência de reação emocional repentina.
CRIME EXAURIDO	O agente, mesmo após a execução, insiste na agressão ao bem jurídico.
CRIME DE CIRCULAÇÃO	Praticado com emprego de veículo automotor, seja com dolo ou com culpa.
CRIME DE ATENTADO OU DE EMPREENDIMENTO	É o crime em que a lei pune da mesma forma a consumação ou a tentativa. Portanto, a tentativa não será uma causa de diminuição de pena.
CRIME DE OPINIÃO OU DE PALAVRA	Há um excesso abusivo na manifestação do pensamento.
CRIME MULTITUDINÁRIO	Praticado por uma multidão em tumulto.
CRIME VAGO	Possui como sujeito passivo uma entidade sem personalidade jurídica, a exemplo da família, da sociedade.
CRIME INTERNACIONAL	É o crime que o Brasil, por meio de um tratado internacional incorporado ao ordenamento jurídico, comprometeu-se a evitar e a punir.
CRIME DE MERA SUSPEITA (SEM AÇÃO OU DE MERA POSIÇÃO)	O agente é punido simplesmente pela suspeita despertada pelo seu agir. Não realiza nenhuma conduta penalmente relevante.
CRIME INOMINADO	Ofende regra ética ou cultural consagrada no Direito Penal, embora não esteja definido na lei como infração. Não deve ser admitido.
CRIME HABITUAL	Divide-se em: • HABITUAL PRÓPRIO – consuma-se com a prática reiterada e uniforme de vários atos que revelam um criminoso estilo de vida do agente. • HABITUAL IMPRÓPRIO – apenas uma ação possui relevância para configurar o tipo penal, ainda que a reiteração não configure pluralidade de condutas.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

CRIME PROFISSIONAL	Crime habitual cometido com finalidade lucrativa.
QUASE-CRIME	Trata-se do crime impossível e da participação impunível.
CRIME SUBSIDIÁRIO	Verifica-se quando o fato não configura crime mais grave.
CRIME HEDIONDO	São os crimes previstos na Lei 8.072/1990.
CRIME DE EXPRESSÃO	Caracteriza-se pela existência de um processo intelectivo interno do autor.
CRIME DE INTENÇÃO OU DE TENDÊNCIA INTERNA PERMANENTE	O agente quer e persegue um resultado que não necessita ser alcançado para a consumação.
CRIME DE TENDÊNCIA OU DE ATITUDE PESSOAL	A tendência afetiva do autor delimita a ação típica, ou seja, a tipicidade pode sou não ocorrem em razão da atitude pessoal e interna do agente.
CRIME MUTILADO DE DOIS ATOS OU TIPOS IMPERFEITOS DE DOIS ATOS	O agente pratica o delito com a finalidade de obter um benefício posterior.
CRIME DE AÇÃO VIOLÊNCIA	Cometido mediante o emprego de violência contra a pessoa ou grave ameaça. Por exemplo, roubo.
CRIME DE AÇÃO ASTUCIOSA	Praticado mediante fraude, cilada, a exemplo do estelionato.
CRIME FALHO	Trata-se da tentativa perfeita ou acabada, o agente esgota todos os meios de execução que tinha à sua disposição, mesmo assim, o crime não se consuma por circunstâncias alheias à sua vontade.
CRIME PUTATIVO (IMAGINÁRIO OU ERRONEAMENTE SUPOSTO)	O agente acredita ter praticado um crime, quando na verdade cometeu um irrelevante penal. É um não-crime que poderá ser: crime putativo por erro de tipo, crime putativo por erro de proibição ou crime putativo por obra do agente provocador.
CRIME REMETIDO	A definição do típica se reporta a outro crime, que passa a integrá-lo, a exemplo do uso de documento falso.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

CRIME DE RESPONSABILIDADE	Dividem-se em: • PRÓPRIOS – são crimes comuns (arts. 312 a 326 do CP) e crimes especiais (Lei 4.898/96 e Decreto-lei 201/1967). • IMPRÓPRIOS – não são crimes, mas sim infrações político-administrativas previstas nas Leis 1.079/50 e 7.106/93.
CRIME OBSTÁCULO	Os atos preparatórios são tipificados como crime autônomo pelo legislador.
CRIME PROGRESSIVO	O agente deve violar obrigatoriamente outra lei penal, que tipifica crime menos grave, chamado de crime de ação de passagem.
PROGRESSÃO CRIMINOSA	Ocorre quando há uma mudança no dolo do agente que praticava um crime menos gravo e, após, já alcançada a consumação, decide praticar um crime mais grave.
CRIME DE IMPRESSÃO	Causa determinado estado de ânimo na vítima. Divide-se em: • CRIME DE INTELIGÊNCIA – praticado mediante o engano do sujeito passivo; • CRIME DE VONTADE – recaem na vontade da vítima no tocante à sua esfera de autodeterminação; • CRIME DE SENTIMENTO – incidem nas faculdades emocionais do ofendido.
CRIME MILITAR	Previstos no Código Penal Militar (crimes militares próprios), há crimes praticados em tempo de paz e crimes praticados em tempo de guerra. Há, ainda, os crimes militares impróprios que estão previstos no CPM e na legislação comum.
CRIME FALIMENTAR	Tipificados na Lei de Falências.
CRIME FUNCIONAL	O autor deve ser funcionário público. Divide-se em: • FUNCIONAIS PRÓPRIOS – a ausência da condição de funcionário público do sujeito passivo leva à atipicidade da conduta; • FUNCIONAIS IMPRÓPRIOS OU MISTOS – ausente a qualidade de funcionário público haverá

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

	a desclassificação do crime.

CRIME PARCELAR	Crimes de mesma espécie que compõem a serie da continuidade delitiva, desde que presentes os requisitos do art. 71 do CP.
CRIME DE HERMENÊUTICA	Resulta da interpretação dos operadores do direito, já que na situação concreta não existem provas, nem sequer indícios consistentes, da prática de um fato legalmente descrito como criminoso.
CRIME DE RUA	Praticados pelas pessoas de classe social menos favorecidas.
CRIME DE COLARINHO BRANCO	Praticados por pessoas que gozam e abusam de elevada condição econômica e do poder daí decorrente.
CRIME DE COLARINHO AZUL	Referem-se aos crimes de rua.
CRIME LILIPUTIANO	É o crime anão ou o crime vagabundo. Referem-se às contravenções penais.
CRIME DE CATÁLOGO	Referem-se aos crimes compatíveis com a interceptação telefônica.
CRIME DE ACUMULAÇÃO	Algumas condutas são incapazes isoladamente de ofender o valor ou o interesse protegido pela norma penal. Porém, a sua repetição, cumulativamente considerada, constitui crime, em face da lesão ao bem jurídico.
CRIME DE OLVIDO	Também conhecido como crime de esquecimento. É modalidade de crime omissivo impróprio, caracterizado pela sua forma culposa.
CRIME ABERRANTE	São os crimes cometidos por erro sobre o nexo causal (*aberratio causae*), erro na execução (*aberratio ictus*) e resultado diverso do pretendido (*aberratio delicit*)
CRIME ACHADO	É o crime desconhecido e não investigado até o momento em que vem a ser descoberto, em razão da apuração de outro delito. Por exemplo, na intercepção para o tráfico descobre-se um homicídio. Relaciona-se com o encontro fortuito de provas (princípio da serendipidade).

5. SISTEMAS PENAIS

Aqui, estuda-se a forma como o Direito Penal foi elaborado.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

5.1. SISTEMA CLÁSSICO

Seus percursores foram Von Liszt, Beling e Radbruch.

O nome sistema clássico foi dado pelo finalismo, como uma forma de determinar que estava ultrapassado, superado.

5.1.1. Teorias adotadas

Em relação à **conduta**, o sistema clássico adota a **Teoria Causalista** ou Mecanicista ou Causal ou Naturalista, para quem a conduta é o comportamento humanos voluntário que produz um resultado no mundo exterior.

Há algumas críticas a Teoria da Causalidade:

- Não abrange os crimes omissivos; falta relação de causalidade omissão/resultado.
- Dolo e culpa na culpabilidade (espécies). E os crimes culposos? E a tentativa? (Bitencourt: o dolo pertence ao injusto na tentativa, não pode ser somente elemento da culpabilidade na consumação).
- O tipo penal não pode ser constituído somente de elementos objetivos.

Em relação à **culpabilidade**, adota a **Teoria Psicológica**. Defende que a culpabilidade nada mais é do que o vínculo psicológico, representado pelo dolo ou pela culpa, entre o agente imputável e o fato típico e ilícito por ele praticado.

5.1.2. Estrutura do crime

FATO TÍPICO	ILICITUDE	CULPABILIDADE
Conduta	Mera relação de contrariedade entre o fato típico e a norma.	Imputabilidade
Resultado		Dolo (normativo – contém a consciência da ilicitude) ou culpa
Relação de causalidade		
Tipicidade		

Vimos acima que o Sistema Clássico adota a Teoria da Causalidade quando se refere à conduta, considera-a como a *fotografia do crime*, independe da culpabilidade do agente. Existe conduta sem dolo e sem culpa (estão na culpabilidade). Por isso, a afirmação de antes: "*quem é clássico necessariamente é tripartido*".

Excluindo a culpabilidade ter-se-á responsabilidade penal objetiva.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

5.2. SISTEMA NEOCLÁSSICO (NEOKANTISTA)

É o segundo estágio do sistema neoclássico.

Surge na Alemanha, em 1907, pelos estudos de Reinhart Frank, o qual desenvolveu a Teoria da Normalidade das Circunstâncias Concomitantes (Teoria da Evitabilidade), só é culpável quem pratica o fato típico e ilícito em uma situação de normalidade, ou seja, quando lhe era exigível uma conduta diversa.

5.2.1. Teorias adotadas

Em relação à conduta, o sistema neoclássico adota também Teoria Causalista.

Em relação à culpabilidade, adota a Teoria Psicológico-Normativa, a qual autoriza o surgimento de duas novas excludentes da culpabilidade: coação moral irresistível e obediência hierárquica. Além disso, abre espaço para as causas supralegais de exclusão da culpabilidade.

5.2.2. Estrutura do crime

FATO TÍPICO	ILICITUDE	CULPABILIDADE
Conduta	Mera relação de contrariedade entre o fato típico e a norma	Imputabilidade
Resultado		Dolo (normativo – contém a consciência da ilicitude) ou culpa
Relação de causalidade		Exigibilidade de conduta diversa.
Tipicidade		

5.3. SISTEMA FINALISTA

Surge na Alemanha, em 1930, com os estudos de Hans Welzel, amparou-se na lógica, na filosofia, na matemática e escreveu o Livro “O Novo Sistema Jurídico Penal”.

Para Welzel a causalidade é cega, não analisa o querer interno do agente. O finalismo, por ser guiado (pelo dolo e pela culpa), é vidente.

5.3.1. Teorias adotadas

Em relação à conduta, adotou a Teoria Finalista, segundo a qual a conduta é a ação ou omissão humana consciente e voluntária, dirigida a um fim. Ou seja, o agente faz ou deixa de fazer algo com determinada finalidade.

Em relação à culpabilidade, adotou a Teoria Normativa Pura, pois os elementos psicológicos (dolo e culpa) foram deslocados para a conduta.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

5.3.2. Estrutura do crime

FATO TÍPICO	ILICITUDE	CULPABILIDADE
Conduta (Dolo e Culpa)	Mera relação de contrariedade entre o fato típico e a norma	Imputabilidade
Resultado		Potencial consciência da ilicitude
Relação de causalidade		Exigibilidade de conduta diversa.
Tipicidade		

Perceba que o dolo e a culpa, antes na culpabilidade, passam a integrar a conduta. O dolo deixou de ser normativo, para ser natural (independe da consciência da ilicitude). Passa-se a ter

uma consciência potencial da ilicitude na culpabilidade, deixando de ser atual para ser potencial.

Há quem diga que a culpabilidade no finalismo é vazia, isso porque seus elementos psicológicos foram para a conduta.

Como dito acima, o Código Penal é finalista, melhor exemplo é o art. 20 (erro de tipo), em que fica claro que o dolo está na conduta.

Os finalistas podem ser tripartidos ou bipartidos, a ausência da culpabilidade não gera responsabilidade penal objetiva, uma vez que o dolo e a culpa estão no fato típico. Assim, a culpabilidade pode ser elemento do crime (tripartido) ou pressuposto de aplicação da pena (bipartido).

6. FATO TÍPICO

6.1. CONCEITO

É o fato humano que produz um resultado e encontra correspondência em uma norma penal incriminadora. Por outro lado, fato atípico é um fato humano que não se enquadra nos elementos do tipo penal.

6.2. ELEMENTOS

O fato típico é composto por quatro elementos: conduta, resultado, relação de causalidade e tipicidade.

Salienta-se que a conduta e a tipicidade estão presentes em TODO e QUALQUER crime. Já o resultado (naturalístico) e a relação de causalidade estão presentes apenas nos crimes materiais consumados.

6.2.1. Crimes materiais, formais e de mera conduta



Os **crimes materiais** são chamados também de crimes causais ou de resultados, nele o tipo penal contém conduta e resultado naturalístico, exigindo-se a produção deste último para a consumação. Por exemplo, a conduta é matar alguém e o resultado é a morte da vítima, a consumação ocorre com a morte.

Os **crimes formais**, também chamados de consumação antecipada ou de resultado cortado, são aqueles em que o tipo penal possui conduta e resultado naturalístico, mas dispensa este último para fins de consumação. Cita-se, como exemplo, a extorsão mediante sequestro, o crime se consuma com a privação da liberdade da vítima, o pagamento (que seria o resultado) é irrelevante para sua consumação.

Os **crimes de mera conduta**, também chamados de simples atividade, são aqueles que se esgotam com a prática da conduta. O tipo penal não contém resultado naturalístico. Por exemplo, ato obsceno.

#Qual o ponto comum entre crimes formais e os crimes de mera conduta? A consumação, em ambos, ocorre com a prática da conduta. Por isso, o STF os chama de crime sem resultado.

#Qual o ponto que os diferencia? Nos crimes formais o resultado naturalístico não é necessário para fins de consumação, mas pode ocorrer, havendo o exaurimento (instituto exclusivo dos crimes formais, e a ocorrência do resultado naturalístico). Já nos crimes de mera conduta, JAMAIS ocorrerá resultado naturalístico, pois o tipo penal não o prevê.

A seguir iremos analisar cada um dos elementos do fato típico separadamente.

7. CONDUTA

7.1. CONCEITO

A conduta, de acordo com a Teoria Finalista, é a ação ou omissão humana (e da pessoa jurídica nos crimes ambientais) consciente e voluntária (o agente sabe o que está fazendo) dirigida a um fim (por isso finalista).

A conduta é o primeiro elemento do fato típico, está presente em todo e qualquer crime. Em suma: não há crime sem conduta.

Obs.: O dolo e a culpa estão na conduta. Assim, toda conduta será dolosa ou, no mínimo, culposa.

Os críticos da Teoria Finalista (conceito de conduta acima) afirmam que esta Teoria não consegue explicar os crimes culposos (o fim é involuntário). Segundo Masson, nenhuma teoria será perfeita, a Teoria Finalista trouxe inúmeras vantagens, mas falha nos crimes culposos, já que a conduta será voluntária, mas o resultado (o fim) será involuntário.

Lembrar que para a Teoria Causalista a conduta é um movimento corporal (ação) voluntário que produz uma modificação no mundo exterior perceptível pelos sentidos. Já para a Teoria Neokantista a conduta é um comportamento (ação ou omissão) voluntário que produz uma modificação no mundo exterior perceptível pelos sentidos.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

7.2. TEORIA CIBERNÉTICA DA CONDUTA

Criada por Welzel com o intuito de tentar explicar o finalismo para os crimes culposos, para quem a conduta seria a ação biociberneticamente antecipada. Ou seja, preocupa-se com o controle da vontade do agente, existente tanto nos crimes dolosos quando culposos.

Por exemplo, João dirige a 150km/h no centro da cidade com o intuito de matar Pedro (crime doloso). Maria dirige a 150km/h no centro da cidade porque gosta de ouvir o barulho do motor, não visa matar ninguém, mas acaba atropelando uma pessoa (crime culposo). Em ambos os casos, João e Maria, possuíam o controle da vontade (dirigir a 150km/h).

Rapidamente, contudo, Welzel abandona a Teoria Cibernética, pois começou a colocar o finalismo em descrédito. Reconheceu a inconsistência da Teoria Finalista em relação aos crimes culposos e continuou com ela para os crimes dolosos.

7.3. TEORIA SOCIAL DA CONDUTA

Criada pelo alemão Jehannes Wessels, defende que conduta é o comportamento humano com transcendência social.

Hans Heinrich Jescheck, considerado o grande nome da Teoria Social, afirma que a Teoria Social utiliza a base do finalismo e acrescenta o chamado resultado socialmente relevante. Assim, não basta uma ação ou omissão humana consciente dirigida a um fim, é necessário que o fim

tenha um resultado socialmente relevante, o qual funciona como um elemento implícito da conduta.

Vantagem: permite ao Poder Judiciário suprir o vácuo entre a letra da lei e a realidade atual.

Crítica: causa insegurança jurídica.

No Brasil, não ganhou adeptos.

7.4. CARACTERÍSTICAS DA CONDUTA

7.4.1. Não há crime sem conduta

Todo e qualquer crime, seja doloso ou culposo, terá conduta.

O Direito Penal moderno não admite os *crimes de mera suspeita*, expressão criada pelo italiano Vicenzo Manzini, em que o agente é punido pela mera suspeita despertada pelo seu estilo de vida.

No Brasil, o art. 25 da Lei de Contravenção Penal era típico exemplo de um crime de mera suspeita, em que se aplica o direito penal do autor, uma vez que tipifica a posse de suposta chave falsa pelo agente que já foi condenado anteriormente por roubo ou furto. Perceba que o agente incorria no tipo única e exclusivamente por sua condição social.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

> *Art. 25. Ter alguém em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima:*

O Plenário do STF (RE 583.523) reconheceu, acertadamente, que o art. 25 da Lei de Contravenção Penal não foi recepcionado pela Constituição Federal de1988. Vejamos os principais argumentos (retirados do Info 722 Dizer o Direito):

- A LCP foi concebida durante o regime ditatorial e, por isso, trata-se de um tipo contravencional anacrônico (retrógrado).
- A condição especial exigida pelo tipo de o agente “ser conhecido como vadio ou mendigo”, criminaliza, em verdade, qualidade pessoal e econômica do agente, e não fatos objetivos que causem relevante lesão a bens jurídicos importantes ao meio social. Assim, o art. 25 da LCP seria um resquício de “direito penal do autor”, o que não é admitido no sistema penal brasileiro, que adota o “direito penal do fato”.
- O tipo em questão viola também os princípios da ofensividade, da proporcionalidade e da presunção de inocência

7.4.2. Ser humano

Apenas o ser humano (e a PJ nos crimes ambientais) pode praticar condutas penalmente relevantes.

O Direito Penal não se ocupa de fenômenos da natureza e nem de animais.

7.4.3. Ação voluntária

Somente a conduta voluntária (tanto nos crimes dolosos quanto culposos) interessa ao Direito Penal. Não pode ser imposta por terceiro, tanto que a coação física irresistível exclui a conduta, tornando o fato atípico, porque falta voluntariedade.

7.4.4. Atos projetados no mundo exterior ingressam no conceito de conduta

Não há conduta penalmente relevante enquanto a vontade criminosa está na mente do agente. Por isso, nunca se punirá, no Direito Penal, a cogitação (claustro-psíquico).

Obs.: **Direito à perversão** – todo ser humano possui o direito de ser perverso, ser mentalmente mau, uma vez que o Direito Penal não pune a cogitação. Não há perigo ao bem jurídico.

7.5. FORMAS DA CONDUTA

7.5.1. Por ação

É chamado de crime comissivo.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

O tipo penal descreve uma conduta positiva, um fazer. Contudo, a norma é proibitiva (sistema da proibição indireta), pois ao prever uma pena por “matar alguém”, indiretamente, está afirmando não “mate”, se matar será punido.

Destaca-se que a grande maioria dos tipos penais são comissivos.

7.5.2. Por omissão

Chamado de crime omissivo.

O tipo penal descreve uma conduta negativa, uma inação, um não fazer. São veiculados por normas preceptivas, ou seja, por normas que impõem ao sujeito a prática de determinado comportamento.

Por exemplo, crime de omissão de socorro (“deixar de prestar assistência”). A norma quer dizer: “*preste assistência, caso contrário você será punido*”.

Os crimes omissivos podem ser divididos em dois grupos:

a) Crimes omissivos próprios ou puros

O próprio tipo penal descreve a omissão (o não fazer), a exemplo do art. 135 do CP.

> *Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:*

Quanto ao sujeito ativo, são crimes comuns ou gerais (podem ser praticados por qualquer pessoa). Por exemplo, Maria passou na rua e não prestou socorro a uma criança. Minutos depois

João passa e, igualmente, não presta socorro. Pedro pratica a mesma conduta. Os três responderão pelo art. 135 do CP.

Além disso, são crimes que não admitem tentativa, uma vez que a conduta é composta de um único ato suficiente para a consumação (crimes unissubsistentes).

Por fim, salienta-se que os crimes omissivos próprios são crimes de mera conduta, o tipo penal não prevê resultado naturalístico, esgota-se na conduta.

b) Crimes omissivos impróprios, espúrios ou comissivos por omissão

O tipo penal descreve uma ação, mas a inércia do agente que descumpre seu dever de agir (art. 13, §2º do CP) leva a produção do resultado naturalístico.



Art. 13, § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:
a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

.

Quanto ao sujeito ativo, são crimes próprios ou especiais, eis que somente podem ser praticados por quem tem o dever de agir para evitar o resultado. Cita-se, como exemplo, a mãe de um bebê que deixa de alimentá-lo.

Ademais, os crimes omissivos impróprios podem ser dolosos ou culposos.

Aqui, a tentativa é, perfeitamente, admissível. Trata-se de crime em que a conduta é composta por dois ou mais atos que se unem, para juntos, produzirem a consumação (crime plurissubsistentes).

Por último, salienta-se que os crimes comissivos por omissão são crimes materiais, a consumação depende da produção do resultado naturalístico.

7.6. TEORIAS DA OMISSÃO

7.6.1. Teoria Naturalística

A omissão é um fenômeno causal que pode ser verificado no mundo prático. Todo aquele que se omite, de algum modo, faz algo.

Não tem muito sentido.

7.6.2. Teoria Normativa

A omissão é um nada, e o nada nada produz. Assim, quem se omite, em princípio, não responde por crime algum.

feito.

A omissão só possui relevância quando o agente não faz o que a lei determina que seja

O Código Penal adota a Teoria Normativa.

7.7. CAUSAS DE EXCLUSÃO DA CONDUTA

7.7.1. Caso fortuito e força maior

São acontecimentos imprevisíveis e inevitáveis que escapam ao controle da vontade humana. Sem vontade humana, não há conduta.

Prevalece que o caso fortuito possui origem humana, já a força maior possui origem na natureza.

7.7.2. Sonambulismo e hipnose

São estados de inconsciência, não havendo vontade. Portanto, ausente a conduta.

7.7.3. Atos ou movimentos reflexos

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Reações corporais automáticas, as quais independem da vontade do ser humano.

Exemplo: levou um choque e acabou apertando o gatilho matando alguém; tomou um susto e deu um soco em alguém.

Não confundir com:

- Atos habituais que são aqueles que o agente pratica repetidamente, ainda que contrários ao Direito Penal (por exemplo, falar no celular enquanto dirige).
- Ações em curto-circuito são derivadas de uma explosão emocional repentina. Por exemplo, durante uma partida de futebol, tomados pela excitação do jogo e da torcida, uma multidão invade o campo para protestar com violência contra a injusta marcação de pênalti.

Em ambas pode haver crime, eis que era possível controlar à vontade.

7.7.4. Coação física irresistível

Também chamada de *vis absoluta*.

O coagido é corporalmente (fisicamente) controlado pelo coator, a fim de praticar o delito. Há, aqui, três pessoas envolvidas:

- Coagido – é a pessoa que é forçada a praticar o crime;
- Coator – é a pessoa que controla e faz com que o coagido pratique o crime;
- Vítima – é a pessoa que sofre o crime.

Por exemplo, Fernando coage (segurando a mão) Ana a matar Felipe.

Na coação física irresistível não há conduta penalmente relevante, por falta total de vontade, o fato é atípico. O coagido é controlado pelo coator.

Obs.: na coação moral irresistível (*vis relativa*) o coagido é gravemente ameaçado pelo coator a cometer o crime. A vontade é viciada pela coação, mas está presente na conduta no coagido. O fato será típico, ilícito, mas será excluída a culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa.

8. RESULTADO

8.1. CONCEITO

É o segundo elemento do fato típico.

Entende-se por resultado o efeito/o reflexo/a consequência da conduta do agente.

8.2. DENOMINAÇÃO

O nome mais adequado é resultado. Contudo, alguns autores utilizam a expressão "evento" como sinônima de resultado.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

8.3. ESPÉCIES

8.3.1. Jurídico/Normativo

É a simples violação da lei penal, com ataque ao bem jurídico por ela tutelado. Por exemplo, no homicídio o agente viola o art. 121 do CP com ataque ao bem jurídico tutelado (vida).

Obs.: não existe crime sem resultado jurídico ou normativo, eis que todo crime irá violar uma norma penal, atacando um bem jurídico.

8.3.2. Material/Naturalístico

É a modificação do mundo exterior provocada pela conduta criminosa.

No homicídio, por exemplo, a morte da vítima é o resultado naturalístico.

Obs.: existe crime sem resultado material ou naturalístico.

9. RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

9.1. DENOMINAÇÃO

Relação de causalidade e nexo causal possuem o mesmo significado.

9.2. CONCEITO

É o terceiro elemento do fato típico.

Relação de causalidade é o vínculo entre a conduta do agente e o resultado naturalístico produzido. O estudo da causalidade busca concluir se o resultado, como um fato, ocorreu da conduta e se pode ser atribuído, objetivamente, ao sujeito ativo, inserindo-se na sua esfera de autoria por ter sido ele o agente do comportamento.

9.3. APLICABILIDADE

O estudo da relação e causalidade só possui relevância nos crimes materiais, conforme se pode observar pela leitura do *caput* do art. 13 do CP.

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

Nos crimes formais e de mera conduta não há resultado naturalístico. Portanto, ausente a relação de causalidade entre conduta e resultado.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Observe o quadro sinóptico, apresentado pelo Professor Rogério Sanches, diferenciando crime material, crime formal e crime de mera conduta:

CRIME	DESCRIÇÃO DO TIPO PENAL	IMPORTÂNCIA DO RESULTADO À CONSUMAÇÃO	EXEMPLO
Crime Material	O tipo penal descreve conduta E resultado naturalístico.	O resultado é indispensável à consumação.	Homicídio
Crime Formal ou de Consumação Antecipada	O tipo penal também descreve conduta E resultado naturalístico.	O resultado naturalístico é dispensável, pois a consumação ocorre com a conduta. Obs.: se, apesar de dispensável, ocorrer o resultado naturalístico, há exaurimento do crime (que é considerado na fixação da pena.	Extorsão mediante sequestro (o crime se consuma com a privação da liberdade, não com a obtenção da vantagem indevida)
Crime de Mera Conduta ou Atividade	O tipo penal descreve apenas a conduta	Não há resultado naturalístico.	Omissão de socorro.

9.4. TEORIAS

9.4.1. <u>Causalidade adequada</u>

Criada por Von Kries.

Sustenta que causa é o acontecimento que concorre para o resultado de forma eficaz.

É adotada como exceção (art. 13, §1º)

9.4.2. Equivalência dos antecedentes

Inicialmente, foi desenvolvida por Glaser, sendo sistematizada por Von Buri e Stuart Miel, no ano de 1873.

Entende que causa é TODO e QUALQUER acontecimento que contribuiu para a produção do resultado naturalístico.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

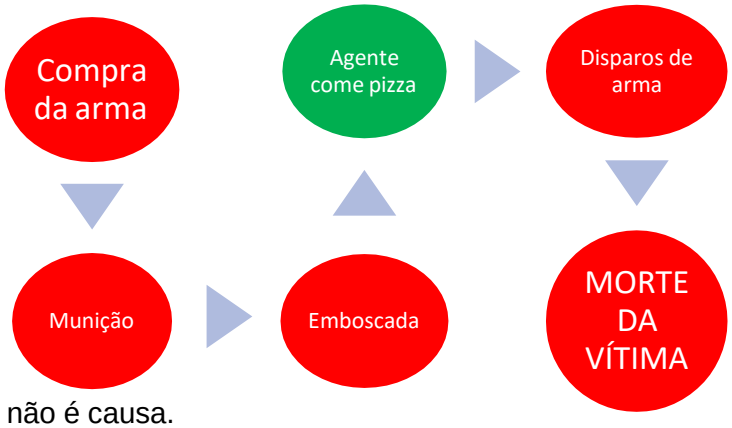
É a Teoria adotada pelo Brasil como regra geral (art. 13, caput).

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

Esta Teoria não faz distinção entre causa, condição e ocasião, tudo que contribui de qualquer modo para o resultado é causa desde.

Para identificar a causa, utiliza-se o método da eliminação hipotética, desenvolvido pelo sueco Thyrén, em 1894. De acordo com este método, depois que o crime foi praticado volta-se, hipoteticamente, no tempo e eliminam-se acontecimentos. Caso o crime desapareça após a eliminação de um acontecimento, este será considerado sua causa.

Observe:



Comprar arma é causa da morte, sem a arma a morte não ocorreria.

A munição é causa da morte.

A emboscada é causa da morte.

A pizza não é causa.

Os disparos, igualmente, são causa.

A Teoria da Equivalência sofre algumas críticas, pois permitiria o *regressus ad infinitum*. Contudo, a relação de causalidade não se esgota na mera causalidade física (dependência de um acontecimento que lhe é anterior), também depende da causalidade psíquica, representada pelo dolo e pela culpa.

9.4.3. Imputação objetiva

Introduzida no Direito Penal por Claus Roxin.

A imputação objetiva trabalha com a ideia de risco proibido. Assim, o resultado só poderá

ser imputado ao agente que criou um risco proibido ou aumentou um risco proibido já existente.

Apesar de não ter previsão legal, já foi adotada em alguns julgados pelo STJ, pois é mais favorável ao agente.

Insurgindo-se contra o regresso ao infinito da causalidade simples, a teoria da imputação objetiva enriquece a causalidade acrescentando o nexo normativo, este composto de:

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

- Criação ou incremento de risco proibido relevante

A conduta deve ser valorada na dimensão da tipicidade. A conduta, mesmo que formalmente típica (adequada à lei), se praticada em contexto de risco permitido não é tipo penal.

Exemplo: sujeito dirigindo obedecendo às leis em velocidade permitida. Está gerando risco permitido. Se atropelar e matar alguém não responde por essa morte. Agora se está dirigindo a 200km/h gera riscos proibidos, o é fato típico. Percebe-se aqui a valoração da conduta. Nas teorias antigas seria fato típico.

Sobrinho compra passagens de avião para o tio, desejando sua morte. O avião cai e o tio morre. O resultado jamais pode ser imputado ao sobrinho, a compra das passagens não gerou risco juridicamente relevante.

OBS: autocolocação da vítima em risco, também não se analisa o dolo e culpa do agente, eis que a criação do risco não foi pelo agente. Nem chegamos à análise do dolo e culpa. Autocolocação da vítima em perigo foi citada pela teoria da imputação objetiva de Jakobs (“ações de próprio risco”).

- Realização do risco no resultado (resultado na linha de desdobramento normal da conduta)

Nexo de imputação entre o risco criado e o resultado produzido. No âmbito objetivo fala-se em nexo de causalidade. Aqui no âmbito normativo, fala-se em nexo de imputação. Ou seja, deve ter nexo entro o risco criado e o resultado produzido.

Problema jurídico: eu empurro B em uma piscina, não sabe nadar, C um terceiro chega, sem saber nadar, se atira por livre vontade na piscina para salvar B e morre também. Eu respondo pela morte de B, agora pela morte de C não. Visto que cada um responde pelo risco que criou (criei risco para B apenas), e nos limites do risco criado. C = autocolocação da vítima em perigo em razão de conduta própria.

- Resultado esteja no âmbito de proteção da norma

Somente haverá responsabilidade quando a conduta afrontar a finalidade protetiva da norma. A conduta deve ser limitada à proteção da norma aos danos diretos.

Exemplo: dois ciclistas andam no acostamento à noite, um na frente e um atrás, os dois sem farol, o primeiro atropela uma pessoa e mata. Os dois foram condenados, o primeiro porque não tinha farol e dirigiu imprudentemente, o segundo porque não tinha farol também e não iluminou o caminho à frente. Porém está errado, visto que a norma diz que o ciclista deve ter farol na sua bicicleta para proteger os riscos ligados a si mesmo, e não a terceiros.

É um corretivo do nexo causal.

Conclusões de ROGÉRIO GRECO sobre a teoria da imputação objetiva

- A imputação objetiva é uma análise que antecede à imputação subjetiva, quer evitar ter que analisar dolo e culpa.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

- Aplica-se a imputação objetiva no comportamento (conduta) e no resultado.

- Criada para se contrapor aos dogmas da teoria da equivalência, erigindo uma relação de causalidade jurídica ou normativa.

- Uma vez concluída pela não imputação objetiva, afasta-se o fato típico.

Por fim, com argumento de que o comportamento social do homem é vinculado a papéis, Jakobs lança quatro instituições sobre as quais desenvolve a sua Teoria da Imputação Objetiva.

1º. Risco Permitido (semelhante ao descrito por Roxin);

2º. Princípio da confiança (pessoas têm seus papéis na sociedade e confiam que as outras farão o seu);

3º. Proibição de regresso (cada um está cumprindo seu papel, não há de ser responsabilizado);

4º. Competência ou capacidade da vítima (consentimento do ofendido e "ações a próprio risco").

9.5. RELEVÂNCIA DA OMISSÃO

9.5.1. Aplicabilidade

Previsto no art. 13, §2º, do CP, será aplicado apenas aos crimes omissivos impróprios, espúrios ou comissivos por omissão, em que o tipo penal descreve uma ação, mas a inércia do agente, que descumpre o seu dever de agir, leva a produção do resultado.

Art. 13, § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

9.5.2. Dever de agir

O Código Penal consagra um critério legal para definir o dever de agir.

Alguns países adotam um critério judicial, em que incumbirá ao juiz, no caso concreto, dizer se o dever de agir está presente ou não. Há, ainda, o critério misto (legal e judicial), em que o legislador traça os parâmetros mínimos e compete ao julgador dizer se o dever de agir está ou não presente.

9.5.3. Hipóteses do dever de agir

a) Tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância

Contempla o dever legal. Ou seja, a lei impõe a determinadas pessoas o dever de enfrentar certas situações.

Ex.: Policial, bombeiro.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

b) De outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado

Significa qualquer outra forma diversa da lei. Traz a figura do garante da não ocorrência do resultado.

A posição do garantidor pode derivar de um contrato, a exemplo da babá contratada para cuidar de um bebê. Porém, o contrato não é indispensável, a figura deve ser interpretada de forma ampla, ou seja, se de algum modo assumiu a obrigação de evitar o resultado irá responder por ele.

c) Com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado

Contempla a figura da ingerência, aquele que cria uma situação de perigo possui a obrigação de impedir o resultado.

9.5.4. Poder de agir

Salienta-se que irá responder pelo crime não apenas quando tinha o dever de agir, mas quando **devia e podia** agir para evitar o resultado. É necessário avaliar o caso concreto.

Algumas pessoas possuem o dever de enfrentar situações perigosas, mas a lei não pode exigir que o indivíduo tenha atitudes heroicas, que coloquem em risco a sua integridade física.

Nesse sentido, a questão 18 da prova da DPE/AP (2018) considerou correta a seguinte afirmativa: (C) *a falta do poder de agir gera atipicidade da conduta*.

9.6. CONCAUSAS

9.6.1. Conceito

Concausas significa concorrência de causas, ou seja, há mais de uma causa que contribui para a produção do resultado.

9.6.2. Espécies

a) Dependente

Precisa da conduta do agente para produzir o resultado.

As concausas dependentes não excluem a relação de causalidade.

b) Independente

É aquela capaz, por si só, de produzir o resultado. Ou seja, não depende da conduta do agente. Podendo ser absolutas ou relativas (veremos abaixo).

9.6.3. Concausas absolutamente independentes

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

É aquela totalmente desvinculada da conduta do agente que, por si só, produzirá o resultado. Podem ser preexistentes, concomitantes ou supervenientes.

PREEXISTENTES	CONCOMITANTES	SUPERVENIENTES
Também chamadas de estado anterior. São aquelas que antecedem a conduta do agente.	São aquelas que ocorrem simultaneamente à conduta do agente.	São aquelas posteriores a conduta do agente.
Ex.: Ana coloca veneno na comida de Cássio. João invade a residência e dispara arma de fogo contra Cássio. No hospital, Cássio veio a falecer. O laudo de necropsia constata que a causa da morte foi o envenenamento.	Ex.: Pedro dispara um disparo de arma de fogo contra João. No exato momento, um raio cai na cabeça de João. O laudo de necropsia atesta o óbito por descarga elétrica.	Ex.: Maria dispara contra João que está em uma praia. Posteriormente, um tsunami atinge a praia e causa a morte de João.
O envenenamento, por si só, produziu o resultado morte. Note que é uma causa absolutamente independente (não tem nenhuma ligação com o disparo de arma de fogo) e preexistente (antecedeu o disparo).	O disparo de arma de fogo, por si só, é capaz de matar. A descarga elétrica que matou João não possui qualquer ligação com o disparo.	O disparo de Maria, por si só, seria capaz de produzir o resultado. Contudo, o tsunami causaria a morte de João, independentemente, do disparo.
Ana responderá por homicídio. João por tentativa de homicídio.	Pedro responde por tentativa de homicídio.	Maria responderá por homicídio tentado.
EFEITO: as concausas absolutamente independentes rompem o nexo causal. O agente só responde pelos atos que causou, não responde pelo resultado. Por isso, o agente responderá por tentativa. Utiliza a Teoria da Equivalência dos Antecedentes.		

9.6.4. Concausas relativamente independentes

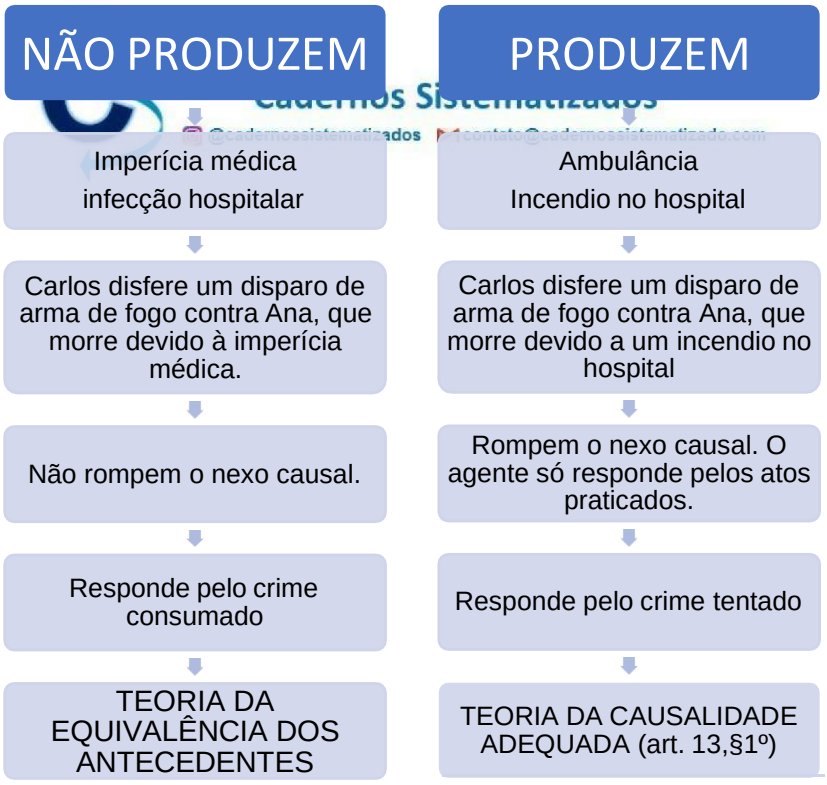
É aquela que possui alguma ligação com conduta do agente, mas que, por si só, produzirá o resultado. Podem ser preexistentes, concomitantes ou supervenientes.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

PREEXISTENTES	CONCOMITANTES
São aquelas que antecedem a conduta do agente.	São aquelas que ocorrem simultaneamente a conduta do agente.
Ex.: Ana deu uma facada em 'C' que era hemofílico e, por ser hemofílico, 'C' morreu, pois não conseguiu estancar o sangue. Ana queria matar 'C', mas a facada não seria suficiente, só foi suficiente porque 'C' era hemofílico e não conseguiu estancar o sangue.	Ex.: Pedro disfere um disparo de arma de fogo contra João. Este, vendo que o tiro vai lhe acertar, tem um ataque cardíaco e morre.
Ana responderá por homicídio.	Pedro responde por homicídio.
EFEITO: Não rompem o nexo causal. O agente responde pelo resultado. Aplica a Teoria da Equivalência dos Antecedentes	

As concausas relativamente independentes supervenientes subdividem-se em: não produzem, por si só, o resultado e produzem, por si só, o resultado.



.

Art. 13, § 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

Identifica-se o que é causa de acordo com o vocábulo latino *id quod plerumque accidit*, ou seja, aquilo que normalmente acontece. São as chamadas máximas da experiência.

Por exemplo, um incêndio de grandes proporções em um hospital irá matar várias pessoas e não apenas a vítima do disparo de fogo. Já a imperícia médica irá atingir apenas a vítima.

Obs.: o CP adota a Teoria da Causalidade Adequada apenas para as concausas relativamente independentes supervenientes. Há doutrina que sustenta sua aplicação para a preexistente e a concomitante, usando uma analogia *in bonam partem*.

9.7. CAUSALIDADE NOS CRIMES OMISSIVOS

a) Causalidade na omissão própria

No crime omissivo próprio há somente a omissão de um dever de agir, imposto normativamente, dispensando a relação de causalidade naturalística (são delitos de mera atividade).

Exemplo: omissão de socorro, a preocupação não é com o resultado, só está preocupado com a omissão do dever de agir, fazendo isso já configura o crime, pouco importando resultado naturalístico, não existindo então nexo de causalidade. Repise-se: pouco importa o resultado naturalístico (se a vítima vai morrer, está machucada etc. – isso servirá, no caso da omissão de socorro, para aumentar a pena ou não), o tipo aqui está preocupado com o resultado jurídico (que é a violação de uma ordem).

b) Causalidade na omissão imprópria

No crime omissivo impróprio, o dever de agir é para evitar um resultado concreto. Aqui importa o resultado naturalístico. Estamos diante de um crime de resultado material, exigindo, consequentemente, um nexo causal entre a ação omitida e o resultado (seja ele natural ou jurídico).

Esse nexo, no entanto, não é naturalístico (do nada, nada surge). Na verdade, o vínculo é jurídico, isto é, o sujeito não causou, MAS como não o impediu, é equiparado ao verdadeiro causador do resultado (estamos diante de um nexo de não impedimento). Zaffaroni: “nexo de evitação”.

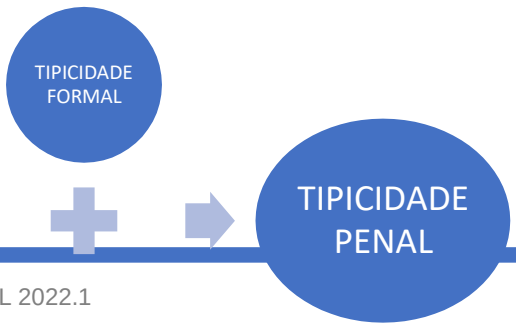
10. TIPICIDADE

10.1. CONCEITO

Inicialmente, destaca-se que a tipicidade é o quarto elemento do fato típico, presente em todo e qualquer crime. Em suma, não há crime sem tipicidade.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Modernamente, é pacífico que a chamada tipicidade penal é igual a tipicidade formal mais a tipicidade material.



- TIPICIDADE FORMAL – juízo de adequação entre o fato e a norma. Por ela, analisar-se-á se o fato praticado pelo agente se encaixa no modelo do crime.

- TIPICIDADE MATERIAL (SUBSTANCIAL) – é a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma. Não basta a conduta se encaixar no modelo legal de crime, mas sim se é capaz de causar uma lesão ou um perigo de lesão ao bem jurídico.

  No princípio da insignificância o fato é atípico em razão da falta de tipicidade material.

10.2. EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA

10.2.1. Corpus delicti

Em Roma, o crime era *corpus delicti*, ou seja, crime era apenas os vestígios materiais. Não existia uma análise fragmentada do crime.

10.2.2. Fase da independência do tipo

Surgiu em 1906, na Alemanha, com os estudos de Beling.

O estudo do crime foi dividido em três partes:

- Tipicidade
- Ilicitude
- Culpabilidade

As duas primeiras de natureza objetiva, pois dizem respeito ao fato. Já a culpabilidade, por ser do agente, possuía natureza subjetiva.

10.2.3. Teoria Indiciária

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Em 1915, na Alemanha, Max Ernst Mayer (discípulo de Beling) apresenta a Teoria Indiciária (*ratio cognosendi*), a preferida pela doutrina no mundo, até hoje.

A tipicidade é um indício da ilicitude, ou seja, acarreta uma presunção de ilicitude. Contudo, trata-se de presunção relativa (*iuris tantum*) admite-se prova em contrário (exclusão da ilicitude).

Na prática, a Teoria Indiciária acarreta a inversão do ônus da prova no tocante às excludentes da ilicitude. A acusação não precisa provar que o fato é ilícito, basta provar que é um fato típico. Ao provar a tipicidade, presume-se que o fato é ilícito, cabendo à defesa provar a excludente de ilicitude.

10.2.4. Teoria da Identidade

Surge em 1931, com os estudos de Edmund Mezger, através da criação da fase da tipicidade como essência da ilicitude (*ratio essendi*). Estando presente a tipicidade haverá ilicitude, são inseparáveis, ilicitude tipificada. TODO fato típico NECESSARIAMENTE é ilícito.

Origina-se, aqui, o injusto penal.

10.3. TEORIA DOS ELEMENTOS NEGATIVOS DO TIPO

Desenvolvida por Hellmuth Von Weber que propôs a criação do **Tipo Total de Injusto**, segundo o qual as excludentes de ilicitude funcionam como elementos negativos do tipo penal.

Por exemplo, o art. 121 do CP tipifica o homicídio como matar alguém. Caso a Teoria tivesse sido adotada, a previsão do art. 121 do CP seria: *matar alguém, salvo em legítima defesa, em estado de necessidade, no exercício regular do direito e no estrito cumprimento do dever legal.*

Perceba que as excludentes de ilicitude não podem estar presentes para que o tipo penal se concretize.

Não foi adotada no Brasil.

10.4. TIPICIDADE CONGLOBANTE

Criada por Zaffaroni.

Conglobar é sinônimo de englobar. Para Zaffaroni, a tipicidade conglobante envolve/engloba a antinormatividade, usa a seguinte fórmula:



TIPICIDADE LEGAL – subsunção do fato à norma

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

ANTINORMATIVIDADE – relação de contrariedade entre o fato praticado pelo agente e o ordenamento jurídico como um todo.

Assim, para se falar em tipicidade não basta violar o tipo penal, é necessário transgredir o ordenamento jurídico como um todo.

Imagine as seguintes situações hipotéticas:

1ªSituação:

João deve R$ 15.000,00 para Pedro, este consegue, através de um processo judicial, busca e apreensão do carro de João, a fim de saldar a dívida. O oficial de justiça dirige-se até a casa de João, com o intuito de cumprir o mandado, levando o bem. A conduta do oficial é uma subtração (inversão da posse) para outrem (para Pedro) de coisa alheia móvel (carro de João), claramente típica, mas está acobertada pela excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal.

Zaffaroni considera tal hipótese verdadeiro absurdo, não é razoável afirmar que um oficial de justiça, que está cumprindo uma decisão judicial, em estrito cumprimento de dever legal, prática fato típico, porém lícito. Defende que o fato é atípico, pois embora o oficial de justiça viole a norma penal, não está violando o ordenamento jurídico como um todo. Ao contrário, está seguindo o que o ordenamento jurídico determina.

2ªSituação:

No Brasil foi instituída a pena de morte por injeção letal, Antônio é o executor. Perceba que Antônio está matando alguém (art. 121), mas deve ser considerado um fato atípico, pois não é antinormativo.

O STJ, na AP 638, adotou a Tipicidade Conglobante.

OBS.: A consequência trazida pela tipicidade conglobante foi migrar o *estrito cumprimento de um dever legal* e o *exercício regular de direito* ***incentivado*** da exclusão da ilicitude para a causa de exclusão da tipicidade (do fato típico). A ***legitima defesa e estado de necessidade continuam na ilicitude, pois não são determinados nem incentivados. São somente tolerados por lei.***

10.5. ADEQUAÇÃO TÍPICA

10.5.1. Conceito

É a tipicidade formal colocada em prática. Ou seja, verifica-se se o fato cometido se encaixa ao modelo descrito no modelo de crime previsto na lei penal.

10.5.2. Espécies

a) Imediata ou Subordinação Imediata

O fato praticado pelo agente se encaixa diretamente no tipo penal. Em outras palavras, não há necessidade de utilização de nenhuma outra norma penal.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

Exemplo: “A” matou “B”, a conduta encaixa-se, perfeitamente, no art. 121 do CP.

b) Mediata ou de Subordinação Mediata ou Ampliada ou Por Extensão

O fato praticado pelo agente não se encaixa diretamente no tipo penal. O fato não encontra correspondência direta na norma penal, é necessário utilizar uma norma de extensão da tipicidade.

No Brasil, ocorre em **três situações**:

- TENTATIVA

> *Art. 14, II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.*

Por exemplo, “A” disfere três disparos de arma de fogo contra “B”, mas, por circunstância alheias a vontade de “A”, “B” não morre. Perceba que a conduta de “A” não se encaixa no art. 121 do CP, uma vez que a vítima não morreu. Assim, é necessário fazer uso de uma norma de extensão, em nosso exemplo é o art. 14, II do CP que prevê a tentativa. Na denúncia seria

capitulado como art. 121, *caput*, c/c art. 14, II ambos do CP.

Por fim, destaca-se que o art. 14, II é uma norma de extensão temporal da tipicidade, pois permite a aplicação da norma penal a um momento anterior à consumação.

- PARTICIPAÇÃO

> *Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.*

O art. 29 do CP é utilizado para o concurso de pessoas como um todo, mas a norma de extensão aplica-se apenas em relação ao participe. Já que o coator realiza o núcleo do tipo, para ele a adequação típica é imediata.

O participe concorre de qualquer modo para o crime, mas sem executá-lo. Por exemplo, "A" contrata "B" para matar "C". Perceba que "A" não executou o crime, apenas mandou matar.

"B" será denunciado pelo art. 121, §2º, I do CP e "A" será denunciado pelo art. 121, §2º, I c/c art. 29, *caput*, ambos do CP.

O art. 29, *caput* é uma norma de extensão pessoal da tipicidade, pois permite aplicação da lei penal a pessoas diversas dos autores.

- RELEVÂNCIA DA OMISSÃO



> *Art. 13, § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem*
> *a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;*
> *b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;*
> *c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.*

.

Quem possui o dever de agir pode praticar o crime por ação (fazendo algo) ou por omissão (deixando de fazer quando se podia fazer).

Por exemplo, mãe que deixa de alimentar o filho que acaba falecendo, incorre nas penas do art. 121, *caput*, c/c art. 13, §2º, a, ambos do CP.

O art. 13, §2º é uma norma de extensão causal da tipicidade, pois prevê que a conduta que, num primeiro momento, só poderia ser praticada por uma ação, passa a poder ser praticada por omissão.

11. EVOLUÇÃO DO FATO TÍPICO: FUNCIONALISMO E A IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Acabamos de analisar os quatro elementos do fato típico: conduta, resultado, nexo de causalidade e tipicidade. A seguir iremos recapitular e analisar (com mais profundidade) a evolução do fato típico, passando pelas teorias já mencionadas acima.

11.1. CAUSALISMO (SÉC. XIX E XX – VON LISZT E BELING)

A primeira concepção da tipicidade é ***objetiva*** e ***neutra.*** O tipo é uma descrição abstrata

do
delito. Abstrata e neutra, ou seja, sem nenhuma valoração conotativa. A tipicidade ocorre por um "juízo de tipicidade" no qual o método é a pura subsunção. E quais os requisitos da tipicidade?

FATO TÍPICO (DIMENSÃO OBJETIVA)
1-Conduta humana voluntária;
2-*Resultado naturalístico* (só nos crimes materiais. Exemplo: homicídio - matar alguém);
3-*Nexo de causalidade* (a morte tem que decorrer da conduta perigosa, a morte deve decorrer da facada. Causa: facada, consequência: morte). Só poderia ser ciência o que seguia esse método empírico, todas essas postulações das ciências naturais vêm para dentro do direito penal. Von Liszt traduziu isto no direito penal.
4-*Adequação típica* (apanhar o fato da realidade e tentar encaixá-lo na letra da lei).

Logo se percebeu, na prática, que os tipos legais tinham descrições que eram normativas (exige juízo de valor) e subjetivas. Somente houve a pretensão (fracassada) de uma tipicidade totalmente neutra. Nesse contexto, nasceu a teoria da tipicidade, sob a égide do causalismo.

11.2. NEOKANTISMO (SÉC. XX – 1907 A 1930)

Kant: "Teoria dos Valores" dentro do Direito Penal, sobretudo a teoria da tipicidade. Para o neokantismo a tipicidade não é neutra, é objetiva e valorativa.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

FATO TÍPICO (DIMENSÃO OBJETIVA)
1-Conduta humana voluntária;
2-Resultado naturalístico
3-Nexo de causalidade
4-Adequação típica

Qual a diferença para o causalismo? Tudo é visto do ponto valorativo, do ponto do dever ser e não do ponto do ser. Qual conduta humana é típica? Para o neokantismo, somente a conduta valorada negativamente faz parte do tipo; se faz parte do tipo, ela é valorada negativamente. "Matar alguém" – o legislador valorou isso negativamente e por isso está dentro do
tipo. Nada existe dentro da teoria do delito que não seja valorado nas ciências do dever ser.

11.3. FINALISMO (SÉC. XX – 1930 A 1960 - WELZEL)

Para Welzel, a tipicidade é objetiva e subjetiva. Pela primeira vez aparece no Direito Penal essa noção de TIPICIDADE COMPLEXA, ou seja, com duas dimensões. Antes de Welzel, dolo e culpa eram estudados dentro da culpabilidade, não aparecendo na tipicidade. Welzel é o primeiro cientista de Direito Penal que diz que o dolo e a culpa fazem parte do fato típico. Pode-se dizer que foi quem deslocou o dolo e culpa para o fato típico.

Entretanto, a tipicidade objetiva, para Welzel, é puramente formal, composta dos mesmos quatro requisitos já estudados.

FATO TÍPICO (DIMENSÃO OBJETIVA)
1-Conduta humana voluntária;
2-Resultado naturalístico
3-Nexo de causalidade
4-Adequação típica

FATO TÍPICO (DIMENSÃO SUBJETIVA)
1-Dolo
2-Culpa

11.4. FUNCIONALISMOS (1970)

No ano de 1970, Claus Roxin, escreve sua teoria do delito dentro de uma perspectiva moderada, racional, teleológica. Para Roxin, o Direito Penal tem a função de proteger os bens jurídicos de forma subsidiária e fragmentária (princípio da intervenção mínima). A política criminal está dentro do Direito Penal, que deve ser interpretado conforme suas regras e princípios, não há uma divisão (defendida por Liszt, por exemplo).

Princípio da intervenção mínima: para Roxin, este princípio ilumina todo Direito Penal. Antes de Roxin, a tipicidade era puramente objetiva formal e subjetiva. Assim, se o fato encontra

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

adequação dentro da norma ele é formalmente típico, passando para o exame do tipo subjetivo (dolo e culpa).

A partir de Roxin:

1- Tipo legal: descrição que está na lei. Exemplo: matar alguém.

2- Tipo penal: âmbito do proibido, resultado da interpretação dogmática do tipo penal. Descobrir o que se proíbe através da interpretação da norma.

3- Adequação típica: como visto acima, há duas formas de adequação típica a partir de Roxin. Adequar o fato ao tipo penal, puramente (letra fria), ou, adequar o fato ao tipo penal à luz da interpretação deste, delimitando seu objeto através da dogmática.

Essa foi a grande contribuição de Roxin para a compreensão da tipicidade: por meio da doutrina nós delimitamos o que realmente está proibido. Nem tudo o que aparentemente é formalmente típico é penalmente típico, só é penalmente típico aquilo que a doutrina extrai do Direito Penal. E com que base faz a doutrina essa interpretação? Com base nos princípios de política criminal. Senão, vejamos:

Princípio da insignificância. Indubitavelmente um princípio de política criminal. O que é insignificante deve ser excluído do tipo penal. Exemplo: subtração de um palito de fósforo. Do ponto de vista formal, art. 155, o ato de subtrair é enquadrado. Do ponto de vista formal o furto ocorreu, mas a partir de Roxin, do tipo legal se exclui as condutas insignificantes, de forma que não é materialmente penal.

Nesta senda, a teoria da tipicidade a partir de Roxin:

FATO TÍPICO (DIMENSÃO OBJETIVA)
1-Conduta humana voluntária;

2-Resultado naturalístico
3-Nexo de causalidade[1]
4-Adequação típica

FATO TÍPICO (DIMENSÃO SUBJETIVA)
1-Dolo
2-Culpa

Quanto ao **nexo de causalidade**[1], Roxin descobriu que havia muitos problemas. E esses problemas ensejaram a criação da ***Teoria da Imputação Objetiva***, que possui como fundamento novos critérios de valoração dentro da tipicidade.

A tipicidade objetiva era puramente formal até Roxin, depois passou a ter nova dimensão. Qual categoria penal foi alterada por Roxin? A tipicidade (fato típico), óbvio que teve também reflexos na ilicitude, na culpabilidade, mas mais precisamente na tipicidade objetiva que houve as maiores alterações.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Perceba que o normal é que as teorias sejam criadas e a partir daí, sejam aplicadas aos casos práticos. Com a imputação objetiva houve uma inversão metodológica: Roxin partiu de casos práticos, criando, a sua teoria.

Não se pode afirmar que a teoria de imputação objetiva de Roxin é a única. Existem várias, entre elas, e dessas, destaca-se a de Günther Jakobs (funcionalismo sistêmico, radical). O funcionalismo de Roxin é o moderado, o de Jakobs é o extremado. Roxin se preocupa com a tutela de bens jurídicos (função do Direito Penal), para Jakobs o direito penal tutela a norma, o sistema. Risco da teoria de Jakobs: e se a norma for absurda e violadora de direitos fundamentais, ainda será protegida? Por isso, no embate entre os dois funcionalismos, prepondera o funcionalismo de Roxin e sua teoria da imputação objetiva.

11.5. TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA (ROXIN: FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO)

FATO TÍPICO (DIMENSÃO OBJETIVA)
1-Conduta humana voluntária;
2-Resultado naturalístico ;
3-Nexo de causalidade[1];
4-Adequação típica (formal e *material*).

[1]TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA
1- Criação ou incremento de risco proibido ou relevante - CIRPR;
2- Nexo de imputação (realização do risco no resultado - RRR);
3- Resultado esteja no âmbito de proteção da norma - RAP.

O fato passa por esse filtro ANTES de passar para a análise subjetiva (dolo e culpa).

FATO TÍPICO (DIMENSÃO SUBJETIVA)

1-Dolo
2-Culpa

Outros critérios foram construídos através dos desdobramentos da teoria da imputação objetiva. Vejamos.

- Situação de diminuição de risco

Se o agente age para diminuir riscos, ainda que gere resultado jurídico danoso, não pode este resultado ser imputado a ele (agente). Não responde. Por exemplo, imagine que João e Fernando estão andando em uma rua e surge um carro desgovernado. Para evitar que Fernando seja atropelado, João empurra-o. Com o empurrão, Fernando cai e quebra o nariz. Neste caso, João não será responsabilizado, o risco não foi criado por ele, sai conduta visou impedir um perigo presente.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

- Criação de risco relevante

Se a criação foi de risco insignificante, está fora do direito penal. Exemplo: copo d'água. 'A' tem uma represa de 10 milhões de litros de água e quer causar inundação. 'B' quer contribuir, assim ele despeja um copo d'água em 10 milhões de litros de água. Perceba que o risco incrementado por 'B' é absolutamente irrelevante.

- Comportamento conforme o direito

Pega-se o comportamento acontecido e analisa-se, desde a perspectiva de um comportamento alternativo, conforme o direito.

Exemplo: médico está cuidando de paciente, este assina documento dizendo que não tem alergia etc. Médico ministra medicamento errado, que faz o paciente morrer, mas vem um laudo e diz que mesmo com o remédio 'certo' o indivíduo teria morrido. Para Roxin, neste caso, comprovando-se que efetivamente qualquer outro remédio causaria a morte, esta deve ser atribuída ao acaso.

- Âmbito de proteção da norma

Caso concreto ocorrido na Alemanha, julgado em 1952. Dois ciclistas percorrem o acostamento de uma estrada, ambos sem farol. O da frente mata um pedestre. Os dois são denunciados, o primeiro porque não tinha farol, o segundo, porque se tivesse farol teria iluminado o primeiro e não teria ocorrido a morte. A corte absolveu o segundo ciclistas. A norma preleciona que o farol serve para proteger os acidentes de sua bicicleta e não os das outras pessoas.

Críticas dos finalistas: para o finalismo, todos os problemas resolvidos ou programados para serem resolvidos pela imputação objetiva, podem ser resolvidos no âmbito do dolo.

Será que os finalistas têm razão? NÃO.

Exemplo: sobrinho quer ver a morte do tio (é o único herdeiro), ele planeja uma viagem sabendo que em determinada região caem muitos raios, compra passagem de avião, o tio pega e morre. Se ele queria matar, houve dolo, se o tio não tivesse ido à excursão não teria morrido. Existe o plano causal (conduta-resultado), existe o plano subjetivo (dolo). Mas isso gera um risco permitido (programação de viagens). Logo, o sujeito não pode responder pela morte do tio, ainda

que quisesse a morte, pois quem gera risco permitido está fora do direito penal, raios estão fora do domínio do sobrinho, não tinha domínio do resultado. Assim, a teoria da imputação objetiva resolve problemas que não são resolvidos na esfera do dolo. Desta feita, as críticas à teoria da imputação objetiva foram repelidas.

- Conhecimentos especiais

Os conhecimentos especiais da pessoa podem interferir e interferem na imputação objetiva, pois fazem com que o resultado seja completamente diferente.

Exemplo1: 'A' gera lesão muito pequena em uma pessoa. Sabe que ela é hemofílica. Valeu-se do conhecimento especial. O resultado está dentro do risco criado + conhecimento

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

especial. A imputação objetiva deverá ser flexibilizada por conta de os conhecimentos especiais determinarem o resultado do fato.

Exemplo2: 'A' sabe que em determinado voo tem uma bomba. Planeja a viagem de 'B' e dá de presente, naquele avião. O conhecimento da bomba é um conhecimento especial. Há imputação objetiva e o sujeito responde penalmente.

Todos esses critérios são normativos, nos dois sentidos da palavra. Primeiro: ligados a uma norma. Segundo: dependem de valoração (cabe ao juiz valorar a conduta). Portanto, toda imputação objetiva é normativa. A imputação objetiva gera novos filtros para a tipicidade (fato típico), mas seu escopo é fazer justiça no caso concreto, responsabilizar quem efetivamente deve ter responsabilidade.

- Teoria do risco

Quem gera um risco proibido responde. Existe tipicidade, ilicitude, culpabilidade. Quem gera risco permitido, está fora do direito penal. Essa teoria exige certo cuidado.

Exemplo1: pessoa que dirige na Avenida Ipiranga, na velocidade correta, na faixa correta etc., está gerando risco permitido, se atropelar pessoa que se atire na frente do veículo, não responde. De outro lado, o indivíduo que anda a 200km na Avenida Paulista, gera risco proibido.

Exemplo2: médico, cirurgia de coração autorizada pelo paciente. Obedecendo todas as regras, gerando riscos permitidos, pode gerar uma morte, mas não um homicídio, não responderá, portanto.

- Dominabilidade do fato

Só responde pelo resultado quem tem domínio do fato. Exemplo: sobrinho e tio, acima.

- Teoria da confiança

Mais trabalhada pela imputação objetiva de Jakobs, nem tanto por Roxin. O sujeito que realiza uma atividade arriscada, mas respeita as normas vigentes, pode confiar que o outro obedecerá também.

Exemplo: trânsito, Ana respeita as regras e os outros devem respeitar. O sinal está verde para carros e vermelho para pedestres. Tem um pedestre na calçada, se Ana passo e ele se atira na frente do carro, não responde isso porque confiou que ele iria respeitar o meu sinal verde e o seu sinal vermelho.

- Proibição de regresso

Quem assume com outros um vínculo de modo estereotipado não responderá por nada, ainda que esse comportamento esteja envolvido no resultado danoso.

Exemplo1: O taxista cumpre um papel: transportar pessoas. 'A' entra no carro, e diz "me leve na rua X nº Y, que lá vou matar um desafeto ('B')". O taxista leva a pessoa, que paga e vai embora. A pessoa mata 'B'. Assim, transportar pessoas dentro de um comportamento permitido, dentro do seu papel, é inofensivo. Diferentemente é se o indivíduo diz "quero matar meu desafeto

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

'B', não sei onde ele mora", o taxista responde: "eu sei, te levo lá". Neste caso, o taxista é partícipe, colaborou.

Exemplo2: o indivíduo diz: "me venda um pão que vou envenenar para matar 'B'". O padeiro vende. Ele cumpre seu papel, não deve ser punido.

Quem matou não pode gerar responsabilidade para todas as pessoas envolvidas no fato. É proibido regredir a responsabilidade para todos que não devem responder por absolutamente nada.

Exemplo3: 'A', que mora sozinho, bota o veneno em uma garrafa de guaraná e a guarda na geladeira. Ladrão entra, e toma o conteúdo da garrafa, como se refrigerante fosse e morre. Ora, o risco criado era permitido, não há como fazer o regresso para a colocação do veneno na geladeira.

Exemplo4: farmacêutico vende droga e sujeito toma e morre. Não há como punir o farmacêutico.

Exemplo5: dono da concessionária não responde pela morte causada por cliente que adquiriu o carro em sua loja.

- Autocolocação da vítima em risco

A vítima se autocoloca em risco mediante conduta própria, o réu responde ou não responde penalmente? Isso se chama de imputação ao âmbito de responsabilidade da própria vítima.

Exemplo1: overdose. Grupo. Cada um introjeta com a mesma seringa em sua veia, ocorre que um deles insere mais do que o aconselhado para cada. Todos deverão responder? A própria vítima gerou risco para o bem jurídico. Ninguém queria matar ninguém. A vítima se autocolocou em risco mediante conduta própria. Assim, o grupo não responde pela morte (eventualmente pelo delito de drogas). Eis uma primeira regra.

Exemplo2: roleta russa. Várias pessoas trocando uma arma de fogo. Um deles aciona e morre. Os sobreviventes respondem pela morte? Sim, praticaram induzimento/auxílio/instigação ao suicídio. É diferente do exemplo acima, aqui havia em mente o risco concreto para a vida, ao contrário do exemplo da overdose.

Exemplo3: atirador de facas. Determinado dia se equivoca e mata a pessoa. A vítima aqui se autocolocou em perigo e o atirador responde. Por que ele responde? A vítima não se autocolocou em risco? Sim, mas não basta que ela se coloque em risco, a conduta que lhe retire a vida deve advir dela mesma. Assim, o atirador responde por culpa/dolo ou dolo eventual.

Outras situações:

- Cooperação para autocolocação da vítima em risco

Exemplo: dono de jornal propõe ao jornalista a cobertura de uma guerra. O jornalista assume a autocolocação em risco, vai ao local dos fatos e morre. No momento em que a vítima tem consciência do risco e se coloca em risco, sendo atingida e morta por sua própria conduta,

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

quem coopera não responde por nada, pois a cooperação não é objetivamente imputável, pois no fundo a conduta final foi da própria vítima que aceitou o risco dos próprios fatos e em virtude disso veio a morrer. Essa cooperação é entendida como riscos permitidos.

- Autocolocação em risco para salvamento de terceiro

Exemplo: 'A' joga 'B' na piscina ('A' sabe que 'B' não sabe nadar – animus de matar). 'C' pula na piscina com propósito de salvamento, salvar 'B'. Só que 'C' não sabia nadar também e morre. 'A' responde pela morte de 'B', mas não responde pela morte de 'C', pois 'C' se autocolocou em risco por conduta própria.

- Vítima recusa qualquer ajuda depois da lesão

Todo o risco incrementado a partir de sua recusa, corre por sua própria conta. Exemplo: 'A' dá um golpe na vítima, ela começa a sangrar na cabeça, 'A' se arrepende e tenta levá-la para o hospital, a vítima não aceita.

- Vítima aceita relacionamento sexual com portador de HIV

Exemplo: 'A' é HIV positivo, 'B' aceita a relação sabendo da doença. 'B' morre de AIDS. Quem é que matou a vítima? B.

1º Argumento: Quem transmitiu foi o agente A. Não é a vítima que se mata diante de conduta própria, assim não se aplica a autocolocação em risco.

2º Argumento: a vida é indisponível, assim a aceitação da vítima não é relevante.

- Danos consequenciais ou transcurso de longo tempo depois da criação do risco

Exemplo: 'A' feriu 'B'. 'B' fica em cadeira de rodas. 'A' é condenado. Depois de muitos anos, 'B' estava em determinado local e aconteceu um incêndio. 'B', como estava em cadeira de rodas, não pode se locomover e morreu. 'A' responde pela morte de 'B'? Não, pois foi uma nova situação de risco, 'A' não responde por essa morte. Temos aqui uma concausa superveniente relativamente independente que POR SI SÓ provocou o resultado. O novo nexo gerou o resultado morte.

No velho exemplo da ambulância da mesma maneira: 'A' fere 'B', 'B' vai na ambulância para o hospital, há acidente com a ambulância, esse novo risco gera o resultado morte, assim, 'A' que só tinha ferido não responde pela morte, se ele queria matar: tentativa de homicídio, se ele queria só lesar: lesão corporal.

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.
§ 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

- Confluência ou concorrência de riscos

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

Exemplo1: crimes de trânsito. ‘A’ estava errado, pois passou o vermelho, ‘B’ estava errado, pois passou na contramão. Os dois geraram riscos proibidos, por isso respondem pelo resultado.

Exemplo2: ‘A’ quer matar ‘B’. ‘C’ quer matar ‘B’. ‘A’ ministra 2g de veneno em ‘B’. ‘C’ sem saber de ‘A’ ministra 2g de veneno em ‘B’. Não é caso de coautoria e sim de autoria paralela. 2g não mataria, mas geraria situação de quase morte. Mas aqui tivemos confluência de riscos, de forma que 4g mataram a vítima. ‘A’ responde pela morte ou pela tentativa? E ‘B’? Cada um responde pelo risco criado. Ambos não respondem pela morte, por conta do acaso, e este não pode gerar responsabilidade para ninguém.

11.6. TIPICIDADE CONGLOBANTE (ZAFFARONI)

A tipicidade, no entendimento de Zaffaroni, é objetiva (formal e conglobante) e subjetiva. A semelhança entre Zaffaroni e Roxin é que os dois agregam elemento novo à tipicidade objetiva. Zaffaroni desenvolveu dois aspectos:

- Se uma norma autoriza uma conduta, o que está autorizado por uma norma não pode estar proibido por outra (atos antinormativos). Exemplo: 128, II do CP permite o aborto decorrente de estupro, o que está permitido por uma norma não pode ser proibida por outra.
- Lesividade: ofensa a bem jurídico.

Depois de constatada a tipicidade formal, é preciso que se analise a tipicidade conglobada.

FATO TÍPICO (DIMENSÃO OBJETIVA)
1-Conduta humana voluntária;
2-Resultado naturalístico
3-Nexo de causalidade[1]
4-Adequação típica [formal + conglobante (tipicidade material + atos antinormativos)[2]]

[1]TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA
1- CIRPR
2- RRR
3- RAP

[2]FATO TÍPICO (DIMENSÃO NORMATIVA – TIPICIDADE CONGLOBANTE)
1-Adota a teoria da imputação objetiva de Roxin[1] (acima)
2-Resultado jurídico (tipicidade material + atos antinormativos)

O fato passa por esse filtro ANTES de passar para a análise subjetiva (dolo e culpa).

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

FATO TÍPICO (DIMENSÃO SUBJETIVA)
1-Dolo
2-Culpa

11.7. RESUMO

Observe os quadros comparativos abaixo:

CAUSALISMO	NEOKANTISMO	FINALISMO
Final do século XIX, início do XX (mais para frente que ganhou força)	Retorno da filosofia de valores de Kant (não existem direitos sem valores). 1900 a 1930.	1939 a 1960.
Autores: -Von Liszt -Beling – ele desenvolveu a teoria da tipicidade em 1906	Autores: -Mezger -Hungria	Autores: -Welzel
Fato típico tem 01 dimensão	Fato típico tem 01 dimensão	Fato típico tem 02 dimensões
O que é o fato típico? Objetivo e valorativamente neutro. *Requisitos objetivos:* 1) Conduta Humana Voluntária. (realização de movimento corpóreo que modifica o mundo exterior) 2) Resultado naturalístico (crimes materiais) 3) Nexo de causalidade (causa-efeito). 4) Adequação típica (subsunção do fato à lei). Causalismo não trabalha com VALORES.	*O que é o fato típico?* Objetivo e valorativo. *Requisitos objetivos:* 1) Conduta Humana Voluntária (comportamento comissivo ou omissivo) 2) Resultado 3) Nexo de causalidade. 4) Adequação típica. O que mudou não foram os requisitos, a mudança está no ENFOQUE. No NEOKANTISMO o enfoque é VALORATIVO.	*O que é o fato típico?* O tipo penal tem duas dimensões. *1ª Dimensão - Objetiva*: 1) Conduta humana voluntária (*conduta* humana voluntária, psicologicamente *dirigida a um fim - finalista*) 2) Resultado 3) Nexo de causalidade 4) Adequação Típica ***2ª Dimensão- Subjetiva*:** 1) Dolo 2) Culpa *(até aqui antes, estavam na culpabilidade). Com Welzel fazem parte da tipicidade. Obs.: culpabilidade não é requisito subjetivo, a culpabilidade é normativa (desvendável por juízo de valoração).

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

O tipo penal é a mera descrição abstrata do crime, ou seja, *é valorativamente neutro* (não se fala em valores);	O tipo penal <u>não</u> é valorativamente neutro;	O tipo penal passa a ser OBJETIVO e SUBJETIVO, logo, chamado de ***<u>tipo complexo</u>*** ou ***<u>tipo anormal</u>***.
Não há vínculo nenhum entre o fato típico e a antijuridicidade/ilicitude (*teoria da independência ou autonomia*).	A tipicidade **é indício** da antijuridicidade/ilicitude; (***ratio cognoscendi***)	A tipicidade **é indício** da antijuridicidade/ilicitude; (***ratio cognoscendi***)
Dolo e culpa: eram as duas formas de culpabilidade (espécies).	Dolo e culpa eram **elementos** (modalidades) da culpabilidade. Dolo: é normativo ou jurídico, composto de 2 requisitos: consciência do fato e vontade de realizá-lo + **consciência ATUAL da ilicitude.**	A partir do Finalismo (Welzel) o dolo e a culpa integram o **fato típico.**
Culpabilidade é puramente psicológica (vínculo subjetivo do agente com o fato – pelo dolo ou pela culpa). Teoria Psicológica da Culpabilidade.	Culpabilidade é psicológico-normativa. (valoração). **Teoria Psicológico-normativa da Culpabilidade** (por conta da presença do dolo normativo – por conta da atual consciência da ilicitude – na culpabilidade!)	Culpabilidade: puramente normativa. Sem requisitos subjetivos. **Teoria Normativa Pura da Culpabilidade.**
Culpabilidade faz parte do conceito de crime (fato típico, ilícito e culpável).	Culpabilidade faz parte do conceito de crime (**fato típico, ilícito e culpável**).	Culpabilidade faz parte do conceito de crime (**Fato típico, ilícito e culpável**).
Culpabilidade: 02 requisitos: imputabilidade + dolo ou culpa.	Culpabilidade tem 03 requisitos: imputabilidade + dolo ou culpa + **exigibilidade de conduta diversa**;	Culpabilidade tem 03 requisitos: imputabilidade, ***<u>potencial consciência da ilicitude</u>***, exigibilidade de conduta diversa**.** *Perceba que do Neokantismo pra cá, **a ATUAL consciência da ilicitude** sai de dentro do dolo (que é até então normativo, se deslocando para o fato típico e se tornando natural), virando um elemento da culpabilidade só que agora sendo **POTENCIAL consciência da ilicitude.**
Críticas: -Conduta "causal": Não	*Críticas:* -Como o povo vai ter	Críticas: -A finalidade não explica os

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

abrange os crimes omissivos; Falta relação de causalidade omissão/resultado. -Dolo e culpa na culpabilidade (espécies); E os crimes culposos? E a tentativa? (Bitencourt: o dolo pertence ao injusto na tentativa, não pode ser somente elemento da culpabilidade na consumação). -O tipo penal não pode ser constituído somente de elementos objetivos.	consciência do que é juridicamente ilícito se não estudaram direito? *Resposta de Mezger*: resolve-se pela <u>teoria da valoração paralela na esfera do profano</u> - o leigo tem consciência da ilicitude estampada pelo legislador, basta o "profano" ter a consciência da ilicitude paralela ao jurídico. -Partindo de conceitos naturalistas, ficou contraditória quando reconheceu elementos normativos e subjetivos do tipo (contraria base causalista). -Dolo e culpa elementos da culpabilidade. (como diz que o tipo penal tem finalidade especial e ela só vai analisar lá no final, na culpabilidade?)	crimes culposos. -Centralizou o desvalor da conduta e esqueceu do desvalor do resultado. -Mais tarde foi criada a Teoria Finalista Dissidente. É praticamente a mesma, mas é bipartite, culpabilidade deixa de ser um substrato do crime e passa a ser pressuposto de aplicação da pena.

FUNCIONALISMO RACIONAL OU TELEOLÓGICO	FUNCIONALISMO REDUCIONISTA OU CONTENCIONISTA
1970 em diante.	Década de 80.
Claus Roxin	Eugenio Zaffaroni
Fato típico tem 03 dimensões	Fato típico tem 03 dimensões
<u>*1ª Dimensão - Objetiva*</u>: 1) Conduta humana voluntária (orientada pela princípio da intervenção mínima, consiste em um comportamento humano voluntário, causador de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado). 2) Resultado 3) Nexo de causalidade 4) Adequação típica (tipicidade formal + tipicidade material)	<u>*1ª Dimensão - Objetiva/sistemática:*</u> 1) Conduta humana voluntária... 2) Resultado 3) Nexo de causalidade 4) Adequação típica (tipicidade formal + tipicidade conglobante*) *tipicidade material + atos antinormativos. Ver abaixo.
<u>*2ª Dimensão - Normativa/Valorativa (Teoria da Imputação Objetiva):*</u> 1) <u>Criação ou incremento de risco proibido</u>	<u>*2ª Dimensão - Normativa/valorativa (Teoria da Tipicidade Conglobante)*</u>. 1) <u>Adota a teoria da imputação objetiva</u> (ou seja,

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

relevante (CIRPR) A conduta mesmo formalmente típica, se praticada em contexto de risco permitido não é típica. Toda conduta deve ser valorada na dimensão normativa ou valorativa. Ex: sujeito dirigindo seu veículo, a 70km/h, tudo correto, está gerando risco permitido. Sujeito dirigindo a 172km/h na paulista, gera risco proibido, AÍ o fato é TÍPICO. *A conduta (formalmente típica) só é penalmente relevante quando cria ou incrementa um risco proibido relevante. Exs. (crime culposo) 2) Nexo de imputação entre o risco criado e o resultado produzido /realização do risco no resultado - RRR. No âmbito objetivo fala-se em nexo de causalidade, no âmbito normativo se fala em nexo de imputação, COISAS DIFERENTES. Entre o risco que se cria e o resultado deve ter nexo. Uma conduta pode causar várias coisas, direta ou indiretamente...agora deve-se saber se 'x' resultado pode ser imputado à conduta 'y'. 3) Que o resultado esteja no âmbito de proteção da norma -RAP. x. (ciclistas)	está de acordo com Roxin). 2) Resultado Jurídico (tipicidade material) É a ofensa ao bem jurídico. Que se dá, ou pela lesão, ou pelo perigo concreto. Para Zaffaroni é mais uma exigência do fato típico (ofensas ao bem jurídico; lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico). Princípio da ofensividade (lesividade). Tipicidade para Zaffaroni = tipicidade formal + tipicidade "conglobante"*** (tipicidade material + atos antinormativos). "Atos Antinormativos": atos não determinados ou incentivados por lei. *A consequência trazida pela tipicidade conglobante foi migrar o estrito cumprimento de um dever legal (imposição) e o exercício regular de direito incentivado da ilicitude para a causa de exclusão da tipicidade (atividade somente permitida se mantém típica e exclui a ilicitude, como legítima defesa e estado de necessidade, pois apenas TOLERADOS pelo ordenamento).*
3ª *Dimensão- Subjetiva*: 1) Dolo 2) Intenções Especiais	*3ª Dimensão- Subjetiva:* 1) Dolo 2) Intenções Especiais
Crime: fato típico, ilícito e REPROVÁVEL. Culpabilidade é limite da pena. OBS: conceitos modernos utilizam a teoria de Roxin, colocando a CULPABILIDADE no lugar da REPROVABILIDADE. OBS2: ver o Funcionalismo Radical ou Sistêmico de Jakobs. Diverge em pontos relevantes.	Crime: fato típico, ilícito e culpável.
Outras características iguais ao finalismo. *'Culpabilidade Funcional':* a culpabilidade aqui funcionaria como limite da pena.	

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

12. TIPO PENAL

12.1. CONCEITO

É o modelo genérico e abstrato, formulado pela lei, descritivo da conduta criminosa ou da

conduta permitida.

Obs.: Tipo, figura que resulta da imaginação do legislador (Zaffaroni), não se confunde com tipicidade, que é operação prática, por meio da qual se verifica se a conduta do agente se encaixa no modelo imaginário criado pelo legislador.

12.2. ESPÉCIES

12.2.1. Tipo incriminador ou tipo legal

É aquele que descreve a conduta criminosa.

12.2.2. Tipo permissivo ou tipo justificador

É aquele que descreve uma conduta permitida. Ou seja, autoriza a prática de um fato típico.

São as causas de exclusão da ilicitude.

12.3. FUNÇÕES DO TIPO LEGAL (INCRIMINADOR)

12.3.1. Garantia

Franz Von Liszt afirmava que o Código Penal é Magna Carta do delinquente, mais do que punir serve para proteger as pessoas do arbítrio do Estado. A partir do momento em que existem tipos legais, o cidadão é livre para praticar todas as condutas que não estão previstas nos tipos penais.

Está relacionada com o princípio da reserva legal.

12.3.2. Fundamentadora

A existência de tipos penais incriminadores fundamenta o direito de punir do Estado.

12.3.3. Seletiva

Cabe ao legislador, mediante os critérios legais, definir quais são as condutas merecedoras de tutela penal.

12.3.4. Indiciária da ilicitude

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

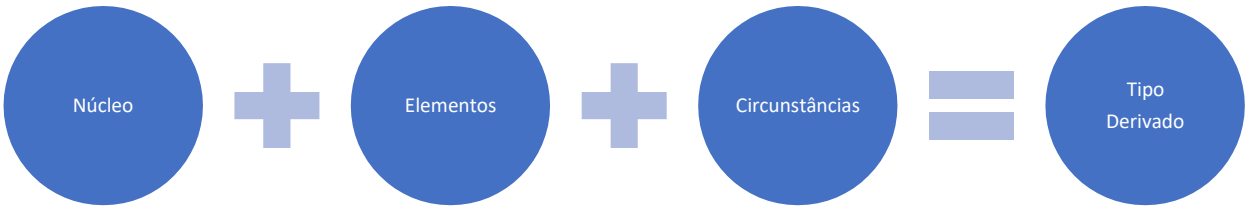
A realização do tipo legal pelo agente faz nascer a presunção relativa da ilicitude.

12.4. ESTRUTURA DO TIPO PENAL

O ponto de partida do tipo legal é o núcleo, ou seja, o verbo da conduta criminosa, a exemplo do matar (homicídio), do subtrair (furto), do constranger (estupro). Ao núcleo o legislador acrescenta elementos ou elementares, dados que formam a modalidade básica (simples) de um crime. Por exemplo, no homicídio a elementar é alguém.



Alguns crimes, ainda, possuem circunstâncias, dados que se agregam ao tipo fundamental para aumentar ou diminuir a pena. Como exemplo, temos as qualificadoras, as privilegiadoras, causas de aumento ou de diminuição da pena.



Os elementos ou elementares se subdividem em três espécies:

OBJETIVOS/DESCRITIVOS	SUBJETIVOS	NORMATIVOS
• Podem ser constatados por qualquer pessoa • Exprimem juízo de certeza • Por exemplo, "alguém" no homicídio.	• Dizem respeito ao animo do agente, ao seu especial fim de agir • Vai além do dolo do agente. • Exprimem uma vontade específica • Por exemplo, no furto o "para si ou para outrem" é o ânimo específico. Por isso, que o furto de uso não é crime.	• Reclama um juizo de valor do destinatário da norma penal • Podem ser: a) jurídicos - contém um conceito a ser extraído do proprio direito (ex.: documento) ou b) extrajurídicos/morais/culturais - a definição é dada por ramos fora do direito (ex.: veneno).

12.5. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DO TIPO PENAL

12.5.1. Tipo normal e tipo anormal

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Tipo normal é aquele que, além do núcleo, contém apenas elementos objetivos/descritivos.

Tipo anormal possui núcleo, elementos objetivos e, ainda, elementos subjetivos **e/ou** normativos.

12.5.2. Tipo fechado e tipo aberto

O tipo cerrado (fechado) apresenta descrição minuciosa da conduta criminosa, a exemplo do homicídio “matar alguém”.

O tipo aberto é aquele que não contém descrição detalhada da conduta criminosa, cabe ao operador do direito fazer sua valoração no caso concreto. É dotado de elementos normativos.

Cita-se, como exemplo, os crimes culposos em geral.

12.5.3. Tipo simples e tipo misto

Tipo simples contém apenas um núcleo, a exemplo do homicídio que contempla apenas "matar"

Tipo misto possui dois ou mais núcleos, subdivide-se em:

- Alternativo (crime de ação múltipla ou crime de conteúdo variado) – se o agente praticar dois ou mais núcleos contra o mesmo objeto material estará caracterizado um único crime. Ex.: Tráfico de drogas (importar, armazenar e vender cocaína).

Obs.: Se o objeto material for distinto (maconha, crack e cocaína, por exemplo) haverá concurso de crimes.

- Cumulativo – se o agente praticar dois ou mais núcleos responderá por dois ou mais crimes em concurso. Ex.: art. 242 do CP, dar parto, registrar, ocultar.

> *Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil*

12.5.4. Tipo congruente e tipo incongruente

No tipo congruente há perfeita coincidência entre a vontade do agente e o resultado produzido. Ex.: crimes dolosos consumados.

No tipo incongruente não há coincidência entre a vontade do agente, o fato descrito na lei penal e o resultado produzido. Ex.: crimes tentados, crimes culposos.

12.5.5. Tipo preventivo

Está presente nos crimes-obstáculo. Aqui, o legislador antecipa a tutela penal, ou seja, incrimina de forma autônoma o que seria um ato preparatório de outro crime.

Por exemplo, crime de apetrechos de falsificação de moeda.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

STJ, no HC 211.823, utilizou a expressão "tipo preventivo", considerando o art. 16, parágrafo único, IV do Estatuto do Desarmamento. Vejamos trecho da decisão, retirado do Info 493 (Dizer o Direito):

> ***Info Esquematizado 493 (Dizer o Direito)*** *- Nos termos do disposto no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/2003, o legislador teve como objetivo proteger a incolumidade pública, transcendendo a mera proteção à incolumidade pessoal, bastando, assim, para a configuração do delito em discussão a probabilidade de dano, e não sua ocorrência. A lei antecipa a punição para o ato de portar arma de fogo; é, portanto, um tipo penal preventivo, que busca minimizar o risco de comportamentos que vêm produzindo efeitos danosos à sociedade, na tentativa de garantir aos cidadãos o exercício do direito à segurança e à própria vida. Desse modo, é irrelevante aferir a eficácia da arma para a configuração do tipo penal, que é misto-alternativo, em que se consubstanciam, justamente, as condutas que*

o legislador entendeu por bem prevenir, seja ela o simples porte de munição ou mesmo o porte de arma desmuniciada.

13. DOLO

13.1. INTRODUÇÃO

Dentro do Finalismo Penal o dolo integra a conduta, sendo seu elemento psicológico.

Tanto no Sistema Clássico quanto no Sistema Neoclássico o dolo é normativo, integrando a culpabilidade.

13.2. TEORIAS DO DOLO

Basicamente, existem três teorias sobre dolo: representação, vontade, consentimento.

13.2.1. Teoria da Representação

Para existir dolo basta a previsão do resultado. Assim, basta que o agente tenha previsto o resultado como possível.

Não foi adotada pelo Código Penal.

É indicativa de culpa consciente.

13.2.2. Teoria da Vontade

Para existir o dolo o agente precisa querer produzir o resultado, não basta prevê-lo.

É adota pelo Código Penal para o dolo direto.

13.2.3. Teoria do Consentimento/Assentimento/Anuência

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

O dolo estará presente quando o agente assume o risco de produzi-lo.

Adotada para o dolo eventual.

> *Art. 18 Diz-se o crime:*
> *I - doloso, quando o agente quis o resultado (teoria da vontade – dolo direto) ou assumiu o risco de produzi-lo (teoria do consentimento ou assentimento – dolo eventual);*

13.3. ELEMENTOS DO DOLO

13.3.1. Consciência

É chamada de elemento cognitivo ou intelectivo.

Diz respeito à situação fática em que se encontra o agente. A previsão que deve abranger todos os elementos do tipo penal (descritivos, normativos ou subjetivos).

O dolo deve recair sobre os elementos (tipo fundamental) e sobre as circunstâncias (tipo derivado).

13.3.2. Vontade

É chamada de elemento volitivo.

A vontade pressupõe a possibilidade de influir no curso causal. Quer o resultado delitivo como consequência de sua própria ação e atribui alguma influência em sua produção.

Obs.: dolo não se confunde com desejo. No dolo o agente quer o resultado delitivo como consequência de sua própria conduta. No desejo, espera o resultado delitivo como consequência de conduta alheia (ou evento alheio). Punir alguém por simples desejo é direito penal do autor.

13.4. ESPÉCIES DE DOLO

13.4.1. Dolo natural/incolor/avalorado/acromático

É o dolo do finalismo, independe da consciência da ilicitude. Basta a consciência e a vontade de realizar o tipo penal, pouco importa se o agente sabe ou não que aquilo é contrário ao direito.

13.4.2. Dolo normativo/valorado/colorido

É o dolo do sistema clássico e do sistema neoclássico, depende da consciência atual/real da ilicitude. O agente sabe que seu comportamento é contrário ao direito.

13.4.3. Dolo direto/determinado/intencional/incondicionado/imediato

A vontade do agente dirige-se a um único resultado.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

13.4.4. Dolo indireto/indeterminado

A vontade do agente não se dirige a um único resultado.

Subdivide-se em:

a) Dolo alternativo

É aquele em que o agente quer produzir, **com igual intensidade**, um OU outro resultado. Por exemplo, o agente atira para matar ou para ferir, qualquer dos dois resultados agrada.

O agente sempre irá responder pelo crime mais grave consumado ou tentado. Assim, quando o agente atira para matar ou para ferir, responderá por homicídio (matou) ou tentativa de homicídio (feriu).

b) Dolo eventual

É aquele em que o agente não quer o resultado, mas assume o risco de produzi-lo (Teoria de Assentimento).

DOLO EVENTUAL	CULPA CONSCIENTE

Teoria do Consentimento.	Teoria da Representação
O agente assume o risco de produzir o resultado.	Basta que o agente consiga prever o resultado, imaginar como possível.

Importante mencionar a **Teoria Positiva do Conhecimento**, desenvolvida pelo alemão Frank. No dolo eventual o agente diz para si mesmo "*seja como for, dê no que der, de qualquer modo eu não deixarei de agir*". Em outras palavras, no dolo eventual o agente demostra indiferença quanto a resultado a ser produzido. Já na culpa consciente, o agente não quer o resultado, ele prevê o resultado, mas acredita, sinceramente, que o resultado não ocorrerá.

A embriaguez ao volante que resulta em morte da vítima é considerada um homicídio doloso (dolo eventual) ou culposo (culpa consciente)? Atualmente, dependerá da análise do caso concreto, podendo ser dolo eventual ou culpa consciente.

13.4.5. Dolo de propósito/refletido

É comum nos crimes premeditados, resulta da reflexão do agente.

13.4.6. Dolo de ímpeto/repentino

O agente não reflete, o dolo deriva de uma explosão emocional repentina ou, ainda, de uma excessiva perturbação de ânimo.

É comum nos crimes passionais.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

13.4.7. Dolo genérico

Vontade de realizar o núcleo do tipo.

13.4.8. Dolo específico

Corresponde ao elemento subjetivo específico, ou seja, o elemento anímico que vai além do dolo.

13.4.9. Dolo presumido

Não precisa ser comprovado no caso concreto, presume-se que o agente agiu com dolo.

Caracteriza hipótese de responsabilidade penal objetiva, por isso não pode ser admitido

13.4.10. Dolo de primeiro grau

É o dolo direto, o agente busca produzir um único resultado, certo e determinado.

13.4.11. Dolo de segundo grau

Também chamado de dolo de consequência necessárias, criação de Claus Roxin.

O agente quer produzir determinado resultado, mas para alcançá-lo assume o risco de produzir outros resultados, inseparáveis do primeiro. Por exemplo, o agente coloca bomba em um

avião para matar “A”, acaba matando os demais passageiros e a tripulação.

Dolo de 2º grau	Dolo Eventual
Resultado paralelo é certo e necessário. (Exemplo: a morte dos demais é certa e imprescindível.)	Resultado paralelo é incerto (eventual/possível), desnecessário.(Exemplo: a morte é possível, desnecessária ao fim almejado.)
Teoria da Vontade (dolo direto) Teoria da Representação (dolo 2º grau) - LFG	Teoria Assentimento (dolo eventual)

13.4.12. Dolo de terceiro grau

Existe?

Imagine que “A” queira matar o anfitrião de uma festa. Após conseguir se infiltrar como garçom, coloca veneno em todas as taças de espumante, assume o risco de matar todas as pessoas que tomaram.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

- Em relação ao anfitrião, temos o dolo de primeiro grau.
- Em relação aos outros convidados, temos o dolo de segundo grau.
- Uma convidada estava grávida, sua morte acarreta também a morte do feto, seria dolo de terceiro grau quanto ao aborto.

Não faz sentido, uma vez que todas as consequências necessárias para a produção do crime principal já entram no dolo de segundo grau.

13.4.13. Dolo geral

Também chamado de dolo por erro sucessivo.

Refere-se ao meio de execução do crime. O agente pratica uma conduta e acredita ter alcançado o resultado desejado. Em seguida, pratica uma nova conduta, com finalidade diversa. Posteriormente, descobre-se que a segunda conduta foi responsável pelo resultado inicialmente desejado.

Por exemplo, “A” disfere disparos de arma de fogo contra “B”. Em seguida, joga o corpo de “B” no mar. Dois dias, após o crime, o corpo de “B” aparece na praia, constata-se que a causa da morte foi asfixia e não os disparos de arma de fogo.

A questão, aqui, é acerca da incidência da qualificadora de asfixia.

1ªCorrente (DPE) – não incide, uma vez que o agente jogou ao mar com o intuito de ocultar o cadáver. Não possuía o dolo de asfixiar a vítima.

2ªCorrente (MP) – incide a qualificadora pelo dolo geral, quem joga o corpo ao mar assume o risco.

13.4.14. Dolo cumulativo

O agente pretende alcançar dois resultados em sequência. Exemplo: quero ferir e depois quero matar. Caso de progressão criminosa.

13.4.15. Dolo de dano

A vontade do agente é causar efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. Por exemplo: em relação ao bem jurídico vida = a intenção do agente é matar.

13.4.16. Dolo de perigo

O agente atua com a intenção de expor a risco o bem jurídico tutelado. Então, por exemplo: o bem jurídico vida = a intenção é periclitar a vida de outrem.

13.4.17. Dolo antecedente/concomitante/subsequente

Analisa-se o dolo no momento da conduta.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

ANTECEDENTE	CONCOMITANTE	SUBSEQUENTE
Antecede a conduta	A tempo da conduta NO BRASIL, em regra, pune-se apenas este dolo	Posterior à conduta

Nucci: para haver o crime só nos interessa o dolo concomitante. O dolo antecedente é mera cogitação, o dolo subsequente também não nos interessa, senão estava presente desde a conduta.

OBS: há UM caso em que o dolo antecedente é punido. TEORIA DA "ACTIO LIBERA IN CAUSA", não se analisa o dolo quando o agente, embriagado, atropela alguém. Analisa-se o dolo, sua vontade, no momento anterior à conduta, quando ele bebia.

14. CULPA

14.1. INTRODUÇÃO

Assim como o dolo, a culpa integra o fato típico, sendo o elemento normativo da conduta. Desta forma, para aferir a culpa é necessário fazer um juízo de valor do operador do direito.

Os tipos culposos estão previstos em tipos penais abertos, os quais não descrevem de forma detalhada a conduta criminosa.

> *CP Art. 18 Diz-se o crime:*
> *II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.*

Há, contudo, no Código Penal um crime culposo previsto em tipo penal fechado (art. 180, §3º do CP).

> *Art. 180, § 3º - Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso:*

14.2. FUNDAMENTOS DA PUNIÇÃO

No passado, defendia-se a não punição do crime culposo.

Atualmente, é pacífico que é imprescindível a punição da culpa, em razão do interesse público. A proteção de bens jurídicos fundamentais é incompatível com a imprudência, a negligência e a imperícia de certas pessoas.

Por qual motivo as penas dos crimes culposos (geralmente, punidos com detenção) são menores do que as dos crimes dolosos? O desvalor do resultado, tanto no crime doloso quanto no crime culposo, é o mesmo. O que muda é o desvalor da conduta. A conduta dolosa merece uma punição mais severa do que uma conduta culposa.

.

14.3. CONCEITO

Do conceito de crime doloso pode-se extrair os elementos do crime culposo e as espécies de culpa, cada um será analisado em tópico específico.

Segundo Masson, *crime culposo é aquele que se verifica quando o agente, deixando de observar o dever objetivo de cuidado, por imprudência, negligência ou imperícia, realiza uma conduta voluntária que produz um resultado naturalístico não previsto nem querido, mas objetivamente previsível, e excepcionalmente previsto e querido, o qual podia, com a devida atenção, ter evitado.*

14.4. ELEMENTOS

14.4.1. Conduta voluntária

A conduta do agente é sempre voluntária, o resultado será involuntário. Por exemplo, dirigir acima do limite de velocidade é uma conduta voluntária.

Em regra, a conduta voluntária é penalmente irrelevante.

Contudo, algumas vezes possui relevância penal, gerando um crime diverso do crime culposo ao final produzido. Por exemplo, crime de direção perigosa (art. 311 CTB) que acarreta a morte de uma pessoa (art. 302 do CTB)

14.4.2. Violação do dever objetivo de cuidado

É aquele imposto a todas as pessoas para uma vida harmoniosa em sociedade.

A violação ocorre por negligência, imprudência e imperícia, que são modalidades da culpa e não espécies.

IMPRUDÊNCIA	NEGLIGÊNCIA	IMPERÍCIA

Culpa positiva ou culpa *in agendo*. Fazer algo que a cautela não recomenda. Desenvolve-se paralelamente à conduta do agente Ex.: dirigir em acesso de velocidade	Culpa negativa ou culpa *in omitendo*. Deixar de fazer algo que a cautela recomendava Desenvolve-se antes da conduta do agente Ex.: não confere óleo de freio do carro	Culpa profissional, pois só ocorre no bojo de arte, profissão ou ofício O agente, embora autorizado a exercer, não reúne conhecimentos teóricos e práticos para tanto Ex.: médico sem conhecimento para cirurgia

Obs.: Imperícia (culpa profissional) não se confunde com erro profissional. Naquela a culpa é do agente, responderá por crime culposo na modalidade imperícia. Já no erro profissional a culpa

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

não é do agente, mas sim da ciência que não está pronta para enfrentar, com eficácia, determinados problemas, acaba sendo uma causa de exclusão da culpa.

14.4.3. Resultado naturalístico involuntário

A consumação, no crime culposo, depende de resultado naturalístico. Por isso, não se admite tentativa em crime culposo.

Destaca-se que a culpa imprópria admite tentativa.

14.4.4. Nexo causal

Exige-se a relação de causalidade entre a conduta e o resultado naturalístico.

14.4.5. Tipicidade

É elemento de todo e qualquer crime.

14.4.6. Previsibilidade objetiva

É a possibilidade de uma pessoa comum prever o resultado naturalístico.

Aqui, temos a figura do homem médio (*homo medius* ou homem standart), que representa um ser humano de inteligência mediana. É uma figura imaginária ou hipotética que representa a normalidade das pessoas.

Não é necessário que o agente tenha previsto o resultado (previsibilidade subjetiva), tendo em vista que uma pessoa comum poderia ter previsto o resultado (previsibilidade objetiva).

14.4.7. Ausência de previsão

O resultado que era previsível ao homem médio, no caso concreto, não foi previsto pelo agente.

14.5. ESPÉCIES DE CULPA

14.5.1. Culpa inconsciente/sem previsão/*ex ignorantia*

O agente não previu o resultado que era objetivamente previsível.

14.5.2. Culpa consciente/com previsão/*ex lascivia*

O agente prevê o resultado, mas acredita sinceramente que ele não ocorrerá (Teoria da Representação).

14.5.3. Culpa própria

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

Também chamada de culpa propriamente dita. O agente não quer o resultado e não assume o risco de produzi-lo.

14.5.4. Culpa imprópria

Chamada de culpa por extensão, por equiparação ou por assimilação.

O agente prevê o resultado e quer produzi-lo, pois atua com erro inescusável quanto à ilicitude do fato. Ou seja, o agente supõe uma situação que não existe (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular de um direito), mas se existisse tornaria a ação legítima.

Trata-se, em verdade, de dolo, mas o legislador, por questões de política criminal, decidiu punir como se fosse culpa. Manifesta-se como uma descriminante putativa.

> *Art. 20, § 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.*

Por ser dolo, punido como se culpa fosse, admite tentativa.

14.5.5. Culpa mediata/indireta

É aquela em que o resultado é indiretamente produzido a título de culpa.

Por exemplo, vítima que consegue fugir do carro do estuprador e acaba sendo atropelada por um caminhão, vindo a morrer. O agente irá responder por tentativa de estupro e por homicídio culposo.

14.5.6. Culpa presumida

Não é aceita no Direito Penal moderno, tendo em vista que se trata de responsabilidade penal objetiva.

A culpa não se presume, deve ser provada.

14.6. GRAUS DE CULPA

No passado, a culpa era dividida em grave (equiparada ao dolo), leve (culpa por assim dizer) e levíssima (equiparada ao caso fortuito e a força maior).

Atualmente, não existem graus de culpa. A culpa existe ou não.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

14.7. COMPENSAÇÃO DE CULPAS

Trata-se de um instituto típico do direito privado, que visa afastar ou diminuir da indenização de alguém.

No Direito Penal não se admite a compensação de culpas. Eventual culpa da vítima, não afasta a responsabilidade do agente. Ambos irão responder por sua própria culpa.

Obs.: Compensação de culpas não se confunde com culpa exclusiva da vítima, em que nem se quer o agente atua com culpa.

14.8. CONCORRÊNCIA DE CULPAS

Perfeitamente possível a concorrência de culpas, a exemplo do agente que passou no sinal vermelho e o agente que está na contramão, ao se chocarem matam uma idosa. Perceba que ambos colaboraram para o resultado.

Destaca-se, contudo, que a concorrência de culpas não acarreta concurso de pessoas, uma vez que não possuem vínculo subjetivo.

14.9. CARÁTER EXCEPCIONAL DO CRIME CULPOSO

Em regra, os crimes são dolosos. Os crimes culposos representam exceção, tendo em vista que é uma invasão maior na esfera de liberdade do cidadão.

Ademais, só se admite o crime culposo nas hipóteses expressamente previstas em lei.

> *Art. 18, Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.*

14.10. EXCLUSÃO DA CULPA

14.10.1. Erro profissional

A culpa é da ciência, por isso não há culpa do agente.

14.10.2. Caso fortuito e força maior

São acontecimentos imprevisíveis/inevitáveis que escapam do controle da vontade humana. Assim, pela sua falta de previsão e pela falta de vontade do agente excluem a culpa.

14.10.3. Risco tolerado

Criação de Karl Binding, há situações que são perigosas, mas que são indispensáveis para

a evolução do ser humano e da sociedade. Por exemplo, teste em um novo avião.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

14.10.4. Princípio da confiança

Surgiu na Espanha, inicialmente para os crimes de trânsito, depois para o Direito Penal como um todo.

Defende que aquele que cumpre as regras da vida em sociedade, pode confiar que as demais pessoas também respeitarão. Aquele que age dentro da normalidade das relações sociais, diga-se, dentro dos limites do risco permitido, tem o direito de esperar que os demais assim atuem (confiança permitida), impossibilitando que seja a ele imputada a previsibilidade de um comportamento imprudente, contrário ao dever de cautela praticado por outrem

Por exemplo, o agente respeita às regras de trânsito e confia que os outros também respeitam. O sinal está verde para carros e vermelho para pedestres. Tem um pedestre na calçada, se o agente passa e o pedestre se atira na frente do carro, não responde porque confiou que ele iria respeitar o sinal verde para os carros e o seu sinal vermelho.

15. PRETERDOLO

15.1. INTRODUÇÃO

Praeter dolum é aquilo que vai além do dolo.

O crime preterdoloso é uma figura hibrida, tendo em vista que é uma mistura de dolo e de culpa, a conduta inicial é dolosa, mas sobreveio um resultado mais grave de natureza culposa.

Aqui, o agente queria praticar um crime doloso, menos grave, mas por culpa (imprudência, negligência e imperícia) acaba produzindo um resultado mais grave.

Há, no Código Penal, uma série de exemplos de crimes preterdolosos. Contudo, apenas no crime de lesão corporal seguida de morte (art. 129, §3º) o Código declara expressamente o caráter preterdoloso.

> *Art. 129, § 3° Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:*

15.2. VERSARI IN RE ILLICITA

Todo aquele que se envolveu em algo ilícito deve responder pelo resultado. Contudo, não pode mais ser admitido, eis que se trata de típico caso de responsabilidade penal objetiva. Presume a responsabilidade penal do agente.

Por exemplo, lesão corporal seguida de morte. O dolo do agente era apenas a lesão, mas a vítima, por ser fraca, acaba morrendo com um simples soco. A culpa do agente não pode ser presumida, deve-se analisar todas as circunstâncias do fato.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

15.3. CRIMES QUALIFICADOS PELO RESULTADO: CONCEITO

São crimes que possuem uma conduta inicial básica, que constitui um crime autônomo, acompanhada de um resultado agravador.

15.4. CRIMES QUALIFICADOS PELO RESULTADO: ESPÉCIES

15.4.1. Dolo na conduta antecedente e dolo no resultado agravador

Chamado de crime duplamente doloso (dupla tipicidade dolosa).

É o caso do latrocínio (art. 157, §3º, II), espécie de roubo qualificado pela morte, quando o agente mata a vítima por livre deliberação.

> *Art. 157, §3ºSe da violência resulta:*
> *II – morte, a pena é de reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa.*

Destaca-se que o latrocínio poderá ser um crime preterdoloso, quando a morte for culposa. Por exemplo, o agente desfere um disparo de arma de fogo para cima e o projetil atinge a vítima que morre.

15.4.2. Dolo na conduta antecedente e culpa no resultado agravador

Trata-se de crime preterdoloso.

É o caso da lesão corporal seguida de morte (art.129, §3º)

> *Art. 129, § 3° Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:*

15.4.3. Culpa na conduta antecedente e culpa no resultado agravador

É chamado de crime duplamente culposo (dupla tipicidade culposa).

Como exemplo, tem-se o art. 258 do CP, incêndio culposo qualificado por uma morte culposa.

> *Art. 258 - Se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço.*

15.4.4. Culpa na conduta antecedente e dolo no resultado agravador

É o caso do art. 303 do CTB, em que há uma lesão culposa. Caso deixe de socorrer a vítima, haverá o dolo agravando o resultado.

> *Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor:*

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

> *Penas - detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.*

Obs.: Nem todo crime agravado pelo resultado será preterdoloso. Contudo, TODO crime preterdoloso será um crime agravado pelo resultado.

16. ITER CRIMINIS

16.1. CONCEITO

É o itinerário do crime, o seu caminho, suas fases de realização.

a) Fase interna

É a cogitação do crime, sua primeira etapa. Fica limitada ao pensamento do agente.

b) Fase externa

É composta pela preparação, execução e consumação.

Obs.: o exaurimento não faz parte do *iter criminis* que começa na cogitação e acaba na consumação.

16.2. COGITAÇÃO

É chamada de claustro-psíquico, pois a vontade criminosa está "presa" na mente do agente. Não implica necessariamente em premeditação, mas na simples IDEIA do crime.

Jamais será punível, pois não há lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Caso fosse punida, seria típico caso de direito penal do autor.

A cogitação subdivide-se em:

a) Idealização – momento em que surge a ideia criminosa;

b) Deliberação – o agente analisa os prós e contras do crime;

c) Resolução – momento em que o agente resolve praticar o crime.

Aqui, encontra-se o direito à perversão (mencionado acima).

16.3. PREPARAÇÃO

Também chamada de fase dos atos preparatórios.

Obs.: Rogério Sanches entende que a preparação está na fase interna.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

O agente irá se equipar dos instrumentos necessários à prática do crime. Em regra, não são puníveis, pois o CP condicionou a punição do crime a partir dos atos de execução.

A Lei 13.260/2016, em seu art. 5º, contempla o tipo penal de praticar atos preparatórios de terrorismo. É típico exemplo de direito penal do inimigo.

Art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumar tal delito:

Crime-obstáculo é aquele que o legislador incriminou de forma autônoma o ato preparatório de outro crime. No Brasil, é o crime de petrechos de falsificação de moeda. Perceba que no art. 294 do CP o legislador não pune um ato preparatório, mas sim tornou esse ato um crime autônomo.

> *Art. 294 - Fabricar, adquirir, fornecer, possuir ou guardar objeto especialmente destinado à falsificação de qualquer dos papéis referidos no artigo anterior:*
> *Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.*

16.4. EXECUÇÃO

É o momento em que o agente realiza o núcleo do tipo. Em regra, é aqui que começa a punibilidade.

O ato de execução deve ser idôneo (capaz de lesar o bem jurídico protegido pela norma penal, a exemplo do disparo de arma de fogo) e inequívoco (dirige-se à lesão do bem jurídico, dispara a arma de fogo mirando a vítima). A idoneidade deve ser aferida no caso concreto e não em abstrato. Além disso, são requisitos cumulativos, devem estar presentes de forma simultânea.

A seguir iremos analisar as teorias referentes à transição dos atos preparatórios para os atos executórios.

16.4.1. Teoria subjetiva

Não diferencia os atos preparatórios dos atos executórios, considera a vontade do agente como um todo. Portanto, sempre que o agente EXTERIORIZASSE sua conduta, no sentido de praticar a infração penal, seria punível.

Não foi aceita.

16.4.2. Teoria objetiva

O ato deixa de ser preparatório e passa a ser executório quando o agente começa a realizar o tipo penal. Subdividem-se em:

a) Teoria da hostilidade ao bem jurídico (Nelson Hungria, Max Ernst Mayer)

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Para essa teoria, atos executórios são aqueles que atacam/agridem diretamente o bem jurídico, criando-lhe uma situação concreta de lesão ou perigo de lesão. Já os atos preparatórios são aqueles que mantém inalterado o chamado Estado de Paz.

Está ultrapassada.

b) Teoria objetivo-formal ou lógico-formal (Franz Von Liszt)

Entende que ato de execução é aquele em que o agente realiza o núcleo do tipo. Portanto, nos atos de preparação o agente não realiza o núcleo do tipo.

É a preferida no direito brasileiro.

c) Teoria objetivo-material (Reinhart Franck)

Foi adotada pelo Código Penal Português.

É um complemento da teoria anterior. Atos executórios são aqueles que se realizam no período imediatamente anterior ao começo da realização do núcleo do tipo, na visão de um terceiro observador.

Por exemplo, “A” está andando na rua e vê “B” pulando um muro com um pé de cabra na mão. Na visão de “A”, “B” está praticando um ato de execução, começou a furtar.

d) Teoria objetivo-individual

Criada por Hans Welzel (pai do finalismo) e possui como um dos seus grandes adeptos Zaffaroni.

Para esta Teoria, ato de execução é aquele em que o agente prática o núcleo do tipo, mas também são os atos que lhe são imediatamente anteriores, de acordo com o plano concreto do autor.

Rogério Greco: embora existam atos extremos, em que não há possibilidade de confusão, a controvérsia reside naquela zona cinzenta, na qual, por mais que nos esforcemos, não termos plena convicção se o ato é de preparação ou de execução. Ainda não surgiu, portanto, teoria suficientemente clara e objetiva que pudesse solucionar esse problema.

16.5. CONSUMAÇÃO

Também chamada de crime pleno, crime completo, crime perfeito, fase do *summantum opôs.*

O crime se consuma quando o agente realiza todos os elementos do tipo penal.

> *Art. 14, I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;*

- CRIME MATERIAL – a consumação ocorre com a produção do resultado naturalístico;



.

- CRIME FORMAL - a consumação ocorre com a prática da conduta. O resultado naturalístico poderá ou não ocorrer.

- CRIME DE MERA CONDUTA - a consumação ocorre com a prática da conduta. Nunca ocorrerá resultado naturalístico, pois o tipo penal não o prevê.

- CRIME QUALIFICADO PELO RESULTADO – a consumação ocorre com a produção do resultado agravador, ainda que o crime inicial não alcance a consumação.

16.6. EXAURIMENTO

Também chamado de crime exaurido ou de crime esgotado.

É o conjunto de efeitos posteriores a consumação do delito. Tecnicamente, o exaurimento só é cabível nos crimes formais.

Por exemplo, o crime de extorsão mediante sequestro consuma-se com a privação da

liberdade da vítima. O exaurimento do crime ocorrerá apenas no caso de o agente receber a vantagem econômica.

Por isso, Zaffaroni chama o exaurimento de consumação material.

Salienta-se que o exaurimento não integra o *iter criminis*. Por isso, não altera o crime no plano da tipicidade, mas produz efeitos no tocante a aplicação da pena.

> *Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e* ***consequências do crime*** *(exaurimento), bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:*

Há crimes em que o exaurimento funcionará como uma qualificadora, a exemplo do crime de resistência (art. 329, §1º). Por exemplo, o policial vai cumprir mandado e o agente resiste (crime formal) e foge não sendo possível cumprir o mandado (exaurimento)

> *Art. 329 - Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio:*
> *Pena - detenção, de dois meses a dois anos.*
> *§ 1º - Se o ato, em razão da resistência, não se executa:*
> *Pena - reclusão, de um a três anos.*

Há, ainda, casos em que o exaurimento irá funcionar como uma causa de aumento de pena, a exemplo da corrupção passiva (art. 317, §1º) quando o agente deixa de praticar um ato.

> *Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:*

@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

> *Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)*
> *§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.*

17. TENTATIVA

17.1. CONCEITO

Previsto no art. 14, II do CP, ocorre quando se inicia a execução de um crime, mas, por circunstâncias alheias a vontade do agente, o crime não se consuma.

> *Art. 14, II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.*

O Código Penal, como regra geral, vinculou a punibilidade de um crime a prática dos atos de execução.

17.2. DENOMINAÇÃO

Chamada de *conatus*, de crime imperfeito (Zaffaroni), crime incompleto, crime manco.

17.3. ELEMENTOS

A tentativa possui três elementos, vejamos:

- Início da realização do crime
- Não consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente
- Dolo de consumação

O dolo do crime tentado é o mesmo dolo do crime consumado.

Obs.: Rogério Sanches acrescenta um quarto elemento à tentativa: RESULTADO POSSÍVEL. Caso o resultado seja impossível, haverá crime impossível e não tentativa.

17.4. PUNIBILIDADE DA TENTATIVA: TEORIAS

17.4.1. Subjetiva/Voluntarística/Monista

Entende que a tentativa possui a mesma punibilidade da consumação, leva em consideração o dolo do agente.

17.4.2. Sintomática

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Criação da Escola Positiva do Direito Penal, sustenta que a tentativa deve ser punida em razão da periculosidade do agente.

17.4.3. Objetiva/realística/dualista

Seus adeptos defendem que a pena do crime tentado deve ser menor do que a pena do crime consumado, pois o dano ao bem jurídico é menor no crime tentado do que no crime consumado.

17.4.4. Teoria adotada no Brasil

Em regra, o Brasil adota a Teoria Objetiva, em que o crime tentado possui a mesma pena do crime consumado, diminuída de um a dois terços.

> *Art. 14, Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.*

Para a diminuição, adota-se o parâmetro da proximidade da consumação. Ou seja, se a consumação ficou próxima a diminuição será menor; se a consumação ficou distante, a diminuição será maior.

Há exceções, em que se adotará a Teoria Subjetiva, sendo a tentativa punida com a mesma pena do crime consumado, chamados de crime de atentado ou de empreendimento.

CP - Art. 352 - Evadir-se ou TENTAR evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa

Código Eleitoral - Art. 309. Votar ou tentar votar mais de uma vez, ou em lugar de outrem:

Obs.: Cuidado com o Código Penal Militar, em que o juiz pode aplicar a pena do crime consumado, no caso de excepcional gravidade.

Art. 30, Parágrafo único. Pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime, diminuída de um a dois terços, podendo o juiz, no caso de excepcional gravidade, aplicar a pena do crime consumado.

17.5. ESPÉCIES DE TENTATIVA

17.5.1. Vermelha/Cruenta

O objeto material é atingido. Em regra, a diminuição será menor. Por exemplo, desfere um tiro e acerta o braço.

Observe a alternativa considerada correta, na questão 73, cobrada pelo CEBRASPE na prova da DPE/PE (2018): (C) *Em se tratando de tentativa branca ou incruenta, a vítima não é atingida e não sofre ferimentos; se tratar-se de tentativa cruenta, a vítima é atingida e é lesionada*.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

17.5.2. Branca/Incruenta

O objeto material não é atingido. Em regra, a diminuição será no patamar máximo.

Por exemplo, desfere um tiro e não acerta.

17.5.3. Perfeita/Acabada/Crime falho

É aquela em que o agente esgota os meios de execução que tinha a sua disposição, não ocorrendo a consumação por circunstâncias alheias a sua vontade.

Ex.: possui seis projetis e disparou todos contra a vítima, que foi socorrida.

Observe o item II, considerado correto, da questão 66 da prova da DPE/PE (2018): II - Se o sujeito fizer tudo o que está ao seu alcance para a consumação do crime, mas o resultado não ocorrer por circunstâncias alheias a sua vontade, configura-se crime falho.

17.5.4. Imperfeita/Inacabada

O agente não consegue esgotar os meios de execução que tinha a sua disposição.

Ex.: possuía seis projetis, disparou dois e a polícia chega.

17.6. ADMISSIBILIDADE DA TENTATIVA

Os crimes dolosos, em regra, admitem tentativa. Pouco importa se o crime é material,

formal ou de mera conduta, o que interessa é ser um crime plurissubsistente. Ou seja, a conduta é composta de dois ou mais atos que se unem para juntos produzirem a consumação.

17.7. INADMISSIBILIDADE DA TENTATIVA

17.7.1. Crimes culposos

Como vimos acima, nos crimes culposos o resultado naturalístico é involuntário. Portanto, não há compatibilidade lógica entre crime culposo e tentativa (início da execução de um crime que não se consuma por circunstâncias alheias a vontade do agente), não há como ter tentativa se o agente não queria o resultado.

Obs.: Não esquecer que, para parte da doutrina, na culpa imprópria, admite-se a tentativa, uma vez que há dolo.

17.7.2. Crimes Preterdolosos

É um crime híbrido, misto de dolo e de culpa. Por isso, não se admite a tentativa.

O agente não tem vontade de produzir o resultado mais grave, que é fruto de culpa. Portanto, quanto ao **crime consequente (culposo)** não há como se falar em tentativa; nos crimes preterdolosos a tentativa é admitida somente quanto ao crime antecedente (doloso).

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Exemplificando: poderia responder o agente por tentativa de aborto qualificada pela morte. Outro exemplo: crime tentado de estupro qualificado pela morte.

Repise-se: maioria admite a tentativa, quando essa ocorre no crime antecedente doloso. Quando a **conduta antecedente** for incompleta e o **resultado qualificador** completo (Rogério Greco). Outra parte da doutrina discorda (Capez, Mirabete), dizendo que nesses casos deveria responder pela consumação qualificada pela morte, por exemplo no aborto qualificado pela morte.

17.7.3. Crimes Unissubsistentes

Trata-se dos crimes que não admitem fracionamento da execução, ou seja, crimes que com um ato de execução se consumam.

17.7.4. Crimes Omissivos Próprios ou Puros

A omissão está descrita no próprio tipo penal, que descreve uma conduta negativa, um não fazer. São considerados unissubsistentes, o simples não fazer acarreta a consumação. Por isso, não se admite a tentativa.

17.7.5. Crimes de Perigo Abstrato/Presumido

Os crimes de perigo, em que há probabilidade de dano, contrapõem-se aos crimes de dano ou de lesão, em que a consumação depende do efetivo dano.

Nos crimes de perigo abstrato, praticada a conduta em lei, presume-se de forma absoluta o perigo à segurança pública, a exemplo do porte ilegal de arma de fogo. Não admitem tentativa por serem unissubsistentes.

17.7.6. Contravenção penal

A tentativa de contravenção penal é um irrelevante penal, não é punida.

> *Art. 4º Não é punível a tentativa de contravenção.*

17.7.7. Crimes condicionados

São os crimes que se condicionam a produção de um resultado previsto em lei, a exemplo do auxílio ao suicídio. Não basta a participação em suicídio, é necessário que o suicídio ocorra ou, pelo menos, uma lesão corporal.

> *Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça:*

17.7.8. Crimes de atentado ou de empreendimento

São crimes em que o legislador equiparou a tentativa a consumação. Assim, ou o crime se consumou ou não tem crime.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

> *CP - Art. 352 - Evadir-se ou TENTAR evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa*

17.7.9. Crimes subordinados à condição objetiva de punibilidade

São crimes em que o fato já foi praticado, mas para que seja punível deve ocorrer outro fato previsto em lei, a exemplo da sentença declaratória de falência.

> *Art. 180. A sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial de que trata o art. 163 desta Lei é condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas nesta Lei.*

17.7.10. Crimes habituais

São aqueles em que a consumação depende da reiteração de atos que indicam o estilo de vida do agente. Ou seja, um único ato isolado é irrelevante.

Por exemplo, exercício ilegal da medicina.

1ªC – não cabe tentativa, pois ou o agente reitera os atos e o crimes está consumado ou não reitera e não há crime.

2ªC (Mirabete) – sim cabe tentativa.

17.7.11. Crime obstáculo

O legislador transforma em um crime autônomo um ato preparatório, a exemplo do crime de apetrechos de fabricação de moeda.

17.7.12. Crime com tipo penal composto de condutas abrangentes

A conduta é muito ampla, sendo consumada por um ato qualquer. Por exemplo art. 50, I da Lei 6766/1979.

> *Art. 50. Constitui crime contra a Administração Pública.*
> *I - dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições desta Lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios;*

17.8. CRIMES PUNIDOS SOMENTE NA FORMA TENTADA

Há na Lei de Crimes contra a Segurança Nacional há crimes que são punidos apenas na forma tentada, pois a consumação deixa de ser matéria de Direito Penal para ser de Direito Internacional.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

> *Art. 9º - Tentar submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país.*
>
> *Art. 11 - Tentar desmembrar parte do território nacional para constituir país independente.*

18. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA E ARREPENDIMENTO EFICAZ

18.1. PREVISÃO LEGAL

O art. 15 do CP contempla a desistência voluntária e o arrependimento eficaz.

> *Art. 15 - O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.*

Diferem da tentativa, pois, aqui, o crime não se consuma por vontade do agente. Por isso, são chamados de tentativa abandonada.

- Tentativa: “eu quero, mas não consigo”.
- Tentativa abandonada: “eu consigo, mas não quero”

Tal diferença foi cobrada na questão 73 da prova da DPE/PE (2018). Contudo o CEBRASPE inverteu os conceitos, por isso a alternativa foi considerada errada. Observe: (D) *A diferença entre a tentativa e a tentativa abandonada é que, no primeiro caso, o agente diz “eu consigo, mas não quero” e, no segundo, o agente diz “eu quero, mas não consigo*”.

18.2. FUNDAMENTO

O fundamento surgiu na Alemanha com o chamado Direito Premial (gênero que possui várias espécies). No Direito Penal, toda e qualquer situação em que se concede um prêmio ao criminoso que se arrepende e colabora com o Estado.

Franz Von Liszt chama a desistência voluntária e o arrependimento eficaz de **Ponte de**

Ouro do Direito Penal. Imagine um rio com duas margens, de um lado há a margem da legalidade e do outro a margem da ilegalidade, da ilicitude, quando o agente começa a praticar um crime vai para a margem da ilegalidade, mas com a sua desistência ou seu arrependimento passa a ter uma ponte de ouro para voltar à margem da legalidade, respondendo apenas pelos atos já praticados.

- Ponto de Prata - arrependimento posterior
- Ponte de Bronze – atenuante genérica. O agente desiste, se arrepende, mas o crime se consuma.
- Ponto de Diamante – acordo de imunidade.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

O fundamento de todos estes institutos é de política criminal.

18.3. NATUREZA JURÍDICA

18.3.1. Causa pessoal de extinção de punibilidade

O Estado deixa de punir o crime inicialmente desejado pelo agente. Foi sustentada por Nelson Hungria, é adotada por Zaffaroni.

18.3.2. Causa de exclusão de culpabilidade

A reprovabilidade do crime inicialmente desejado deixa de existir.

É posição de Claus Roxin.

18.3.3. Causa de exclusão de tipicidade

É a posição dominante (STJ HC 110.504)

Exclui-se a tipicidade do crime inicialmente desejado e o agente só responde pelos atos praticados.

18.4. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA X ARREPENDIMENTO EFICAZ

DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA	ARREPENDIMENTO EFICAZ (RESIPISCÊNCIA)
"*O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução, só responde pelos atos já praticados*"	"*O agente que, voluntariamente, impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados*"
O agente interrompe o processo de execução do crime.	O processo de execução do crime já se encerrou. O agente adota medida impeditiva da consumação.
O agente pode prosseguir, possui os meios para prosseguir, mas desiste.	O agente prosseguiu, mas impede que o crime se consume.

Em regra, é caracterizada por uma conduta negativa. Nos crimes omissivos impróprios a desistência voluntária é caracterizada por uma conduta positiva, por um fazer.	Só é possível nos crimes materiais, em que há resultado naturalístico.
Não é admitida nos crimes unissubsistentes.	Não é admitido nos crimes formais e de mera conduta, pois não possuem resultado naturalístico.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

18.5. REQUISITOS

18.5.1. Voluntariedade

No Direito Penal, a voluntariedade é a conduta livre de coação. Assim, por exemplo, pode desistir porque outra pessoa falou, não importa de quem tenha surgido a ideia.

Obs.: Não se confunde com espontaneidade, ou seja, aquilo que brota da intima convicção de alguém.

18.5.2. Eficácia

Significa, efetivamente, impedir o resultado. Não basta desistir ou impedir é necessário que o resultado não se produza.

Caso falte a eficácia, o agente responde pelo crime com a atenuante genérica do art. 65, III, b (1ª parte) do CP.

> *Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:*
> *III - ter o agente:*
> *b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;*

18.6. MOTIVOS

Os motivos que levaram o agente a desistir ou a impedir o resultado são irrelevantes, não importam para o Direito Penal.

18.7. INCOMPATIBILIDADE COM OS CRIMES CULPOSOS

Nos crimes culposos o resultado é involuntário. Assim, não há lógica em se desistir ou se arrepender de algo que o agente não quis.

Lembrar da culpa imprópria, por ser dolo (como visto acima) admite.

A questão 30 da prova para o MP/MG (2018) considerou correta a seguinte assertiva: *C) A desistência voluntária e o arrependimento eficaz são incompatíveis com os crimes culposos,*

sendo, contudo, admitidos na culpa imprópria.

18.8. COMUNICABILIDADE

No concurso de pessoas a desistência voluntária e o arrependimento eficaz se comunicam aos demais agentes? No passado, sustentava-se que não. Atualmente, o entendimento é pacífico

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

acerca da comunicabilidade, eis que possuem natureza subjetiva (vinculada à vontade do agente) e objetiva (impedem que o resultado se produza).

18.9. TENTATIVA QUALIFICADA

Verifica-se quando a não consumação de um crime mais grave representa a consumação de um crime de menor gravidade já consumado.

Por exemplo, a lesão corporal no caso em que o agente dispara contra a vítima, mas desiste de prosseguir.

19. ARREPENDIMENTO POSTERIOR

19.1. CONCEITO

Previsto no art. 16 do CP, observe:

> *Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.*

19.2. LOCALIZAÇÃO DO INSTITUTO

O arrependimento posterior está localizado em um ponto equivocado do Código Penal, uma vez que na tentativa (art. 14, II), na desistência voluntária (art. 15) e no arrependimento eficaz (art. 15) o crime não se consuma, seja por circunstâncias alheias à vontade do agente ou seja pela própria vontade do agente.

Aqui, o crime já se consumou, pode, inclusive, já ter sido oferecida a denúncia ou a queixa-crime. É causa de diminuição de pena, posterior a consumação do crime. Por isso, deveria estar alocado em outro capítulo.

19.3. NATUREZA JURÍDICA

É uma causa de diminuição da pena. Por isso, incide na terceira e última fase da dosimetria da pena.

19.4. FUNDAMENTOS

Em um primeiro momento, é uma manifestação do Código Penal em vista da proteção da vítima, que terá o dano reparado ou a coisa restituída. Em segundo lugar, acaba sendo um incentivo ao arrependimento pelo agente. Aquele que se arrepende mostra mais preocupação com seus atos, o que torna a chance de reincidência menor.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

19.5. APLICABILIDADE

O arrependimento posterior é aplicado a todo e qualquer crime que seja com ele compatível e, não somente, aos crimes patrimoniais, a exemplo do peculato doloso.

Igualmente, é possível aplicação do arrependimento posterior na reparação do dano moral, a exemplo do que ocorre nos crimes contra a honra em geral.

19.6. REQUISITOS

19.6.1. Natureza da infração

O crime deve ser praticado sem violência à pessoa ou grave ameaça.

Destaca-se que a violência contra a coisa não impede a aplicação do arrependimento posterior. Igualmente, é perfeitamente cabível quando a violência for culposa, a exemplo da lesão culposa.

Por fim, no caso de violência imprópria (*ou depois de reduzir à impossibilidade de resistência*) há duas correntes, vejamos:

1ªC (majoritária – MP, PC, Magistratura): não é cabível, eis que a violência imprópria também é forma de violência contra à vítima.

2ªC (minoritária – DPE): é cabível, uma vez que o legislador não proibiu. Se quisesse proibir, deveria ter feito expressamente.

19.6.2. Reparação do dano ou restituição da coisa

Na restituição o próprio objeto material é devolvido à vítima. Já na reparação do dano, devolve-se o valor correspondente ao objeto material.

Tanto a reparação quanto a restituição devem ser:

- Voluntária – livre de coação (não se exige a espontaneidade);
- Pessoal – efetuada pelo próprio agente, salvo em caso de impossibilidade de fazê-lo (preso, doente);
- Integral – reparar e restituir na exata proporção do prejuízo à vítima.

Obs.: O STF, no HC 98658 (Info 608), admitiu a reparação parcial (interfere na quantidade de diminuição da pena)

19.6.3. Limite temporal

O prazo máximo é até o recebimento da denúncia ou da queixa, pouco importa o momento

em que foi oferecida.

.

Quando a reparação do dano ou a restituição da coisa é feita após o recebimento, serão consideradas como circunstâncias atenuantes da pena (art. 65, III, b, do CP)

> *Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:*
> *III - ter o agente:*
> *b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;*

19.7. COMUNICABILIDADE

Por possuir natureza objetiva, o arrependimento posterior, no concurso de pessoas, será comunicável.

19.8. RECUSA DO OFENDIDO

Quando a vítima se recusar a receber a reparação do dano e a restituição da coisa, o ofendido pode fazer a entrega da coisa à autoridade policial, bem como pode fazer depósito em juízo, em ação de consignação e pagamento.

19.9. DISPOSITIVOS ESPECIAIS ACERCA DA REPARAÇÃO DO DANO

Há situações em que a reparação do dano ou a restituição da coisa foge do art. 16 do CP, a fim de que incida um dispositivo especial. É o caso do peculato culposo, em que prevê o limite do trânsito em julgado da condenação para extinguir a punibilidade. Quando feita após o trânsito em julgado, reduz a pena.

> *Art. 312, § 3º - No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.*

O mesmo ocorrer com a composição dos danos civil, prevista no art. 74, parágrafo único da Lei 9.099/1995, observe:

> *Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.*
> *Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.*

A Súmula 554 do STF costuma ser cobrada, deve ser interpretada a contrário senso, significa que até o recebimento da denúncia o pagamento de cheque sem fundos obsta a ação penal, por falta de justa causa. Salienta-se que a súmula é anterior ao atual art. 16 do CP, assim, pode-se afirmar que, tecnicamente, houve sua superação. Contudo, o STF tem entendido que, por razões de política criminal, continua sendo aplicada.

.

Súmula 554 STF O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal.

PARA FIXAR, observe o quadro feito pelo Professor Rogério Sanches:

	DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA	ARREPENDIMENTO EFICAZ	ARREPENDIMENTO POSTERIOR
Previsão legal	Art. 15, 1ª parte, do CP	Art. 15, 2ª parte, do CP	Art. 16, do CP
Natureza jurídica	Causa de extinção da punibilidade (há entendimento contrário)	Causa de extinção da punibilidade (há entendimento contrário)	Causa geral de diminuição de pena
Momento em que ocorre	O agente abandona o intento **antes de esgotar os atos executórios.**	O agente, **depois de esgotar os atos executórios**, abandona o intento.	Ocorre depois da consumação
Quanto à consumação	Não há consumação por **circunstâncias inerentes à vontade do agente.**	Não há consumação por **circunstâncias inerentes à vontade do agente.**	Há consumação do crime.
Consequência	O agente responde pelos atos até então praticados	O agente responde pelos atos até então praticados	Há redução da pena de 1/3 a 2/3

20. CRIME IMPOSSÍVEL

20.1. CONCEITO

Previsto no art. 17 do CP.

Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

Crime impossível é aquele no qual o comportamento do agente não tem condições de gerar o resultado delituoso, quer por total inadequação dos meios empregados, quer por absoluta impropriedade do objeto material (coisa ou pessoa sobre a qual recai a conduta criminosa).

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

20.2. NATUREZA JURÍDICA

Pela leitura da parte inicial do art. 17 do CP ("*não se pune a tentativa*"), fica-se com a impressão de que o crime impossível é uma tentativa impunível. Contudo, está equivocado. Trata-se de uma causa de exclusão de tipicidade.

O crime impossível também é chamado de crime oco, de tentativa inadequada, de tentativa impossível, tentativa inidônea, tentativa irreal ou de tentativa supersticiosa.

20.3. TEORIAS SOBRE O CRIME IMPOSSÍVEL

20.3.1. Teoria subjetiva

O crime impossível deve receber a mesma pena do crime consumado, pois o dolo é o mesmo.

Apresenta resquício do Direito Penal do autor, pois se preocupa apenas com o seu dolo, e não com o fato.

20.3.2. Teoria sintomática

Com sua conduta, demonstra o agente ser perigoso, razão pela qual deve ser punido ainda que o crime se mostre impossível de ser consumado. Essa teoria se preocupa apenas com a periculosidade do agente e não com o fato. É um sintoma do Direito Penal do autor. Não adotada no Brasil.

20.3.3. Teoria objetiva

No crime impossível não estão presentes os elementos objetivos da tentativa, devido à idoneidade dos meios ou do objeto material. Logo, não se pode falar em punição ao agente. Divide-se em:

- Objetiva pura: não há tentativa, mesmo que a inidoneidade seja RELATIVA.
- Objetiva intermediária/temperada: a ineficácia do meio e a impropriedade do objeto devem ser ABSOLUTAS, pois se relativas, há tentativa. Adotada no Brasil.

Exemplo de inidoneidade relativa do objeto: tentativa de furto de veículo frustrada por defeito mecânico no carro, impossibilitando sua consumação.

20.4. ESPÉCIES DE CRIME IMPOSSÍVEL

20.4.1. Ineficácia absoluta do meio

É aquele incapaz de lesar o bem jurídico, a exemplo de querer praticar um aborto com reza.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

A ineficácia absoluta do meio deve ser analisada no caso concreto e após a prática do fato. Por exemplo, o açúcar, por si só, não é capaz de matar ninguém, mas se for ministrado a um diabético pode ocasionar o óbito.

20.4.2. Impropriedade absoluta do objeto

Objeto material é a pessoa ou a coisa que suporta a conduta criminosa.

Objeto material absolutamente impróprio é aquele que não existe ao tempo da conduta, por exemplo querer realizar um aborto em uma mulher que não está grávida.

Atenção para a Súmula 567 do STJ.

> *Súmula 567 - Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto.*

O STJ entende que não podemos falar em ABSOLUTA ineficácia do meio. O que se tem, no caso, é a inidoneidade RELATIVA do meio. Em outras palavras, o meio escolhido pelo agente é relativamente ineficaz, visto que existe sim uma possibilidade (ainda que pequena) de o delito se consumar. Sendo assim, se a ineficácia do meio se deu apenas de forma relativa, não é possível o reconhecimento do instituto do crime impossível.

20.5. CRIME PUTATIVO POR OBRA DO AGENTE PROVOCADOR

É chamado de crime ensaio.

É o caso em que um agente do Estado (polícia) intervém ou colabora no mecanismo causal do fato.

É o caso do flagrante provocado, em que o crime é impossível, pois pela circunstância (provocação do agente policial, que tomou todas as medidas necessárias para que não houvesse ofensa ao bem tutelado) não haveria como ser consumado. Neste caso, não há possibilidade de prisão em flagrante, se ocorrer deve ser relaxada, pois ilegal. Súmula 145, STF.

> *STF SÚMULA Nº 145 não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.*

Nelson Hungria afirmava que no delito de ensaio o agente é um protagonista inconsciente de uma comédia criminosa, pois é manipulado. É composto por:

- Indução – a pessoa é induzida a praticar o crime.
- Impedimento – adotam-se medidas para que a consumação não ocorra.

OBS: embora não guardem semelhança, temos doutrina diferenciando crime impossível de delito putativo.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

CRIME IMPOSSÍVEL	DELITO PUTATIVO
O crime buscado pelo agente quer seja pela impropriedade do objeto, quer seja pela ineficácia do meio, é impossível de ser alcançado.	O agente pratica uma conduta supondo erroneamente ser típica, quando na verdade é atípica.

20.6. ASPECTOS PROCESSUAIS

O Ministério Público deve pedir o arquivamento do IP, pela atipicidade do fato.

Caso o MP decida oferecer a denúncia, mesmo se tratando de crime impossível e, portanto, atípico, deve o juiz rejeitar a denúncia (art. 395, III). Recebendo, deve absolver o réu (art. 386, III e art. 415, III – júri)

> *Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:*
> *III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.*
>
> *Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:*
> *II - não haver prova da existência do fato;*
>
> *Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando*
> *III – o fato não constituir infração penal;*

Aqui, encerramos o estudo do fato típico, dos seus elementos e dos institutos que com ele possuem relação.

Por questões de organização, abriremos novo tópico para tratar de ilicitude que é tema da Teoria do Crime.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

ILICITUDE

1. CONCEITO

Ilicitude é a relação de contrariedade entre o fato típico praticado por alguém e o ordenamento jurídico, capaz de lesar ou de colocar em perigo de lesão um bem jurídico penalmente protegido.

Em suma, o fato é contrário ao direito. Por exemplo, matar alguém é crime, mas pode ser que a pessoa esteja em legítima defesa (deixa de ser ilícito).

2. FORMAS DE ILICITUDE

2.1. ILICITUDE FORMAL

É a mera relação de contrariedade entre o fato e o direito. Não se faz nenhum juízo de valor sobre a conduta do agente.

Durante anos, o entendimento que prevaleceu era que a ilicitude era apenas formal.

2.2. ILICITUDE MATERIAL (SUBSTANCIAL)

É o conteúdo antissocial (injusto) do comportamento, sua capacidade de lesar ou de expor a lesão o bem jurídico tutelado.

Apenas a ilicitude material é que permite a criação das causas supralegais de exclusão da ilicitude.

2.3. ILICITUDE UNITÁRIA

Entende que a ilicitude é composta pela ilicitude formal e pela ilicitude material.

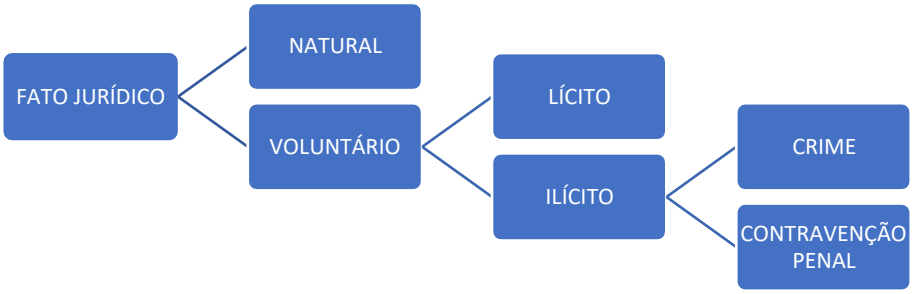
3. ILICITUDE OU ANTIJURIDICIDADE

A maioria dos doutrinadores brasileiros usam as expressões ilicitude e antijuridicidade como sinônimas, grande equívoco. O Prof. Cleber Masson salienta que NUNCA se deve usar a expressão antijuridicidade em provas discursivas e orais, o correto é ilicitude.

Não há no Código Penal a expressão antijuridicidade, trata-se de uma palavra autofágica.

Para a compreensão do tema, é importante relembrar que fatos jurídicos podem ser naturais ou involuntários (por exemplo, a morte natural) e voluntários (dependem da intervenção do ser humano), os quais se subdividem em atos lícitos e atos ilícitos (crime e contravenção penal).

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com



O crime é um fato jurídico, voluntário, ilícito. Por isso, não pode ser chamado de antijurídico. Foi Francesco Carnelutti o primeiro a explicar que não se poderia dizer que um fato jurídico é antijurídico, não há lógica.

4. ILICITUDE GENÉRICA E ILICITUDE ESPECÍFICA

A ilicitude genérica está situada fora do tipo penal. Ou seja, o fato típico, isoladamente considerado, já é contrário ao Direito Penal. Por exemplo, matar alguém.

Já a ilicitude específica está situada no interior do tipo penal, que contém em sua estrutura algum elemento ligado à ilicitude do fato. Por exemplo, o crime de violação de correspondência (art. 151 do CP).

> *Art. 151 - Devassar indevidamente (o crime só existe quando a devassa for indevida. Sendo devida não haverá crime) o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem:*
> *Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.*

5. ILICITUDE PENAL E ILICITUDE EXTRAPENAL

O Direito Penal não se interessa por toda ilicitude.

A divisão entre ilicitude penal e ilicitude extrapenal está relacionada ao caráter fragmentário do Direito Penal. Apenas as ilicitudes mais graves interessam ao DP.

6. CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE

6.1. INTRODUÇÃO

A doutrina brasileira simpatiza com a Teoria Indiciária da Tipicidade, em que todo fato típico se presume ilícito. Assim, o juízo de tipicidade acarreta uma presunção relativa de ilicitude: "*todo fato típico é ilícito, salvo se presente uma causa de exclusão da ilicitude*". Com isso, pode-se afirmar que toda causa de exclusão da ilicitude serve para afastar a presunção de que todo fato típico é ilícito.

Destaca-se que o ônus da prova é da defesa. Portanto, compete à defesa provar exclusão da ilicitude que ela alega.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

6.2. TERMINOLOGIAS

As causas de exclusão da ilicitude também são chamadas de:

- Causa de justificação;
- Justificantes
- Descriminantes
- Tipos penais permissivos
- Eximentes

Obs.: Eximentes não se confundem com dirimentes (causas excludentes da culpabilidade).

6.3. PREVISÃO LEGAL

6.3.1. Genéricas

São aquelas previstas na parte geral do Código Penal e aplicadas aos crimes em geral, são elas (art. 23):

- Estado de necessidade;
- Legitima defesa
- Estrito cumprimento do dever legal
- Exercício regular de direito.

> *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.*

6.3.2. Específicas

São as causas previstas na parte especial do Código Penal e na legislação penal especial, sendo aplicadas apenas para os crimes em que são expressamente previstas.

- Art. 128 do CP – hipóteses de aborto permitido

> *Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:*
> *Aborto necessário*
> *I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;*
> *Aborto no caso de gravidez resultante de estupro*
> *II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.*

- Art. 142 do CP – exclusão nos crimes contra honra

> *Art. 142 - Não constituem INJÚRIA ou DIFAMAÇÃO punível:*

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

> *I - a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador;*
> *II - a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;*
> *III - o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício.*

- Art. 37 da Lei 9.605/98 – modalidade específica de estado de necessidade

> *Art. 37. Não é crime o abate de animal, quando realizado:*
> *I - em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família;*
> *II - para proteger lavouras, pomares e rebanhos da ação predatória ou destruidora de animais, desde que legal e expressamente autorizado pela autoridade competente;*
> *III – ...*
> *IV - por ser nocivo o animal, desde que assim caracterizado pelo órgão competente.*

6.4. ELEMENTOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE

Elemento objetivos dizem respeito ao preenchimento dos requisitos exigidos pelo Direito Penal, a exemplo da agressão injusta, atual ou iminente, na legítima defesa (art. 25).

Elementos subjetivos dizem respeito à vontade do agente, ao seu conhecimento de que está atuando acobertado de uma causa excludente de ilicitude.

Para que as excludentes de ilicitude estejam presentes é necessária a presença dos elementos objetivos e subjetivos? Ou estando presente apenas elementos objetivos as causas excludentes já estarão caracterizadas?

1ªC – (Magalhães Noronha, Frederico Marques): as excludentes da ilicitude se esgotam nos elementos objetivos exigidos pela lei, não se exige do agente o conhecimento de agir acobertado.

2ªC – (Mirabete, Francisco de Assis Toledo e doutrina moderna) é necessário que o agente tenha o conhecimento que está agindo amparado por uma causa excludente da ilicitude,

além da presença dos elementos objetivos. Adotar em concursos.

6.5. CAUSAS SUPRALEGAIS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE

O Código Penal Português, em seu art. 31.1, expressamente prevê causas supralegais de exclusão da ilicitude.

O Código Penal brasileiro não proíbe e nem permite. Porém, é pacífico, na doutrina e na jurisprudência, que é possível a construção de causas supralegais, não previstas em lei, da exclusão da ilicitude.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Ressalta-se que para se admitir é imprescindível que se adote uma ilicitude material. Ademais, não há que se falar em desrespeito ao princípio da reserva legal (por ser uma supralegal), tendo em vista que as causas de exclusão são para beneficiar o réu (consagra-se o referido princípio). Adota-se, portanto, uma analogia *in bonam partem*.

6.5.1. Consentimento do ofendido

De acordo com Nelson Hungria, na elaboração do CP/40 o consentimento do ofendido estava previsto como uma causa de exclusão da ilicitude, mas por ser tão óbvio foi retirado. Por isso, acabou sendo considerado de forma pacífica como uma causa supralegal.

a) Aplicabilidade

Só é possível o consentimento do ofendido, como causa supralegal de exclusão da ilicitude, quando os **bens jurídicos forem disponíveis**, a exemplo de crimes contra o patrimônio, de crimes contra a honra, contra a liberdade individual.

Além disso, o titular do bem jurídico tutelado pela norma penal precisa ser **pessoa física ou jurídica**. Não existe consentimento quando o bem pertencer a uma coletividade (direito metaindividual).

b) Requisitos

É necessário que o consentimento do ofendido seja **expresso**, pouco importa a sua forma (verbal ou escrita).

QP: E o consentimento presumido é possível? A doutrina moderna tem admitido o consentimento presumido, em que o ofendido não se opõe.

O consentimento deve ser **livre**, não pode ser fruto de coação ou fraude.

Deve estar de acordo com a **moral e os bons costumes**.

Ressalta-se que consentimento deve ser **anterior a consumação do delito**.

Por fim, o ofendido precisa ser **pessoa capaz**.

c) Consentimento do ofendido e exclusão da tipicidade

Há certos crimes em que o tipo penal reclama o dissenso da vítima. Por exemplo, no estupro o núcleo é constranger (fazer algo contra a sua vontade), caso a vítima concorde não há crime, seu consentimento exclui a tipicidade. Portanto, nesses crimes o consentimento do

ofendido acaba excluindo a própria tipicidade.

A seguir, em tópicos separados, estudaremos cada uma das causas excludentes de ilicitudes: estado de necessidade, legítima defesa, estrito comprimento de dever legal e exercício regular de um direito.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

7. ESTADO DE NECESSIDADE

7.1. PREVISÃO LEGAL

O Estado de Necessidade (EN) está previsto no art. 24 do CP, observe:

> *Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato (típico) 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.*

7.2. NATUREZA JURÍDICA

Trata-se de uma causa legal (prevista em lei) e genérica (aplicada aos crimes em geral) de exclusão da ilicitude.

Para a doutrina, o estado de necessidade é um direito, caracterizado pelo conflito de interesses lícitos. Por exemplo, Pedro quebra o vidro de um carro para se esconder, a fim de fugir da perseguição de cachorros ferozes.

Há, ainda, quem defenda que o estado de direito é uma faculdade, eis que o agente pode escolher outros meios para se livrar do perigo.

Atualmente, é pacífico que o estado de necessidade é um direito subjetivo (frente ao Estado que não poderá punir) E uma faculdade (frente ao titular do bem jurídico).

7.3. TEORIAS

7.3.1. Teoria Unitária

Foi adotada pelo Código Penal.

Sustenta que o estado de necessidade somente pode ser admitido como causa excludente da ilicitude. Assim, ou exclui a ilicitude e não há crime ou não exclui e há crime.

O estado de necessidade exclui a ilicitude quando o bem jurídico preservado possui valor igual ou superior ao bem jurídico sacrificado.

Por exemplo:

- O agente preserva a própria vida sacrificando a vida aleia (valor igual);

- O agente preserva a própria vida sacrificando o patrimônio alheio (valor superior).

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Quando o bem jurídico for de menor valor do que o bem sacrificado, não há estado de necessidade, mas a pena será diminuída, nos termos do § 2º do art. 24 do CP.

> *Art. 24, § 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços*

7.3.2. Teoria Diferenciadora

Adotada pelo Código Penal Militar.

Há divisão do estado de necessidade em:

a) Estado de necessidade justificante – é aquele que exclui a ilicitude, ocorre quando o bem jurídico sacrificado é de valor igual ou inferior ao bem jurídico preservado. Previsto no art. 39 do CPM.

> ***CPM Art. 39**. Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa.*

b) Estado de necessidade exculpante – é aquele em que exclui a culpabilidade. Ocorre quando o bem jurídico sacrificado é de valor superior ao bem jurídico preservado. Trata-se, de inexigibilidade de conduta diversa. Previsto no art. 43 do CPM.

> ***CPM Art. 43**. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para preservar direito seu ou alheio, de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, por sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo.*

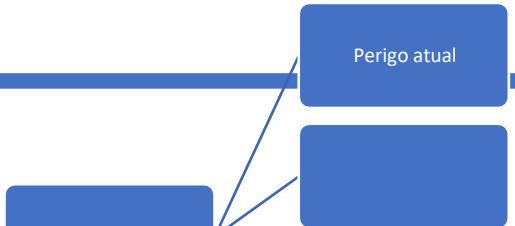
7.4. REQUISITOS

Os requisitos estão no *caput* e no §1º do art. 24, vejamos:

> *Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato (típico) 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.*

Pode-se dividir os requisitos em dois grupos: situação de necessidade e fato necessitado.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com



7.4.1. Situação de necessidade

É a situação de necessidade que autoriza o agente a praticar o fato necessitado.

a) PERIGO ATUAL

Entende-se por perigo a probabilidade de dano ao bem jurídico, não é necessária a efetiva lesão, basta que seja possível o dano.

O perigo poderá ser causado pela natureza, por seres irracionais (animal) ou por uma atividade humana. Além disso, o perigo deve ser efetivo, real, deve ser provado no caso concreto.

Ademais, perigo atual é aquele que está ocorrendo.

Indaga-se o perigo iminente (aquele que está prestes a ocorrer) caracteriza o estado de necessidade? Embora o CP tenha silenciado a respeito, a doutrina majoritária entende que o perigo iminente se equipara ao perigo atual, por isso autoriza o estado de necessidade.

Obs.: Rogério Sanches, diversamente de Cleber Masson, afirma que a maioria da doutrina entende que não haverá estado de necessidade quando o perigo for iminente, uma vez que o CP não previu tal hipótese (página 279 – Manual de Direito Penal – parte geral)

Perigo futuro (aquele que irá ocorrer) e perigo passado (aquele que já ocorreu) não autorizam o reconhecimento do estado de necessidade.

Rogério Grego afirma que: "*a razão se encontra* ***com a maioria dos autores****, que concluem que na expressão perigo atual também está incluído o perigo iminente. Somente afastará a referida causa de exclusão da ilicitude o perigo passado, ou seja, o perigo já ocorrido,*

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

bem como o perigo remoto ou futuro, em que não haja uma possibilidade quase que imediata de dano."

b) PERIGO NÃO PROVOCADO VOLUNTARIAMENTE PELO AGENTE

Quem, voluntariamente, cria uma situação de perigo não pode enfocar o estado de necessidade.

A expressão "voluntariamente" abrange a situação provocada por culpa do agente? Primeiramente, destaca-se que quando o perigo for provocado dolosamente pelo agente, obviamente, não caberá estado de necessidade. Em relação ao perigo provocado de forma culposa, a doutrina, amplamente majoritária, afirma que não caberá estado de necessidade, tendo em vista que no crime culposo, como visto acima, a conduta também é voluntária (apenas o resultado é involuntário). Além disso, ao art. 24 do CP deve ser interpretado em conjunto com o art. 13, § 2º, c, do CP (interpretação sistemática), aquele que cria uma situação de perigo tem o dever de evitar o resultado, portanto, não pode invocar estado de necessidade.

Obs.: Rogério Sanches, novamente, diversamente de Cleber Masson, afirma que a maioria da doutrina entende a expressão "voluntariamente" abrange apenas a conduta dolosa. Portanto, o perigo causado por culpa seria abrangido pelo estado de necessidade (página 280 – Manual de Direito Penal – parte geral)

c) AMEAÇA A DIREITO PRÓPRIO OU ALHEIO

Todo e qualquer direito próprio ou de terceiro pode ser protegido pelo estado de necessidade, a exemplo da vida, do patrimônio, da dignidade sexual. Obviamente, o direito precisa ser legítimo. Assim, um preso não pode matar o carcereiro para defender a sua liberdade.

Para agir em estado de necessidade de terceiro, precisa da prévia autorização deste?

1ª Corrente: Dispensa-se a autorização de terceiro, pois a lei não exige. PREVALECE.

2ª Corrente: dispensa-se a autorização do terceiro somente se o bem jurídico em perigo for INDISPONÍVEL. Greco (Minoritária).

d) AUSÊNCIA DO DEVER LEGAL DE ENFRENTAR O PERIGO

O §1º do art.24 do CP é claro ao prever que aquele que tem o dever legal de evitar o perigo não pode invocar estado de necessidade.

Aqui, a discussão gira em torno do alcance da expressão "dever legal". Novamente, é necessária uma interpretação sistemática do Direito Penal, utiliza-se o art. 13, §2º, a, b e c, do CP para definir as hipóteses de dever legal em que não será possível a alegação de estado de necessidade.



CP Art. 13
§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:
a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (não pode alegar EN)

.

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; (não pode alegar EN)
c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (não pode alegar EN)

7.4.2. Fato necessitado

a) INEVITABILIDADE DO PERIGO POR OUTRO MODO

O fato necessitado deve ser imprescindível para salvar o bem jurídico da situação de perigo. Havendo qualquer outra forma de preservar o bem jurídico, não se pode sacrificar bem alheio, inexistindo, assim, o estado de necessidade.

Chamado de *commodus discessus* (saída mais cômoda).

Com isso, pode-se afirmar que o estado de necessidade possui um caráter subsidiário, ou seja, só pode ser invocado em último caso.

b) PROPORCIONALIDADE

Considera os valores dos bens jurídicos em conflito. Por exemplo, não se pode sacrificar a vida alheia para proteger o patrimônio, mas se pode sacrificar patrimônio alheio para salvar a vida.

7.5. ESPÉCIES

7.5.1. Quanto ao bem sacrificado

O estado de necessidade pode ser:

a) Justificante

O bem sacrificado é de valor igual ou inferior ao bem preservado.

O Código Penal adota a Teoria Unitária, logo, só se admite no Direito Penal o estado de necessidade justificante.

b) Exculpante

É causa de exclusão da culpabilidade, eis que caracteriza situação de inexigibilidade conduta diversa.

O bem sacrificado é de valor superior ao bem preservado.

É adotada pelo Código Penal Militar (Teoria Diferenciadora)

Obs.: No Código Penal é causa de diminuição de pena.

Para fixação, observe a tabela retirada do Livro Manual de Direito Penal (Rogério Sanches):

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

	PROPORCIONALIDADE		
	BEM PROTEGIDO	BEM SACRIFICADO	ESTADO DE NECESSIDADE
Teoria Diferenciadora	Valor igual ou maior	Valor menor ou igual	Justificante

	Valor menor	Valor maior	Exculpante
Teoria Unitária	Valor maior ou igual	Valor menor	Justificante
	Valor menor	Valor maior	Causa de diminuição de pena

7.5.2. Quanto à titularidade do bem preservado

a) Próprio

O agente sacrifica um bem jurídico de terceira pessoa para preservar um bem jurídico de que é titular.

b) De terceiros

O agente sacrifica um bem jurídico de terceira pessoa para preservar bem jurídico alheio.

Está fundamentado no princípio da solidariedade humana.

7.5.3. Quanto à origem da situação de perigo

a) Agressivo

O agente sacrifica bem jurídico pertencente a terceiro inocente (aquele que não causou a situação de perigo).

OBS: É lítico no Direito Penal e lícito no Direito Civil. No entanto, o agente terá de reparar o dano causado ao terceiro, podendo entrar com ação regressiva contra o causador do perigo.

É tratado pelos art. 929 e 930 do Código Civil, observe:

> *CC*
> *Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.*
> *Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.*

b) Defensivo

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

O agente sacrifica um bem jurídico pertencente ao causador do perigo.

Não há, aqui, a obrigação de indenizar os prejuízos causados.

7.5.4. Quanto ao aspecto subjetivo do agente

a) Real

Todos os requisitos legais do estado de necessidade estão presentes.

b) Putativo

O agente pensa que os requisitos legais estão presentes, mas, na realidade, não estão.

Trata-se de descriminante putativa (veremos os efeitos no estudo da culpabilidade).

7.6. ESTADO DE NECESSIDADE RECÍPROCO

Ocorre quando duas ou mais pessoas estão, simultaneamente, em estado de necessidade.

Não há crime para ninguém, todos são acobertados pela excludente de ilicitude.

7.7. COMUNICABILIDADE DO ESTADO DE NECESSIDADE

O estado de necessidade possui natureza objetiva, por isso se comunica para todos os envolvidos na prática do fato típico. Desta forma, excluindo o crime para um irá excluir para todos.

8. LEGÍTIMA DEFESA

8.1. PREVISÃO LEGAL

Está prevista no art. 25 do CP, observe:

> *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.*
> *Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.*

8.2. NATUREZA JURÍDICA

Trata-se de causa legal e genérica de exclusão da ilicitude.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

8.3. FUNDAMENTO

O instinto de defesa é inerente ao ser humano. O ideal seria que o Estado estive presente em todos os momentos para defender o cidadão, mas diante da sua ausência, conferiu ao indivíduo o direito de se defender.

8.4. REQUISITOS

Inicialmente, salienta-se que os requisitos da legítima defesa são cumulativos.

8.4.1. Agressão injusta

Agressão é uma atividade exclusiva do ser humano, podendo ser uma ação ou omissão, consciente e voluntária, que lesa um bem jurídico. Portanto, só haverá legítima defesa contra condutas de seres humanos (quando causada por animal será estado de necessidade).

A agressão injusta é aquela que o ser humano não está obrigado a suportar. Em regra, será um crime doloso ou culposo.

Obs1.: quando o animal for usado como instrumento do crime (o dono manda que ataque) poderá haver legítima defesa.

Obs2.: a agressão injusta pode ser causada por inimputáveis.

8.4.2. Agressão atual e iminente

O Código Penal prevê que a agressão deve ser atual (está ocorrendo) ou iminente (prestes a ocorrer). Não se admite legítima defesa contra agressão futura (remota) e contra agressão passada (pretérita).

No entanto, se apesar de futura a agressão for CERTA, o que ocorre? Exemplo: preso jura de morte um promotor. O promotor, sabendo que ia ser morto, age e mata antes o preso. Há exclusão da ilicitude? NÃO exclui ilicitude, mas pode configurar inexigibilidade de conduta diversa, podendo excluir a CULPABILIDADE. Ninguém é obrigado a esperar a iminência de sua morte.

8.4.3. Agressão a direito próprio ou alheio

Admite-se legítima defesa própria e legítima defesa de terceiro.

Todo e qualquer bem (vida, patrimônio, honra, dignidade sexual) pode ser defendido pela legítima defesa. Inclusive, é possível legítima defesa de bem pertencente à pessoa jurídica, bem como do feto, do cadáver e contra o próprio titular do bem jurídico (impedir que se drogue).

8.4.4. Reação com os meios necessários

São os aqueles que o agente possui a sua disposição, naquele momento, para repelir agressão injusta.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Não se exige análise milimétrica. Deve ser feita no caso concreto, considerando-se quais os objetos o agente possuía para repelir a injusta agressão. Caso o agente utilize meio desnecessário, estará caracterizado o excesso. O agente irá responder pelo excesso seja ele doloso ou culposo.

Na legítima defesa não se exige o *commodus discessus*. Ou seja, que o agente utilize uma saída menos lesiva para repelir a agressão injusta. O direito não pode exigir que ninguém seja pusilânime (covarde), segundo Nelson Hungria.

8.4.5. Uso moderado dos meios necessários

Trata-se da aplicação da proporcionalidade tanto na reação quanto no bem jurídico tutelado.

Considera-se meio necessário o menos lesivo dentre os meios à disposição do agredido no momento da agressão, suficiente para repelir o comportamento injusto. MENOS LESIVO + SUFICIÊNCIA.

Por exemplo, a pessoa vai agredir com uma faca. O agente possui a disposição, para repelir a agressão, sua habilidade física, uma pedra, um revólver calibre 38 e uma bazuca. O meio

menos lesivo seria a habilidade física, que é incapaz diante de faca no lado oposto; a pedra também é incapaz frente a uma faca; restam o revólver 38 e a bazuca, sendo que ambos são capazes de fazer frente e sobrepujar a faca. No entanto, o menos lesivo é o revólver calibre 38.

Uso moderado: Se a pessoa vem com uma faca em direção a uma pessoa com uma pistola, não pode a pessoa com a pistola já dar um tiro na testa da outra. O ideal é usar moderadamente o meio de repulsão da agressão: primeiramente, tiro no chão, depois nos membros inferiores, e assim por diante.

Cabe salientar que, conforme lembrava o mestre Nelson Hungria, a moderação não será pesada com "balança de farmácia". No caso concreto, deverão ser analisados os elementos na situação fática.

8.5. LEGÍTIMA DEFESA DOS AGENTES DE SEGURANÇA

A Lei 13.964/2019 inseriu o parágrafo único ao art. 25 do Código Penal, a fim de tratar da legítima defesa (excludente de ilicitude) do agente de segurança pública. Observe:

> *Art. 25, Parágrafo único.* ***Observados os requisitos previstos no caput*** *deste artigo, considera-se* ***também em legítima defesa*** *o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

De acordo com a doutrina, a inclusão do parágrafo único foi desnecessária, tendo em vista que a legítima defesa já era aplicada a todas as pessoas, incluindo os agentes de segurança pública. Trata-se, portanto, de uma medida política e cooperativista. Há redundância, veja que o parágrafo único condiciona a legítima defesa aos "requisitos previstos no *caput* deste artigo",

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

presentes tais requisitos, a legítima defesa estará caracterizada, englobando qualquer pessoa que tenha agido amparada pela excludente da ilicitude.

Salienta-se que se trata de legítima defesa de terceiro e não de estrito cumprimento de dever legal, tendo em vista que não há nenhuma norma determinado que o policial "mate" alguém para repelir agressão ou risco de agressão, por isso se pune o excesso.

A definição de quem deve ser compreendido como agente de segurança pública está contida no art. 144 da CF. Vejamos:

> *Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:*
> *I - polícia federal;*
> *II - polícia rodoviária federal;*
> *III - polícia ferroviária federal;*
> *IV - polícias civis;*
> *V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.*
> *VI - polícias penais federal, estaduais e distrital. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 104, de 2019)*

Além disso, inclui-se como agente de segurança pública as guardas municipais. Por outro lado, não estão incluídos os integrantes da polícia legislativa.

8.6. LEGÍTIMA DEFESA E VINGANÇA

A legítima defesa (e as excludentes da ilicitude em geral) dependem dos requisitos objetivos indicados em lei. Além disso, reclama um elemento subjetivo: vontade de se defender.

Com isso, é possível afirmar que, em um primeiro momento, a legítima defesa e a vingança são incompatíveis, tendo em vista que a vontade do agente não é de se defender (falta o elemento subjetivo), mas sim de se vingar.

Contudo, nada impede que o agente aproveite de um momento de legítima defesa para se vingar do agressor. Nesse caso, a vingança não exclui a legítima defesa, pois presentes os elementos objetivos e subjetivos.

8.7. LEGÍTIMA DEFESA E DESAFIO

O desafio, o duelo, o convite para a luta excluem a legítima defesa. Cada agente irá responder pelos atos que praticou.

8.8. ESPÉCIES

8.8.1. Quanto à forma de reação

a) Agressiva ou ativa



.

A reação contra a agressão injusta constitui um fato previsto como agressão penal.

Exemplo: matar agressor.

b) Defensiva ou passiva

O sujeito limita-se a conter a agressão injusta, sem praticar um fato definido como crime ou contravenção penal.

Exemplo: imobilizar o agressor.

8.8.2. Quanto à titularidade do bem jurídico protegido

a) Própria

O agente defende um bem jurídico da sua titularidade.

b) De terceiro

O agente defende um bem jurídico pertencente à terceira pessoa.

8.8.3. Quanto ao aspecto subjetivo de quem se defende

a) Real

É aquela em todos os requisitos do art. 25 do CP estão presentes. É causa de exclusão da

ilicitude do fato.

b) Putativa (imaginária)

É aquela em que o agente acredita que estão presentes os requisitos do art. 25 do CP. Por erro, supõe uma situação de legítima defesa, que na verdade não existe.

É hipótese de descriminante putativa (veremos adiante).

c) Subjetiva ou excessiva

É aquela que o agente por erro escusável (aceitável, justificável) ultrapassa os limites da legítima defesa.

Também conhecida como excesso acidental.

8.8.4. Legítima defesa presumida

Não existe legítima defesa presumida, deve ser provada no caso concreto.

8.8.5. Legítima defesa sucessiva

É a reação contra o excesso na legítima defesa. Há, na realidade, uma legítima defesa na legítima defesa.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

8.9. LEGÍTIMA DEFESA E *ABERRATIO* ICTUS

Aberratio ictus é o erro na execução, a exemplo do agente que por erro de pontaria atinge pessoa diversa da desejada.

A legítima defesa é compatível com a *aberratio ictus*. Portanto, o erro na execução não exclui a legítima defesa.

8.10. LEGÍTIMA DEFESA x ESTADO DE NECESSIDADE

	LEGÍTIMA DEFESA	ESTADO DE NECESSIDADE
Natureza jurídica	Causa excludente da ilicitude	
Finalidade	Afastar perigo a bem jurídico próprio ou de terceiros.	
Previsão legal	Art. 25 do CP	Art. 24 do CP
Perigo	Fruto de uma agressão injusta (atividade exclusiva do ser humano)	Não há agressão injusta. Existe uma situação de perigo causada pela natureza, por seres irracionais ou por atividade humana.
Reação	Voltada contra o agressor	Voltada contra o causador do perigo ou contra terceiro inocente.

8.11. SIMULTANEIDADE ENTRE LEGÍTIMA DEFESA E ESTADO DE NECESSIDADE

É, perfeitamente, possível a coexistência entre legítima defesa e estado de necessidade, estando presente os requisitos legais.

Por exemplo, “A” corre atrás de “B” com um facão, com o intuito de matá-lo. “B” está sem nenhum objeto para se defender, avista uma viatura da polícia com uma arma dando bobeira no banco do carona. Imediatamente, furta a arma e continua correndo por mais 500m. Com a proximidade de “A”, “B” acaba disparando. Perceba que “B” agiu em legítima defesa ao atirar em “A” e em estado de necessidade ao furtar a arma.

8.12. LEGÍTIMA DEFESA E RELAÇÃO COM OUTRAS EXCLUDENTES

8.12.1. <u>Admissibilidade</u>

São casos em que a legítima defesa “convive” com outras excludentes.

a) Legítima defesa real X Legítima defesa putativa

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Como vimos, a legítima defesa real pressupõe uma agressão injusta e a legítima defesa putativa é uma agressão injusta. Desta forma, é perfeitamente possível que o agente atue em legítima defesa contra um sujeito que está agindo em legítima defesa putativa.

Por exemplo, indivíduo que saca uma faca achando que será assaltado (legítima defesa putativa). A vítima, suposto assaltante, em legítima defesa real atira contra o indivíduo que estava com a faca.

b) Legítima defesa putativa recíproca

É a legítima defesa putativa contra a legítima defesa putativa, os dois estão provocando uma agressão injusta.

c) Legítima defesa real X Legítima defesa subjetiva (excesso)

Inicialmente, havia a legítima defesa real, o agente acaba se excedendo e o suposto agressor, para se defender do excesso, age em legítima defesa subjetiva.

d) Legítima defesa real X Legítima defesa culposa

É perfeitamente possível, a legítima defesa preocupa-se apenas com o caráter injusto da agressão, não se preocupa com o elemento subjetivo do agente.

e) Legítima defesa real contra conduta amparada por excludente da culpabilidade

De acordo com Cleber Masson, será sempre possível legítima defesa contra uma agressão que, embora injusta, esteja acobertada por qualquer causa de exclusão da culpabilidade.

8.12.2. <u>Inadmissibilidade</u>

Hipóteses em que não se admite a existência da legítima defesa e de outras excludentes.

a) Legítima defesa real recíproca

Como vimos, o primeiro requisito da legítima defesa é a agressão injusta. Logo, havendo agressão injusta haverá uma agressão justa, por isso incabível.

b) Legítima defesa real contra outra causa excludente de ilicitude real

Mesmo fundamento acima.

9. ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

9.1. NATUREZA JURÍDICA

É causa de exclusão da ilicitude.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

9.2. CONCEITO

O Código Penal não definiu o que seria estrito cumprimento do dever legal. De acordo com a doutrina, é a excludente da ilicitude que consiste na prática de um fato típico em razão de o agente cumprir uma ordem decorrente de lei penal ou extrapenal.

9.3. FUNDAMENTO

Seria incoerente que a lei impusesse a obrigação de cumprir determinada ordem e, posteriormente, incriminasse tal conduta.

Por exemplo, determina-se que o oficial de justiça cumpra mandado de busca e apreensão e, posteriormente, o incrimina por furto. Não há lógica.

9.4. DEVER LEGAL

É qualquer obrigação direta ou indiretamente resultante de lei (em sentido genérico, qualquer ordem/comando normativo emanado do Estado, a exemplo da lei sentido estrito, decretos, portarias, regulamentos em geral e decisões judiciais).

Destaca-se que a excludente não abrange outros tipos de deveres, como por exemplo um dever ético, político, moral, religioso.

9.5. DESTINATÁRIOS DA EXCLUDENTE

CP).
Em regra, a excludente é destinada ao funcionário público, em sentido amplo (art. 327 do

Contudo, nada impede que a excludente beneficie o particular quando ele atua em estrito cumprimento do dever legal. Por exemplo, o advogado que mantém segredo das conversas com seus clientes.

9.6. LIMITES DA EXCLUDENTE

Todo e qualquer direito é limitado no seu alcance e disciplinado na sua execução. A forma de cumprimento do dever legal também segue certos limites, quando são ultrapassados surge o excesso. Podendo, inclusive, caracterizar um abuso de autoridade.

Além disso, o excesso de quem está cumprindo um dever legal gera o direito à legítima defesa.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

9.7. INCOMPATIBILIDADE COM OS CRIMES CULPOSOS

O estrito cumprimento de um dever legal é incompatível com os crimes culposos, pois a lei não obriga ninguém a ser imprudente, negligente ou imperito.

Ressalta-se que o crime culposo poderá ser alcançado pelo estado de necessidade, na análise do caso concreto. Cita-se, como exemplo, o policial que está levando uma vítima ferida ao hospital, mas devido ao excesso de velocidade, acaba atropelando uma pessoa. Perceba que sua ação não está acobertada pelo estrito cumprimento do dever legal, mas está pelo estado de necessidade de terceiro.

Obs.: O policial que na troca de tiros mata o criminoso não está amparado pelo estrito cumprimento de um dever legal (a lei não impõe isso), mas sim amparado pela legítima defesa.

9.8. COMUNICABILIDADE DA EXCLUDENTE

O estrito cumprimento do dever legal possui natureza objetiva, assim se comunica com os demais, na hipótese de concurso de pessoas.

10. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

10.1. NATUREZA JURÍDICA

É uma causa legal e genérica de exclusão da ilicitude.

10.2. CONCEITO

O direito é um só, sua divisão é meramente didática. Assim, por exemplo, o exercício regular de um direito no Direito Civil não pode ser considerado um crime para o Direito Penal.

Rogério Sanches afirma que "*o exercício regular de um direito compreende ações de um cidadão comum, autorizadas pela existência de um direito definido em lei e condicionadas à regularidade do exercício desse direito (proporcionalidade e indispensabilidade)*."

10.3. LIMITES DA EXCLUDENTE

O exercício regular de um direito não admite seu abuso (caracteriza o excesso). Desta forma, ao abusar de um direito o agente pode praticar um crime ou abrir espaço para a legitima

defesa, pois se trata de uma agressão injusta.

Por exemplo, pais que extrapolam no dever de educação dos filhos, batendo e/ou humilhando.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

10.4. COSTUMES

Costume é a repetição de um comportamento em face da convicção da sua obrigatoriedade.

Quando se fala em exercício regular de um direito, deve ser um direito direta ou indiretamente previsto em lei. Por isso, prevalece na doutrina que a prática de um fato típico, albergada por um costume, constitui crime. Não se reconhece a excludente.

Frederico Marques, em posição minoritária, admitia o exercício regular de um direito com fundamento em um costume. Como exemplo, citava os trotes acadêmicos (para Masson, não há crime devido à ausência de dolo).

10.5. LESÕES EM ATIVIDADES ESPORTIVAS

Alguns esportes acarretam lesão corporal, a exemplo de um simples jogo de futebol. Nestes casos, não há crime, tendo em vista a incidência da excludente do exercício regular de um direito.

Os esportes, em geral, são reconhecidos e incentivados pelo Estado, por isso não se pode incriminar as lesões normais, inerentes à atividade esportiva.

Havendo excesso poderá constituir crime.

10.6. INTERVENÇÕES MÉDICAS OU CIRÚRGICAS

A medicina é uma atividade reconhecida pelo Estado, visa preservar a saúde das pessoas. Por isso, não há crime nas intervenções médicas ou cirúrgicas pelo exercício regular de um direito.

Importe que haja o consentimento do paciente ou de seu representante legal. Quando não há o consentimento, haverá, em regra, o estado de necessidade de terceiro.

Por exemplo, é o caso do paciente Testemunha de Jeová, que não aceita transfusão de sangue, mesmo assim é submetido pelo médico. A conduta do médico estará acobertada pelo estado de necessidade de terceiros, pois para o Direito Penal o direito à vida se sobrepõe a convicções religiosas.

10.7. OFENDÍCULAS, OFENDÍCULOS OU OFENSÁCLAS

10.7.1. Conceito

São meios defensivos da propriedade, da segurança familiar e da inviolabilidade domiciliar. Cita-se, como exemplo, a cerca elétrica, cacos de vidro no muro, pregos no muro.

Ressalta-se que as ofendículas devem ser visíveis, pois funcionam como um meio de advertência e não como meio de atacar as pessoas.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

10.7.2. Natureza jurídica

1ª Corrente (Aníbal Bruno e maioria da doutrina moderna) – trata-se de um exercício regular de um direito. É majoritária.

2ª Corrente (Magalhães Noronha, Frederico Marques) – trata-se de legítima defesa preordenada, pois o preparado da ofendícula é prévio, mas só irá funcionar havendo agressão injusta.

10.8. MEIOS MECÂNICOS PREDISPOSTOS DE DEFESA DA PROPRIEDADE

Não se confundem com as ofendículas, as quais precisam estar visíveis.

Os meios mecânicos são ocultos, por isso, em regra, caracterizam o excesso. O agente deverá responder pelo excesso seja doloso seja culposo.

10.9. ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL x EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

	ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL	EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO
Natureza	É compulsório, o agente está obrigado a cumprir o mandamento legal	É facultativo, o ordenamento jurídico autoriza o agente a atuar, mas a ele pertence a opção entre exercer ou não o direito assegurado.
Origem	Na lei, direta ou indiretamente	Na lei, em regulamentos, e, para parte da doutrina, inclusive nos costumes.

11. EXCESSO

11.1. INTRODUÇÃO

Todas excludentes de ilicitude possuem limites impostos pela lei, os quais dever ser observados pelo agente. O desrespeito aos limites gera o excesso, devendo o agente responder.

11.2. DISPOSITIVO LEGAL

Está previsto no parágrafo único do art. 23 do CP, vejamos:

> *Art. 23, Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.*

11.3. ALCANCE

Aplicado à legítima defesa, ao estado de necessidade, ao exercício regular de um direito e ao estrito cumprimento de um dever legal.

11.4. CONCEITO

Excesso é a intensificação, desnecessária, de um fato típico, inicialmente, acobertado por uma excludente da ilicitude. Desta forma, pode-se afirmar que para haver excesso haverá, antes, uma causa que exclui a ilicitude do agente.

11.5. ESPÉCIES

11.5.1. Doloso ou consciente

É o excesso voluntário, proposital. O agente quer extrapolar os limites da excludente da ilicitude.

Consequência: o agente responde pelo crime doloso praticado.

11.5.2. Culposo ou inconsciente

Deriva de imprudência, negligência ou imperícia do agente.

Consequência: o agente responde pelo crime culposo, desde que previsto em lei.

11.5.3. Fortuito ou acidental

São acontecimentos imprevisíveis que escapam do controle da vontade humana.

Consequência: por ser penalmente irrelevante o agente não responde.

11.5.4. Exculpante

Deriva de uma perturbação de ânimo do agente, é provado por uma situação de medo, de susto, em que o agente está inserido.

O Código Penal não trata do excesso exculpante. A doutrina, em sua maioria, considera muito vago, por isso não admite. Contudo, há quem defenda sua aplicação.

Consequência: para os adeptos, exclui a culpabilidade do agente por uma situação de inexigibilidade conduta diversa (art. 45 do CPM).

Art. 45. O agente que, em qualquer dos casos de exclusão de crime, excede culposamente os limites da necessidade, responde pelo fato, se este é punível, a título de culpa.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

11.5.5. Intensivo ou próprio

Ocorre quando ainda estão presentes os requisitos da excludente da ilicitude.

11.5.6. Extensivo ou impróprio

É aquele em que não existe mais uma situação de exclusão da ilicitude.

Prevalece na doutrina que não se trata de excesso, mas sim um crime autônomo.



CULPABILIDADE

1. NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica da culpabilidade irá variar de acordo com o sistema penal adotado e com o conceito analítico de crime que se adota.

- Para os tripartidos (clássico, neoclássicos ou finalistas), a culpabilidade é elemento do crime.
- Para os bipartidos (necessariamente finalista), a culpabilidade é um pressuposto para aplicação da pena.

2. CONCEITO

A culpabilidade é um juízo de reprovabilidade (de censura) sobre a formação e a manifestação de vontade do agente, pelo qual se conclui se o sujeito envolvido na prática de uma infração penal deve ou não suportar uma pena.

A culpabilidade é do agente, já o fato típico e a ilicitude são do fato.

3. TEORIAS DA CULPABILIDADE

3.1. TEORIA PSICOLÓGICA

É a teoria do sistema clássico, defende que a culpabilidade é um vínculo psicológico entre o agente imputável e o fato típico ilícito.

Sustenta que a culpabilidade possui duas espécies: o dolo e a culpa. Além disso, prevê a imputabilidade como o único elemento da culpabilidade.

CRÍTICAS: o erro desta teoria foi reunir como espécies fenômenos completamente diferentes: dolo (querer), culpa (não querer).

3.2. TEORIA PSICOLÓGICA-NORMATIVA

É a teoria do sistema neoclássico, entende que a culpabilidade é formada por dolo

normativo (consciência atual da ilicitude, vontade) ou culpa, pela imputabilidade e pela inexigibilidade de conduta diversa.

CRÍTICAS: o dolo e a culpa não podem estar na culpabilidade, mas fora dela, para sofrerem a incidência do juízo de censurabilidade (só se pode censurar o que está fora).

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

3.3. TEORIA NORMATIVA PURA

É a teoria do sistema finalista, sustenta que a culpabilidade é composta por imputabilidade, inexigibilidade de conduta diversa e pelo potencial consciência da ilicitude.

A partir da reforma da parte geral, o Código Penal, adotou a Teoria Normativa Pura (culpabilidade vazia, pois dolo e culpa passam a integrar o fato típico).

Divide-se em:

- Teoria normativa pura extremada
- Teoria normativa pura limitada

Ressalta-se que a estrutura da culpabilidade é a mesma nas duas teorias, diferem-se apenas quanto ao tratamento dispensado às descriminantes putativas (aprofundaremos adiante).

Lembrar: a Teoria Extremada (normativa pura – base finalista) é assim chamada – extremada – porque considera as três espécies de erro nas descriminantes putativas como ERRO DE PROIBIÇÃO (exagerada, extremada!). Enquanto a Teoria Limitada (normativa pura - base finalista também) considera apenas as duas primeiras espécies de erro nas descriminantes putativas (erro quanto à autorização/quanto aos limites) erro de proibição, sendo a última (erro quanto aos pressupostos fáticos) um ERRO DE TIPO. Portanto, ponderada, limitada.

4. COCULPABILIDADE

Desenvolvida por Zaffaroni.

Coculpabilidade é uma aglutinação das palavras concorrências e culpabilidade. Além da culpabilidade do agente existe uma outra culpabilidade, que concorre para a culpabilidade do agente.

De acordo com Zaffaroni, na vida as pessoas não tiveram, não têm e nunca terão as mesmas oportunidades de condição, de educação, de afeto, de dinheiro. Para pessoas que nasceram em uma família desestruturada, sem apoio, o crime é mais atraente do que para as pessoas que cresceram em um ambiente saudável. Salienta que o fato de o crime ser mais atraente, não o autoriza. O agente terá culpabilidade, mas a família que se omitiu, a sociedade que nunca lhe estendeu a mão, o Estado que não cumpriu o seu papel também serão culpáveis.

Indaga-se: mesmo sem previsão legal, admite-se a Teoria da Coculpabilidade?

1ªCorrente – sim, pode ser admitida como uma atenuante inominada, com fundamento no art. 66 do CP.

> *Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.*

.

2ªCorrente – não poderá ser admitida no Brasil, pois usa discursos sociais para estimular a prática do crime. É a posição do STJ (HC 187.132).

Em 2012, o MP/MG, na segunda fase, indagou o que seria Coculpabilidade às avessas e suas perspectivas fundamentais.

É uma criação brasileira, não é citada por Zaffaroni. Suas perspectivas são:

- Identificação crítica da seletividade do sistema penal e incriminação da vulnerabilidade. Ou seja, o Direito Penal reconhece que seleciona para punir as pessoas mais excluídas da sociedade;
- Reprovação penal severa dos crimes praticados por pessoas dotadas de elevado poder econômico

5. DIRIMENTES

São as causas excludentes da culpabilidade.

A culpabilidade é composta por três elementos, quais sejam:

- Imputabilidade
- Potencial consciência da ilicitude
- Inexigibilidade de conduta diversa.

Os três elementos possuem dirimentes legais, são elas:



Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

6. IMPUTABILIDADE

6.1. INTRODUÇÃO

A imputabilidade é e sempre foi o primeiro elemento da culpabilidade. Ressalta-se que para todas as teorias da culpabilidade (psicológica, psicológica-normativa e normativa-pura) a imputabilidade sempre integrou a culpabilidade.

6.2. CONCEITO

O Código Penal não definiu o que seria a imputabilidade. Há, em seu art. 26, *caput*, o conceito de inimputabilidade (falta de imputabilidade), com base nisso se pode definir a imputabilidade como a capacidade mental de entender o caráter ilícito do fato de querer (autodeterminação) o seu resultado.

A imputabilidade é formada por dois elementos, são eles:

- Elemento intelectivo – capacidade de entender o caráter ilícito do fato
- Elemento volitivo – capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O Direito brasileiro, no tocante à imputabilidade penal, adota um critério cronológico. Ou seja, toda pessoa, a partir da data em que completa 18 anos de idade, é presumidamente imputável.

6.3. MOMENTO PARA ANÁLISE

De acordo com o *caput*, do art. 26 do CP, a imputabilidade é analisada no momento da ação ou da omissão. As alterações posteriores são irrelevantes.

> *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.*

É um desdobramento da Teoria da Atividade, adotada pelo Código Penal para o tempo do crime.

Caso o agente, após a ação ou a omissão, torne-se inimputável deve-se aplicar o art. 152, do CPP, a fim de que o processo seja suspenso.

> *Art. 152. Se se verificar que a doença mental sobreveio à infração o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça, observado o § 2o do art. 149.*

@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

6.4. INIMPUTABILIDADE

É a falta da imputabilidade, poderá ocorrer quando houver:

a) Menoridade
b) Doença mental
c) Desenvolvimento mental incompleto

d) Desenvolvimento mental retardado
e) Embriaguez completa fortuita ou acidental

6.5. SISTEMAS PARA IDENTIFICAÇÃO DA INIMPUTABILIDADE

6.5.1. Biológico

Para alguém ser inimputável, basta uma causa mental deficiente. Apresentando qualquer causa de deficiência mental a pessoa será considera inimputável.

CP adotou como exceção para a menoridade.

6.5.2. Psicológico

Basta que a pessoa apresente uma alteração de comportamento no momento da conduta para ser inimputável.

CP adotou como exceção para a embriaguez completa fortuita ou acidental.

6.5.3. Biopsicológico

É a fusão dos sistemas anteriores.

Entende que para alguém ser inimputável é necessário que possua uma enfermidade mental que altera o seu comportamento, no momento da conduta.

Em regra, o Brasil adota o sistema biopsicológico (art. 26, *caput*, do CP).

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

6.6. CAUSAS DE INIMPUTABILIDADE

6.6.1. Menoridade

Em relação à menoridade, adota-se o sistema biológico, nos termos do art. 228 da CF e art. 27 do CP, vejamos:

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

> *CF - Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.*
>
> *CP Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.*

Os menores de 18 anos são inimputáveis, não se sujeitam à Justiça Penal, respondem pela sistemática do ECA. Serão processados e julgados por atos infracionais perante a Justiça da Infância e da Juventude.

Há, aqui, uma presunção absoluta de imputabilidade.

A prova da menoridade deve ser feita por qualquer documento hábil, conforme Súmula 74 do STJ:

> *Súmula 74 STJ – Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil.*

A emancipação civil do menor de 18 anos não alterada em nada a inimputabilidade penal. Desta forma, o menor de 18 anos é capaz para o Direito Civil, mas inimputável para o Direito Penal.

Destaca-se que nos crimes permanentes (aquele em que a consumação se prolonga no tempo pela vontade do agente, a exemplo da extorsão mediante sequestro), mesmo que o início tenha ocorrido quando o agente era menor, sobrevindo a maioridade, ainda na permanência do crime, será considerado imputável (HC 169.510 STJ).



> *HC 169.519 STJ - DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. QUADRILHA OU BANDO. CRIMES PERMANENTES. PACIENTE QUE COMPLETOU 18 (DEZOITO) DURANTE A CONSUMAÇÃO DOS DELITOS. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. 1. Os crimes descritos no art. 159, 1º, e art. 288, parágrafo único, do Código Penal, são permanentes. Em consequência, se o menor atingir a idade de 18 (dezoito) anos enquanto os delitos se encontrarem em plena consumação, será por eles responsabilizado. 2. No caso, não obstante os atos executórios tenham se iniciado em 22 de setembro de 2004, findaram-se apenas em 9 de novembro de 2004, quando o paciente já havia atingido a maioridade (3/10/2004), não havendo que se cogitar de inimputabilidade. 3. Habeas corpus denegado.*

Por fim, salienta-se que o Código Penal Militar, em seu art. 50 prevê a imputabilidade para os maiores de 16 anos em determinadas situações, mas tal previsão não foi recepcionada pela CF.

> *Art. 50. O menor de dezoito anos é inimputável, salvo se, já tendo completado dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico*

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

> *para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade.*

6.6.2. Doença mental

A expressão “doença mental” deve ser interpretada em sentido amplo, englobando todas as doenças congénitas (o agente nasceu com ela) ou adquiridas, permanentes ou transitórias, patológicas ou toxicológica (dependente químico). Basta que esteja presente no momento da conduta.

Alguns problemas físicos também causam doenças mentais, a exemplo dos delírios febris dos pneumónicos.

Ressalta-se que o doente mental permanente, que pratica a conduta durante um intervalo de lucidez, deve ser tratado como imputável. Trata-se de um reflexo do sistema biopsicológico.

6.6.3. Desenvolvimento mental incompleto e desenvolvimento mental retardado

Adota-se o sistema biopsicológico.

No desenvolvimento penal incompleto a pessoa completou 18 anos, mas ainda não atingiu a plena capacidade mental para fins penais. Cita-se, como exemplo, os indígenas.

Igualmente, no desenvolvimento mental retardado o agente ainda não possui plena capacidade, pois possui uma lentidão. Por exemplo, surdo-mudo.

A análise, aqui, depende do caso concreto. Será realizada perícia (veremos no próximo item) que determinará se o agente é imputável, semi-imputável ou inimputável.

6.7. PERÍCIA MÉDICA

Como visto, em regra, o Código Penal adota o Sistema Biopsicológico. Neste contexto, a perícia médica funciona como um meio legal de prova da inimputabilidade.

Desta forma, a perícia médica (incidente de insanidade mental) é obrigatória para provar a inimputabilidade ou a semi-imputabilidade de um maior de 18 anos.

Em relação ao incidente de insanidade mental, destacamos alguns pontos pertinentes, observe:

- Pode ser instaurado de ofício pelo juiz ou mediante provocação de uma das partes, inclusivo do próprio réu;
- O juiz não é obrigado a instaurá-lo, quando provocado, deve haver uma fundada suspeita;
- Após o deferimento, terá início por meio de portaria;
- Tanto o juiz como as partes apresentam quesitos (perguntas) que serão respondidos pelo perito;

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

- A tramitação ocorre em autos apartados, ou seja, não corre nos autos da própria ação penal;
- Enquanto não concluído, o processo fica suspenso;
- Não é apto a suspender a prescrição, pois seria prejudicial ao réu, tendo em vista que dificulta a extinção da punibilidade do réu;
- A conclusão do laudo pericial NÃO vincula a decisão do juiz, nos termos do art. 182 do CPP. O juiz é o perito dos peritos (*peritum peritorum*). Discordando, o juiz rejeita o laudo e nomeia novo perito.

> *Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.*

6.8. EFEITOS DA INIMPUTABILIDADE

Com exceção dos menores de 18 anos (processado e julgados seguindo o regime do

ECA), os inimputáveis são processados e julgados pela justiça penal.

A sentença proferida contra o inimputável será absolutória. O inimputável NUNCA será condenado, tendo em vista que sem culpabilidade não se aplica penal.

A sentença absolutória poderá ser:

- Própria – absolvição pura e simples, o juiz absolve e não aplica nenhuma sanção penal;
- Imprópria – é a "condenação" do inimputável, o juiz irá absolver o réu e aplicar uma medida de segurança, nos termos do art. 386, parágrafo único, III, do CPP.

> *Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:*
> *Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz:*
> *III - aplicará medida de segurança, se cabível.*

6.9. SEMI-IMPUTABILIDADE

6.9.1. Terminologia

Prevista no art. 26, parágrafo único, observe:

> *Art. 26, 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.*

Há autores que afirmam que o termo semi-imputabilidade não é correto, ou o agente é imputável ou semi-imputável, não há meio termo. Chamam de:

- Imputabilidade diminuída;

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

- Imputabilidade restrita
- Culpabilidade diminuída

Cleber Masson afirmar que não há equívoco, o próprio Código de Processo Penal, em seu art. 319, VII, com redação dada pela Lei 12.403/2011, faz referência à semi-imputabilidade.

> *Art. 319, VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;*

6.9.2. Conceito

A inimputabilidade exclui a capacidade de entendimento e autodeterminação do agente. A semi-imputabilidade, diversamente, apenas diminui.

Há três hipóteses:

- Desenvolvimento mental incompleto

- Desenvolvimento mental retardado
- Perturbação da saúde mental – é uma doença mental de menor grau, que diminui em parte a capacidade de entendimento e de autodeterminação.

6.9.3. Natureza jurídica

É uma causa de diminuição de pena, que deve ser diminuída de um a dois terços.

Aqui, o agente será culpável em menor grau, por isso a pena é diminuída.

6.9.4. Sistema adotado

Adota-se o Sistema Biopsicológico.

Necessariamente, o agente será maior de 18 anos.

6.9.5. Efeitos

O semi-imputável será processado e julgado pela justiça penal. Há três momentos distintos, vejamos:

1) Sentença condenatória

2) Diminuição da pena de 1/3 a 2/3, de acordo com o grau de afetação do agente

Obs.: a diminuição é obrigatória, a discricionariedade do juiz está no quantum de diminuição.

3) Substituição, caso seja necessário, da pena diminuída por medida de segurança.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

Após a perícia (visto acima), poderá:

- Cumprir a pena diminuída, quando for considerado semi-imputável sem periculosidade;
- Cumprir a medida de segurança, quando for considerado semi-imputável com periculosidade.

Em relação ao semi-imputável, o Código Penal adota o Sistema Vicariante ou Unitário (adotado após a reforma da parte geral do CP, em 1984), em que há o cumprimento da pena diminuída OU a medida de segurança, JAMAIS as duas.

Obs.: Na redação original do CP adotava-se o Sistema Duplo Binário (dois trilhos ou dupla via), segundo o qual o semi-imputável primeiro cumpria a penal diminuída e, posteriormente, a medida de segurança.

6.10. CAUSAS NÃO EXCLUDENTES DA IMPUTABILIDADE

6.10.1. Emoção e paixão

a) Introdução

O Código Penal Republicado (1890), em seu art. 27, §4º, afirmava que a perturbação dos sentidos e da inteligência excluía a responsabilidade penal. Com isso, abriu-se a possibilidade dos homicídios passionais (por paixão), homens traídos (legítima defesa da honra), com paixões não correspondidas, matavam mulheres e não eram responsabilizados.

Roberto Lyra (príncipe dos promotores), Promotor de Justiça do RJ, insurgiu-se contra está possibilidade.

b) Posição no Código Penal

O Código Penal adotou um critério legal, em seu art. 28, I, expressamente, afirma que a emoção e a paixão não excluem a imputabilidade penal.

> *Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:*
> *I - a emoção ou a paixão;*

Refere-se à emoção e à paixão de fundo normal, ou seja, inerentes a todas as pessoas.

c) Emoção e paixão patológica

Devem ser tratadas como doenças mentais. Portanto, enquanto doenças mentais, podem excluir a imputabilidade, com base no art. 26 do CP.

d) Conceito e distinções

Emoção e paixão são perturbações psicológicas do ser humano.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

EMOÇÃO	PAIXÃO
É transitória, a exemplo do medo, da alegria, da ansiedade.	É duradoura, a exemplo do amor, da inveja, da avareza, do fanatismo.
Em regra, não são causas de imputabilidade penal.	

6.10.2. Embriaguez

a) Conceito

É a intoxicação aguda do organismo humano pelo álcool ou por substâncias de efeitos análogos.

O Código Penal, aqui, mais uma vez, se vale da interpretação analógica, trazendo uma forma casuística (álcool) seguida de uma forma genérica (substâncias de efeitos análogos). Assim, pode-se afirmar que o álcool embriaga, mas outras substâncias (cocaína, remédios) também são aptas a embriagar o agente.

b) Denominação e tratamento legal

Prevista no art. 28, II do CP, chamada de embriaguez aguda, simples ou fisiológica. Caracteriza-se pelo exagero no consumo do álcool. Não é apta para excluir a imputabilidade.

> *Art. 28, II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.*

c) Embriaguez crônica ou patológica

Pode ocorrer quando a pessoa é dependente do álcool, bem como quando o organismo humano não consegue processar os efeitos do álcool. Será tratada como doença mental. Portanto, pode excluir a imputabilidade penal com base no art. 26 do CP.

d) Fases, etapas ou períodos da embriaguez

A doutrina médica divide a embriaguez em três etapas:

- Fase eufórica (macaco) – o agente fica desinibido, falante, extrovertido.
- Fase agitada (leão) – o agente fica nervoso, voz pastosa, andar cambaleante. Aqui, é comum crimes envolvendo agressões físicas e os delitos sexuais.
- Fase comatosa (porco) – o sono se instala progressivamente, até que o ébrio entre em coma profundo.

Na fase eufórica e na fase agitada o ébrio pode praticar crimes comissivos ou omissivos. Na fase comatosa pode praticar apenas crimes omissivos próprios ou impróprios.

e) Espécies de embriaguez

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

- Quanto à intensidade

COMPLETA (total, plena) – atingiu a segunda ou terceira fase.

INCOMPLETA – atingiu apenas a primeira fase

- Quanto à origem

VOLUNTÁRIA – o agente quer se embriagar, mas não quer cometer nenhum crime.

CULPOSA – o agente não quer se embriagar, mas por imprudência se excede no consumo do álcool e acaba embriagado.

Não são aptas a excluir a imputabilidade penal.

PREORDENADA – o agente quer se embriagar a fim de cometer um crime. Igualmente, não exclui a imputabilidade penal e funciona como uma agravante genérica.

> *Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime*
> *II - ter o agente cometido o crime:*
> *l) em estado de embriaguez preordenada.*

FORTUITA OU ACIDENTAL – emana de caso fortuito ou de força maior. A pessoa é obrigada a consumir o álcool ou desconhece os efeitos do álcool em seu organismo. Pode ser completa (isenta de pena – exclui a culpabilidade) ou incompleta (reduz a pena).

> *Art. 28, § 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.*

O agente na embriaguez fortuita completa é absolvido, não se aplica medida de segurança. Dispensa-se perícia médica, uma vez que o agente não possui nenhuma doença mental. Tratando de embriaguez acidental incompleta a pena será reduzida de um a dois terços. É equipara a semi-imputabilidade. Não precisa de perícia médica e não tem medida de segurança.

> *Art. 28, § 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*

f) Prova da embriaguez

Admite-se qualquer meio de prova, os principais são:

- Exame laboratorial – revela a quantidade de álcool por litro de sangue. O agente não é obrigado a produzir prova contra si mesmo;
- Exame clínico – análise pessoal do agente (hálito, forma de andar, de falar)

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

- Prova testemunhal

g) Teoria da actio libera in causa

Também chamada da Teoria da Ação Livre da Causa. A causa da causa também é a causa do que foi causado.

Foi criada na Itália para resolver os crimes praticados em estado de embriaguez preordenada, em que o agente se embriaga com o intuito de cometer um crime.

Visa antecipar a análise da imputabilidade penal.

Por exemplo, o agente dirige-se até um bar com o intuito de embriagar-se para cometer um crime de estupro contra sua vizinha. Após ficar complemente embriagado, comete o estupro. Segundo esta Teoria, a imputabilidade do agente é analisada antes da embriaguez, já que o agente, antes de beber, já possuía o dolo do crime.

Na embriaguez voluntária (não quer praticar nenhum crime, mas quer embriagar-se) e na embriaguez culposa (não quer se embriagar, mas acaba embriagado pela sua imperícia) o agente não possui dolo de praticar o crime. Mas, mesmo assim, não são causas de exclusão da imputabilidade, pois o Código Penal adotou a Teoria da *Actio Libera in Causa*.

Diante disso, indaga-se: é caso de responsabilidade penal objetiva?

1ª Corrente (DPE) – trata-se de responsabilidade penal objetiva. Portanto, inaceitável;

2ª Corrente – é responsabilidade penal objetiva. Porém, justificada pelo interesse público.

3ª Corrente – não se trata de responsabilidade penal objetiva. Na embriaguez existe uma vontade residual que fundamenta a responsabilidade penal.

Por fim, salienta-se que a teoria não se aplica a embriaguez fortuita ou acidental.

7. POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

7.1. INTRODUÇÃO

No Sistema Clássico e no Sistema Neoclássico o dolo era normativo, estava na culpabilidade, dependendo da consciência atual/real da ilicitude. Com o finalismo, o dolo e a culpa migraram para a conduta (fato típico), a consciência da ilicitude permaneceu na culpabilidade e passou a ser potencial.

A aplicação de uma pena só será possível quando o agente tinha, ao menos, a possibilidade de entender a ilicitude do fato. Por isso, denomina-se potencial consciência da ilicitude.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

7.2. NATUREZA JURÍDICA

A potencial consciência da ilicitude é o segundo elemento da culpabilidade. Para ser analisada, obrigatoriamente, o agente deve ser imputável.

Obs.: os três elementos da culpabilidade devem seguir a ordem: 1º) Imputabilidade, 2º) Potencial Consciência da Ilicitude e 3º) Inexigibilidade de conduta diversa. Em suma, só se analisa a potencial consciência da ilicitude se a imputabilidade estiver presente, bem como só será analisada a inexigibilidade de conduta diversa estando presente a potencial consciência da ilicitude.

7.3. A VALORIZAÇÃO PARALELA DA ESFERA DO PROFANO

Desenvolvida por Mezger e aperfeiçoada por José Figueiredo Dias.

É um tema ligado ao segundo elemento da culpabilidade, buscando a identificação do potencial consciência da ilicitude do agente no caso concreto.

Para identificação do potencial consciência da ilicitude não se utiliza um juízo técnico (realizado pelo operador do direito – juiz), mas sim um juízo leigo (comum, profano). Ou seja, a conduta será valorada por qualquer pessoa, já que qualquer pessoa imputável tem a consciência de que matar, por exemplo, é crime.

- VALORAÇÃO – é analisar
- PARALELA - a conduta do agente é analisada paralelamente ao mundo em que ele vive. Ou seja, levando-se em conta sua condição de cultura, de lazer, de conhecimento da vida, considerando o juízo leigo (comum)

7.4. ERRO DE PROIBIÇÃO INEVITÁVEL

A potencial consciência da ilicitude é excluída pelo erro de proibição inevitável, previsto no art. 21 do CP.

> *Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminui-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.*

8. EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

8.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A exigibilidade de conduta diversa surge como terceiro elemento da culpabilidade em 1907, com os estudos de Reinhard Frank, que criou a Teoria da Normalidade das Circunstâncias Concomitantes ou Teoria da Evitabilidade.

De acordo com a teoria, será culpável apenas aquele que praticar o fato típico e ilícito em uma situação de normalidade, ou seja, quando lhe era exigível uma conduta diversa.

Importante destacar, novamente, que para se falar em exigibilidade de conduta diversa é imprescindível que a imputabilidade e a potencial consciência da ilicitude estejam presentes.

Em 1907, Frank inaugura o Sistema Neoclássico (Neokantista), surgindo a Teoria Psicológica-Normativa, em que a culpabilidade passa a contar com um terceiro elemento que é a exigibilidade de conduta diversa.

8.2. CONCEITO

A exigibilidade de conduta diversa é o terceiro e último elemento da culpabilidade, pelo qual se sustenta que a culpabilidade só estará presente quando o agente praticar o fato típico e ilícito em uma situação de normalidade, isto é, quando lhe era exigível uma conduta diversa.

A seguir veremos as excludentes de exigibilidade de conduta diversa: coação moral irresistível e obediência hierárquica (art. 22 do CP).

8.3. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL

8.3.1. Dispositivo legal e aplicabilidade

> *Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.*

A coação irresistível pode ser de duas espécies:

- Física (*vis absoluta*) – o coagido é fisicamente/corporalmente controlado pelo coator. Por exemplo, uma pessoa pega a mão de outra e dispara contra vítima. É causa de exclusão da própria conduta, tornando o fato atípico.
- Moral (*vis relativa*) – o coagido é ameaçado/intimidado pelo coator. O coagido possui a vontade de praticar a conduta, embora seja viciada pela coação. Por exemplo, coator ameaça a família de gerente de banco para que ele abra o cofre. O fato é típico e ilícito, mas exclui a culpabilidade pela falta de exigibilidade de conduta diversa.

.

O art. 22 do CP refere-se apenas a coação irresistível, mas só será aplicação à coação MORAL, não será aplicável à coação física, pois usa a expressão “só será punível” que se refere à culpabilidade.

8.3.2. Fundamento

A Lei não pode exigir das pessoas comportamentos heroicos. Desta forma, o coagido está amparado pela situação de inexigibilidade de conduta diversa.

8.3.3. Requisitos

São quatro requisitos cumulativos, todos devem estar presentes de forma simultânea.

1º - Ameaça do Coator

É a promessa de uma mal grave (de grandes proporções) injusto (o coagido não está obrigado a suportar) e verossímil (possível de ser concretizado).

Por exemplo, o coator ameaça com uma arma na cabeça o filho do gerente do banco, ameaçando apertar o gatilho caso o cofre não seja aberto.

- Mal grave: a morte do filho
- Injusto: o gerente não é obrigado a suportar
- Verossímil: possibilidade real e constatada de que a arma seja disparada

2º - Inevitabilidade do perigo por outro modo

Não há outra forma de se afastar o perigo a não ser atendendo a vontade do coator

3º - Caráter irresistível da ameaça

O coagido não possui meios para resistir e não está obrigado a resistir

4º - Envolvimento mínimo de pelo menos três pessoas

Coator, coagido e vítima do crime.

É possível uma coação moral irresistível com apenas duas pessoas? Embora raro, a doutrina entende que sim, quando o coagido acaba praticando o crime contra o próprio coator. Por exemplo, o coator aborda uma pessoa na rua e determina que na próxima semana o coagido pratique um crime e lhe entregue o dinheiro. O coagido fica perturbado e acaba matando o coator. Não se trata de legítima defesa, pois a LD pressupõe uma agressão injusta atual ou iminente, que está acontecendo ou em vias de acontecer, aqui a agressão é futura. Por isso, alega-se a coação moral irresistível.

8.3.4. Efeitos

Exclui a culpabilidade coagido.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

Somente o coator responde pelo crime, o coagido fica isento de pena.

É caso de autoria mediada, o coator se vale do coagido (pessoa sem culpabilidade) para executar o crime. Destaca-se que não há concurso de pessoas entre coator em coagido, visto que não há vínculo subjetivo (vontade livre de concorrer para o crime) entre eles e que não são todos culpáveis.

Caso a coação moral seja resistível, ambos irão responder pelo crime em concurso de pessoas. Para o coator haverá a incidência de uma agravante genérica (art. 62, II, do CP) e para o coagido a incidência de uma atenuante genérica (art. 65, III, c do CP).

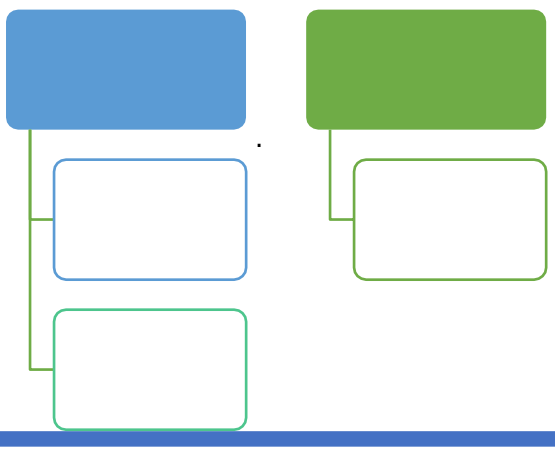
> *Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que*
> *II - coage ou induz outrem à execução material do crime;*
>
> *Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:*
> *III - ter o agente*
> *c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;*

Na coação moral irresistível o agente responde pelo crime praticado pelo coagido e por outro crime.

Imagine a seguinte situação hipotética, João e Maria estavam namorando no banco de uma praça. Pedro aproxima-se e ameaça matar Maria, caso João não traga todo o dinheiro do cofre da empresa que trabalha (João é o gerente da empresa, por isso possui as chaves e as senhas do cofre), em 30 minutos. Com o intuito de preservar a vida de Maria, João pega todo o dinheiro do cofre e entrega a Pedro. Quais crimes praticaram Maria, João e Pedro?

- Maria – não praticou crime nenhum;
- João – praticou furto, mas será isento de pena, em razão da inexigibilidade de conduta diversa, derivada da coação moral irresistível (art. 22 do CP), que exclui sua culpabilidade;
- Pedro – responderá pelo furto praticado pelo coagido (João).
  Furto qualificado pelo concurso de pessoas? NÃO, pois João foi coagido, não possuía vínculo subjetivo com Pedro, bem como não era culpável
  Furto qualificado pelo abuso de confiança? NÃO, pois o abuso de confiança não se comunica.
  Responderá pelo furto simples e pelo crime de tortura (art. 1º, I, b da Lei 9455/97). Trata-se da tortura crime.

> *Art. 1º Constitui crime de tortura:*
> *I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:*
> *b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;*



Responde pelocrime praticadopelo coagido

Isento de pena

Responde por
tortura

8.3.5. Temor reverencial

É o receio de desagradar uma pessoa pela qual se nutre respeito.

Não se equipara à coação moral irresistível. Consequentemente, não exclui a culpabilidade. Destaca-se que no Direito Civil o temor reverencial não é apto anular negócio jurídico.

8.4. OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA

8.4.1. Dispositivo legal

Igualmente está prevista no art. 22 do CP, observe:

> *Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.*

8.4.2. Conceito

É a excludente da culpabilidade, fundada na inexigibilidade de conduta diversa, que se verifica quando o funcionário público subalterno pratica um fato típico e ilícito no estrito cumprimento de ordem não manifestamente ilegal, emitida pelo seu superior hierárquico.

8.4.3. Fundamentos

Possui dois fundamentos, quais sejam:

- Impossibilidade do funcionário público subalterno de conhecer a ilegalidade da ordem;
- Inexigibilidade de conduta diversa

8.4.4. Requisitos

Trata-se de requisitos cumulativos. São eles:

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

a) Ordem não manifestamente ilegal

É a ordem ilegal, mas de aparente legalidade.

b) Ordem emanada de autoridade competente

A pessoa que emite a ordem possui competência/atribuição para fazê-lo.

c) Relação de direito público

A obediência hierárquica decorre de um poder hierárquico, consequência do Poder da Administração Pública.

d) Envolvimento mínimo de três pessoas.

Superior hierárquico, funcionário público subalterno e a vítima do crime.

e) Cumprimento estrito da ordem

O subalterno cumpre a ordem nos exatos termos em que foi proferida.

8.4.5. Efeitos

A ordem do superior hierárquico pode ser:

LEGAL – não há crime para ninguém. O superior hierárquico e o subalterno agem em estrito cumprimento de dever legal (causa de exclusão da ilicitude).

NÃO MANIFESTAMENTE ILEGAL – é a ordem ilegal, mas de aparente legalidade. Nesta hipótese, haverá a exclusão da culpabilidade para o subalterno, apenas o superior hierárquico responderá pelo crime. Não há concurso de pessoas entre eles.

MANIFESTAMENTE ILEGAL - trata-se de ordem explicitamente ilegal. Aqui, haverá concursos de pessoas, ambos irão responder pelo crime. O superior hierárquico responde pelo crime com uma agravante genérica (art. 62, III, do CP) e o subalterno com a atenuante genérica do art. 65, II, c, do CP).

Em suma:

OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA		
ORDEM	ENVOLVIDOS	REPONSABILIDADE
Legal	Superior e subordinado	Não cometem crime
Não manifestamente ilegal	Superior e subordinado	Só superior responde na condição de autor mediato
Manifestamente ilegal	Superior e subordinado	Ambos respondem. Superior com pena agravada, subordinado com pena atenuada.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

8.5. CAUSAS SUPRALEGAIS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE

8.5.1. Origem histórica

A exclusão da culpabilidade por uma causa supralegal teve origem na Alemanha, no início do Século XX, por intermédio do julgamento de dois casos pela Corte alemã.

1º Caso: CAVALO BRAVIO

Determinado fazendeiro, com dificuldades financeiras, determinou que seu funcionário desfilasse com o Cavalo Bravio (ainda estava sendo adestrado, portanto, não apto ao desfile) na festa anual da cidade, com o intuito de arrecadar alguma quantia. O funcionário, sabendo que o

cavalo não estava pronto para o desfile, informou ao patrão que não iria. Este, por sua vez, salientou que caso continuasse negando a determinação, o funcionário seria demitido e deveria ir embora da fazenda com sua família. Diante disso, foi para o desfile com o Cavalo Bravio, que acabou se assustando com os fogos de artifício, fazendo com que o funcionário perdesse o controle, e matando várias crianças pisoteadas.

2º Caso: PARTEIRA DOS FILHOS DOS MINERADORES

Em uma cidade no interior da Alemanha, em que a economia se baseava, praticamente, na extração de minérios, a legislação trabalhista previa apenas um dia de folga pelo nascimento do filho e uma folga aos domingos. Muitas crianças nasciam nos domingos, o que impedia a folga no dia do nascimento, prejudicando o trabalhador, já que não estaria de serviço. Diante disse, estes trabalhadores passaram a exigir que a única parteira da cidade declarasse que os nascimentos tinham ocorrido na segunda-feira e não no domingo, para que tivessem a folga. Caso não fizesse, deixaria de ser a parteira da cidade.

CONCLUSÃO DOS CASOS

Ambos os casos foram descobertos. A Suprema Corte entendeu que não se tratava de coação moral irresistível e nem obediência de ordem superior hierárquica, mas os dois casos caracterizam situações de inexigibilidade de conduta diversa. Portanto, excluem a culpabilidade.

8.5.2. Situação atual

No Brasil, a jurisprudência e a doutrina admitem as causas supralegais de exclusão da culpabilidade, sempre fundadas na inexigibilidade da conduta diversa. Não se pode exigir, no caso concreto, um comportamento diferente por parte do agente.

A virada na jurisprudência ocorreu no início dos anos 2000. O STJ analisou um caso em que uma mãe, após tomar todos os cuidados necessários (retirou todos os objetivos perigosos) deixou a filha sozinha em casa para ir a uma entrevista de emprego (o horário da entrevista coincidia com o horário da soneca da criança). Na ocasião, como a entrevista demorou muito, a criança acordou e acabou caindo, ocorrendo lesão. O MP denunciou a mãe por lesão corporal, sendo está condenada. Para o STJ houve inexigibilidade de conduta diversa, já que se a mãe não tinha com quem deixar a filha e precisa arrumar um emprego, a fim de garantir a subsistência das

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

duas, não se podia exigir outro comportamento seu. Assim, sua culpabilidade foi excluída, por uma causa supralegal, fundada na inexigibilidade de conduta diversa.

Obs.: Atenção para concursos do MP!! Nos crimes de competência do Tribunal do Júri, o MP (no Brasil como um todo), inclina-se no sentido de não admitir as causas supralegais de exclusão da culpabilidade, eis que são teses muito amplas (genéricas e imprecisas), podendo levar a impunidade.

ERRO NO DIREITO PENAL

1. ERRO DE TIPO

1.1. NOMENCLATURA

No passado, era chamado de erro de fato.

No Código Penal não há a expressão “erro de tipo” (apelido dado pela doutrina). O legislador denominou de erro sobre os elementos do tipo.

Está previsto no art. 20 do CP, vejamos:

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

1.2. CONCEITO

A palavra erro, no Direito Penal, deve ser interpretada em sentido amplo, a fim de abranger tanto o erro propriamente dito (falsa percepção sobre algo) como também a ignorância (total desconhecimento sobre algo).

A expressão “de tipo” é utilizada para determinar que o erro recai sobre um ou mais elementos do crime. Por exemplo, coisa alheia no crime de furto, quando o agente furta um guarda-chuva acreditando que estava pegando o seu.

Por fim, o erro de tipo que recai sobre um ou mais elementos do tipo penal é chamado de erro de tipo essencial.

1.3. ERRO DE TIPO ESCUSÁVEL E ERRO DE TIPO INESCUSÁVEL

O critério de diferenciação é o homem médio, figura imaginária, que representa a normalidade.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

	ERRO ESCUSÁVEL	ERRO INESCUSÁVEL
Outras denominações	Invencível ou inevitável	Vencível ou evitável
Conceito	O agente errou, mas um homem médio, no lugar dele, também erraria. Em suma, é um erro que não emana da culpa do agente.	O agente errou, mas um homem médio, em seu lugar, NÃO erraria. Portanto, é um erro que emana da culpa do agente, que foi imprudente, imperito ou negligente.
Efeitos	O erro de tipo essencial **SEMPRE** exclui o dolo, mesmo quando inescusável. Zaffaroni – o erro de tipo é a cara negativa do dolo. Ou seja, são incompatíveis, um exclui o outro.	

	Também exclui a culpa	Permite a punição por crime culposo, desde que previsto em lei.

Indaga-se:

a) É possível que o erro de tipo seja inescusável e o agente não responda pelo crime? Sim, quando o crime não admite a modalidade culposa

b) É possível que o erro de tipo seja escusável e o agente responda por algum crime? Sim, quando se opera a desclassificação para outro crime. Por exemplo, o agente profere palavras ofensivas a agente de trânsito, que não estava com uniforme e identificado. Haverá erro de tipo pelo crime de desacato, já que não sabia se tratar de um agente de trânsito, exclui-se o dolo. Mas ainda haverá injúria. Portanto, mesmo diante do erro escusável, o agente responderá por outro crime.

1.4. ERRO DE TIPO ESPONTÂNEO E ERRO DE TIPO PROVOCADO

No erro de tipo espontâneo o agente erra sozinho, sem a interferência de ninguém. Já no erro de tipo provocado ou erro de tipo determinado por terceiro, o erro é causado por terceira pessoa.

Ressalta-se que no erro determinado por terceiro não há concurso de pessoas, eis que ausente o elemento subjetivo. Apenas o terceiro irá responder pelo crime, nos termos do art. 20, §2º do CP.

Art. 20, § 2º - Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

Caso o agente perceba o erro, aproveitando-se dele, irá responder também pelo crime em concurso de pessoas.

1.5. ERRO DE TIPO ACIDENTAL

Contrapõe-se ao erro de tipo essencial (recai sobre os elementos constitutivos do crime), uma vez que incide sobre as circunstâncias (causas de aumento ou diminuição de pena) ou sobre dados irrelevantes do crime.

O erro de tipo acidental pode ser de seis espécies, as quais serão analisadas abaixo:

- Erro sobre a pessoa
- Erro sobre a coisa
- Erro sobre a qualificadora
- Erro sobre o nexo causal
- Erro na execução
- Resultado diverso do pretendido

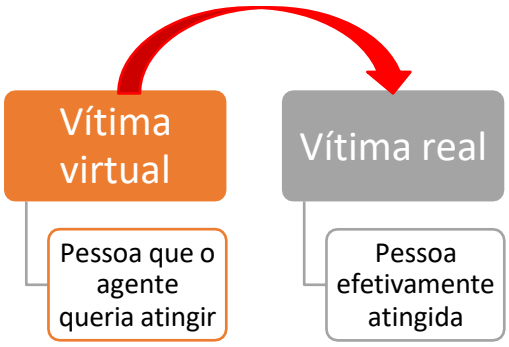
CRIMES ABERRANTES

1.5.1. Erro sobre a pessoa

Em latim é o *error in persona*.

O agente confunde a pessoa que queria atingir com uma pessoa diversa.

CONFUSÃO



Por exemplo, o agente quer matar o pai. Porém, representando equivocadamente a pessoa que entra na casa, mata o tio (não há erro de execução, somente de representação, executa bem, com um alvo mal representado).

Perceba que o erro de tipo acidental sobre a pessoa não interfere **na tipicidade do crime**, trata-se de um dado irrelevante. Em nosso exemplo, o agente realizou a conduta descrita no art. 121 do CP, uma vez que matou alguém, não importa quem é o alguém. Neste ponto, o Código Penal consagrou a Teoria da Equivalência do Bem Jurídico, ou seja, os bens se equivalem (a vida do tio possui o mesmo valor que a vida do pai).

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Por outro lado, o erro de tipo acidental sobre a pessoa irá influenciar na dosimetria da pena. No exemplo acima, incidiria a causa de aumento pelo crime ser praticado contra o pai, a vítima que o agente queria atingir.

> *Art. 20, § 3º - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena (porque é acidental). Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.*

Em suma, o erro acidental sobre a pessoa:

- Não exclui o dolo, não exclui a culpa;
- Não isenta o agente de pena;
- O agente responde pelo crime como se tivesse atingido a vítima virtual

1.5.2. Erro sobre o objeto (a coisa)

Trata-se do objeto material, ou seja, a coisa contra a qual o crime é praticado.

Não possui previsão legal.

O agente queria praticar o crime contra determinado objeto, mas por erro (má representação) acaba praticando o crime contra coisa diversa. Trata-se de erro irrelevante, em razão da Teoria da Equivalência do Bem Jurídico.

Por exemplo, o agente quer subtrair um relógio de ouro, mas acaba furtando um relógio de latão, decorrência da má representação do objeto.

Em suma:

- Não exclui dolo/ não exclui culpa.
- Não isenta o agente de pena.
- Responde pelo crime, considerando-se o objeto material (coisa) efetivamente atingido. No exemplo, ele responderá pelo furto do relógio de latão, podendo o juiz utilizar o princípio da insignificância.

Obs.: Importante ressaltar que, ao menos em tese, o erro sobre o objeto é compatível com o princípio da insignificância.

1.5.3. Erro sobre a qualificadora

O agente desconhece a presença de uma qualificadora no caso concreto.

Por exemplo, um atleta do salto com vara pula um muro de três metros com o intuito de subtrair uma residência. Para ele, saltar três metros é normal, desconhece que seria um furto qualificado pela escalada.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

É modalidade de erro de tipo acidental porque exclui a qualificadora, mas o agente responde pelo crime na sua modalidade fundamental. Em nosso exemplo, o agente responderia por furto simples.

1.5.4. Erro sobre o nexo causal ou *aberratio causae*

É o erro na causa provocadora/determinante do crime. Ou seja, o agente queria produzir o resultado com determinada causa, mas acaba praticando o crime por uma causa diversa.

Por exemplo, o agente empurra a vítima de um penhasco, para que morra afogada. Porém, durante a queda, ela bate a cabeça contra uma rocha, morrendo em razão de um traumatismo craniano.

Obs.: Há doutrina que faz distinção entre dolo geral e *aberratio causae*.

o Erro sobre o nexo causal em sentido estrito: o agente, mediante UM só ato, provoca o resultado visado, porém com outro nexo de causalidade (exemplo acima)

o Dolo geral (erro sucessivo): o agente, mediante conduta desenvolvida em DOIS OU MAIS atos, provoca o resultado visado, porém, com nexo de causalidade diverso. Exemplo: atira na vítima, e imaginando estar morta, joga o corpo no mar, vindo então a morrer afogada.

Levando em consideração o primeiro exemplo, haverá a incidência da qualificadora da asfixia (já que o agente queria que a vítima morresse afogada)?

1ªC: o agente responde pelo crime considerando o nexo visado (pretendido). Portanto, haverá a incidência da qualificadora.

2ªC: o agente responde pelo crime considerando o nexo ocorrido (REAL), suficiente para a provocação do resultado desejado. Não há a incidência da qualificadora. PREVALECE na doutrina.

1.5.5. Erro na execução ou *aberratio ictus*

Erro na execução é a modalidade de erro de tipo acidental que se verifica 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, nos termos do art. 73 do CP.

> *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.*

Por exemplo, o agente mira no pai. Contudo, por inabilidade, acabo atingindo o vizinho, que estava ao lado de seu pai.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

No erro na execução tem-se pessoa X pessoa, uma vez que o crime não se altera, o que muda é a vítima.

ERRO SOBRE A PESSOA (ART. 20, §3º CP)	ERRO NA EXECUÇÃO (ART. 73 CP)
Modalidade de erro acidental. Há conflito entre vítima virtual (queria atingir) e vítima real (atingida)	
Caracterizado pela confusão.	Caracterizado pelo mau ataque à vítima. Não há confusão.
A vítima virtual não corre nenhum perigo	A vítima virtual corre perigo
O agente representa mal a vítima, mas executa bem o crime.	O agente representa bem a vítima, mas executa mal o crime.

O erro na execução pode ser com:

a) Unidade simples ou resultado único – o agente atinge somente pessoa diversa da desejada. A solução será idêntica àquela que se verifica no erro sobre a pessoa, ou seja, o agente responde como se tivesse matado a vítima virtual. Será irrelevante no plano da tipicidade, em razão da Teoria da Equivalência do Bem Jurídico, mas interfere na dosimetria da pena.

b) Unidade complexa ou resultado duplo – o agente atinge a pessoa desejada e a pessoa diversa. O agente responde pelos dois crimes em concurso formal, conforme disposto na parte final do art. 73 do CP.

Obs.: Só haverá erro na execução com unidade complexa ou resultado dublo quando o segundo crime for culposo. Não havia dolo direto e nem eventual (lembrar que o dolo exclui o erro e vice-versa).

1.5.6. Resultado diverso do pretendido ou *aberratio delicti*

Significa crime diverso do pretendido, ou seja, o agente queria praticar determinado crime, mas por erro acabou praticando um crime diverso.

No resultado diverso do pretendido tem-se crime X crime.

Pode ser definido como a modalidade de erro de tipo acidental quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido, conforme prevê o art. 74, do CP, observe:

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

r acidente ou erro na pretendido, o agente e culposo; se ocorre . 70 deste Código.

.

A expressão “fora dos casos do artigo anterior” revela um caráter residual do resultado diverso do pretendido. Assim, só será possível quando não for caso de erro na execução.

Possui duas espécies, vejamos:

a) Com unidade simples ou resultado único

O agente pratica apenas o crime diverso do desejado.

Cita-se, como exemplo, o agente que joga uma pedra para quebrar vidraça (claramente crime de dano), mas acaba acertando um pedestre (lesão corporal culposa). Perceba que o agente responderá pela lesão corporal culposa, uma vez que prevista em lei, conforme prevê o art. 74 do CP.

> *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 culposo; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.*

Caso a intenção do agente fosse atingir uma pessoa, mas por erro quebrasse a vidraça, responderia por tentativa de lesão corporal, eis que não existe o crime de dano culposo.

b) Com unidade complexa ou resultado duplo

O agente pratica o crime desejado e, por culpa, também o crime diverso.

Por exemplo, o agente atira a pedra para quebrar a vidraça e acaba atingindo pessoa que estava no interior da residência. Irá responder em concurso formal pelos dois crimes.

Ressalta-se que somente estará caracterizado quando o crime diverso for culposo. Caso os dois sejam dolosos não há que se falar em erro.

1.6. ERRO DE TIPO E CRIME PUTATIVO POR ERRO DE TIPO

O erro de tipo e o crime putativo por erro de tipo são institutos completamente opostos.

ERRO DE TIPO	CRIME PUTATIVO POR ERRO DE TIPO
O agente não sabe que pratica um fato descrito na lei como crime, quando na verdade o faz.	O agente acredita que está praticando um crime, mas na verdade não o faz, pois falta um ou mais elementos do tipo penal.
Atirar contra um animal em uma caça, porém	O agente imagina estar atirando contra a

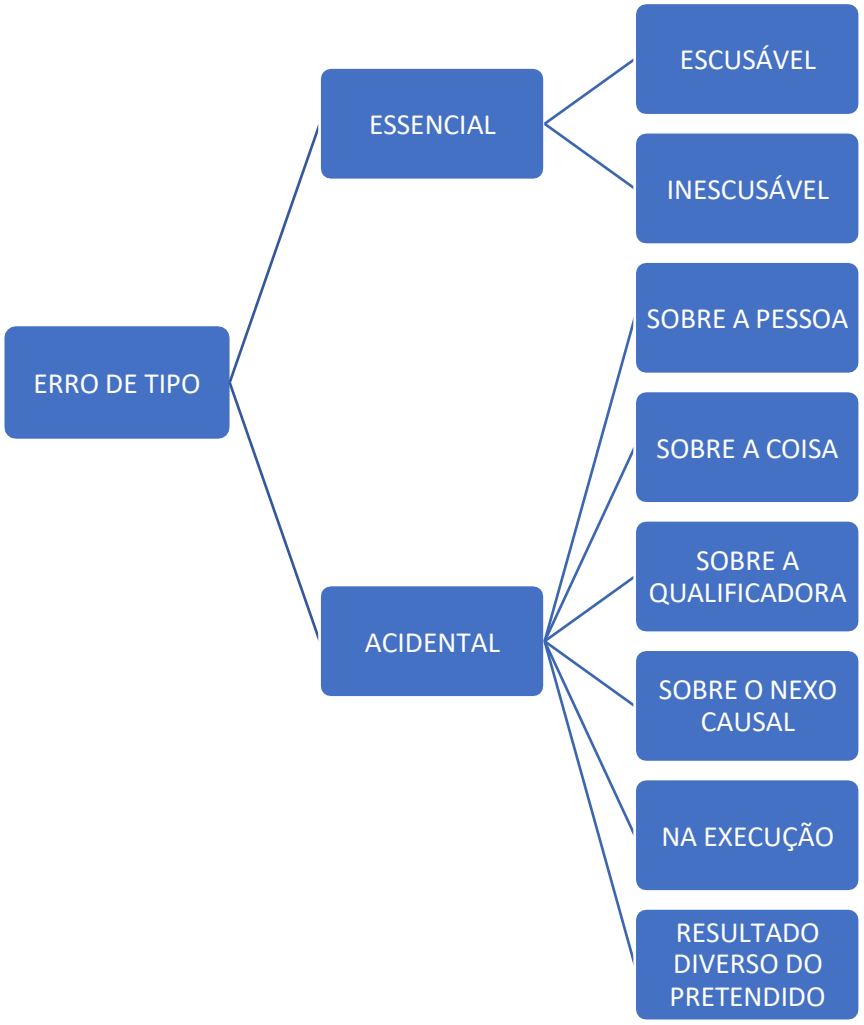
atinge uma pessoa.	pessoa, porém, está atirando contra um animal.
O agente ignora a presença de uma elementar. (“alguém”, imaginava ser um animal)	O agente ignora a ausência da elementar. (Ele ignora a AUSÊNCIA de “alguém” ele imagina que tinha alguém).

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

Ele pratica fato típico, sem querer.	Ele pratica fato atípico, sem querer.

1.7. SISTEMATIZANDO



2. <u>ERRO DE PROIBIÇÃO</u>

2.1. NOMENCLATURA

No Código Penal não existe o nome “erro de proibição”, trata-se de criação da doutrina acolhida pela jurisprudência. Utiliza a expressão “erro sobre a ilicitude do fato”, conforme disposto em seu art. 21, observe:

ro sobre a ilicitude do rá diminuí-la de um

.

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.

A redação original do Código Penal previa como erro de direito.

2.2. DESCONHECIMENTO DA LEI E ERRO DE PROIBIÇÃO

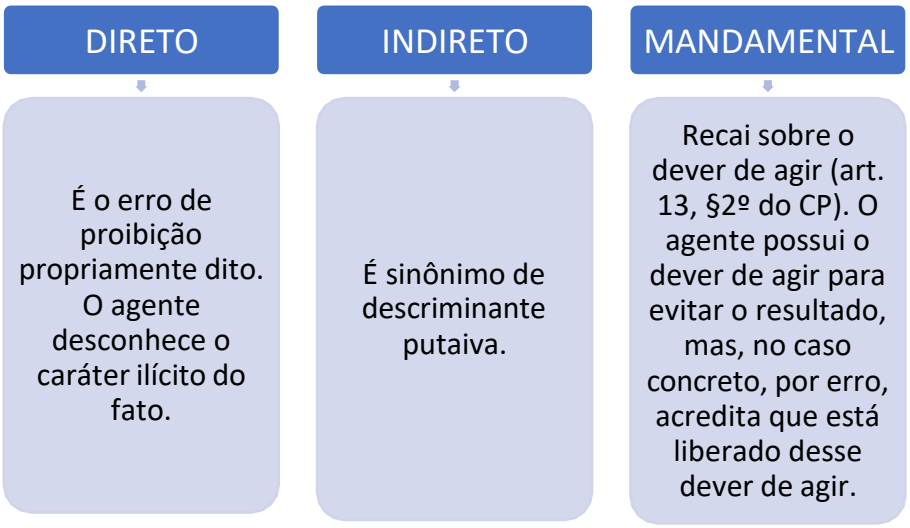
DESCONHECIMENTO DA LEI	ERRO DE PROIBIÇÃO
É inescusável, por necessidade de segurança jurídica. Ninguém pode alegar o desconhecimento da lei com o intuito de não a cumprir. Após a publicação, por fixação, a lei é de conhecimento de todas as pessoas.	O agente conhece a lei, até porque o seu desconhecimento é inescusável. Contudo, desconhece o caráter ilícito do fato.
Produz dois efeitos: - Atenuante genérica (art. 65, II, do CP) - Se escusável, autoriza o perdão judicial nas contravenções penais (art. 8º)	Se evitável, diminui a pena. Se inevitável, isenta o agente da pena.

2.3. ERRO DE PROIBIÇÃO INEVITÁVEL E ERRO DE PROIBIÇÃO EVITÁVEL

A distinção está no perfil subjetivo do agente.

	EVITÁVEL	INEVITÁVEL
Outras denominações	Inescusável ou vencível	Escusável ou invencível
Conceito	O agente errou, mas, caso tivesse se esforçado no caso concreto, o erro não teria ocorrido.	O agente errou e, por mais que se esforçasse no caso concreto, ainda assim o erro teria ocorrido.
Efeitos	Diminui a pena de um sexto a um terço.	Isenta o agente de pena. Exclui a culpabilidade, por falta da potencial consciência da ilicitude.

2.4. ERRO DE PROIBIÇÃO DIRETO, INDIRETO E MANDAMENTAL



2.5. ERRO DE PROIBIÇÃO E CRIME PUTATIVO POR ERRO DE PROIBIÇÃO

São institutos totalmente opostos.

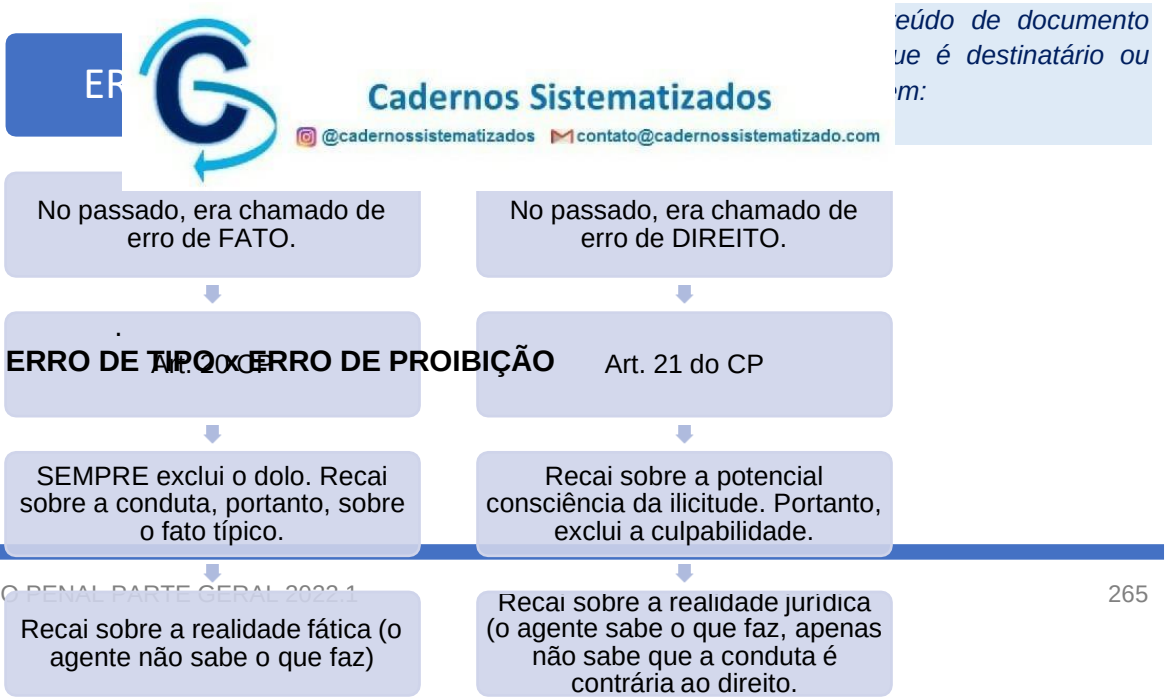
No erro de proibição o agente não sabe, por desconhecer o caráter ilícito do fato, que pratica um fato definido como crime, quando na verdade ele o faz.

Já no crime putativo por erro de proibição o agente acredita que pratica um crime, mas não o faz, uma vez que o fato por ele praticado não constitui crime no Brasil. Por exemplo, incesto (sexo entre irmãos maiores, capazes e com consentimento).

2.6. ERRO DE TIPO QUE RECAI SOBRE A ILICITUDE DO FATO

Em regra, o erro de proibição recai sobre a ilicitude do fato. Contudo, em determinadas situações, a ilicitude do fato funciona como elementar do tipo penal. Nestes casos, o erro que recai sobre a ilicitude (quando está é elementar do tipo) deixa de ser um erro de proibição para se tornar um erro de tipo.

Cita-se, como exemplo, o art. 153 do CP, em que a expressão “sem justa causa” se refere a ilicitude como uma elementar do tipo penal.



2.7. ERRO DE TIPO x ERRO DE PROIBIÇÃO

3. DISCRIMINANTES PUTATIVAS

3.1. CONCEITO

Discriminantes são as causas excludentes da ilicitude, quais sejam:

- Legítima defesa
- Estado de necessidade
- Exercício regular de um direito
- Estrito cumprimento de um dever legal

Putativa é imaginária, aquilo que só existe na cabeça do agente. Logo, descriminantes putativas são as excludentes da ilicitude erroneamente imaginadas pelo agente. Por exemplo, imagina estar agindo em legítima defesa, mas não está.

3.2. NATUREZA JURÍDICA

1ª Posição – são causas de exclusão da ilicitude. Faz uma interpretação literal. Considerada fraca.

2ª Posição – como estão no art. 20, §1º do CP, são consideradas erro de tipo. Faz uma interpretação topográfica. Considerada fraca.

3ª Posição (Prevalece) – depende da Teoria da Culpabilidade adota. O Finalismo adota a **Teoria Normativa Pura** que se subdivide em extremada e limitada, para ambas a estrutura da culpabilidade é a mesma (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa). Vejamos:

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

- **Extremada** – descriminante putativa SEMPRE será erro de proibição indireto. Consagra a Teoria Unitária do Erro.
- **Limitada** – descriminante putativa pode ser erro de proibição indireto e pode ser erro de tipo permissivo.

Quando será erro de proibição direto e quando será erro de tipo permissivo? Observe o art. 20, §1º do CP (indício de que o CP adota a Teoria Normativa Pura Limitada):

> *Art. 20, § 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.*

A excludente da ilicitude mais frequente é a legítima defesa. Imagine uma situação de erro na legítima defesa, o qual pode cair sobre:

- A **existência da excludente** (mata a esposa que está com o amante, acreditando que está agindo em legítima defesa da honra) – trata-se de **erro de proibição indireto**.

- Os **limites da excludente** (mata criança que estava no quintal furtando frutas, acreditando que estava em legítima defesa. Claramente, há excesso) – trata-se de **erro de proibição indireto**.

- Os **pressupostos fáticos da excludente** (o agente acredita que há uma situação fática de legítima defesa, mas não há) – trata-se de **erro de tipo permissivo**.

De acordo com Cleber Masson, prevalece (leve preferência) que se trata de erro de proibição indireto e erro de tipo permissivo (Teoria Normativa Pura Limitada), corroborado pelo item 19 da Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal (não é lei, não faz parte do CP, não se trata de interpretação autentica/legislativa. Vale enquanto doutrina, não possui natureza cogente), observe:

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

s do Código de 1940,
". Ajusta-se, assim, o
ngue o erro incidente
ificação do que incide
nte, admite-se nesta
área a figura culposa (artigo 17, § 1º).

CONCURSO DE PESSOAS

1. PREVISÃO LEGAL

O concurso de pessoas está previsto nos arts. 29, 30 e 31 do CP, vejamos:

> *Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.*
> *§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.*
> *§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.*
> *Circunstâncias incomunicáveis*
> *Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.*
> *Casos de impunibilidade*
> *Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.*

Há unidade de crime e pluralidade de pessoas.

2. DENOMINAÇÃO

O Código Penal utiliza a denominação Concurso de Pessoas, que possui como sinônimo concurso de agentes.

Não usar: concurso de delinquentes, concurso de criminosos, concurso de infratores.

Atenção! Alguns examinadores antigos, principalmente, em concursos de magistraturas utilizam a expressão coautoria, em razão da redação original do Código Penal (não havia participação).

3. CONCEITO

É a colaboração entre duas ou mais pessoas para a prática de um crime ou de uma contravenção penal.

Em suma, há pluralidade de agentes e unidade de crime.

4. REQUISITOS

O concurso de pessoas exige cinco requisitos cumulativos, na falta de um não há concurso de pessoas, quais sejam:

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

- Pluralidade de agentes culpáveis
- Relevância causal das condutas;
- Vínculo subjetivo
- Unidade de infração penal para todos os agentes
- Existência de fato punível (muitos autores não indicam, pois consideram contido nos demais)

4.1. PLURALIDADE DE AGENTES CULPÁVEIS

No concurso de agentes há, ao menos, duas pessoas. Ambas podem praticar:

- Condutas principais – serão coautores;
- Conduta principal (autor) + conduta acessória (partícipe) – um será o autor e o outro partícipe.

No concurso de pessoas, disciplinado nos arts. 29 a 31 do CP, é imprescindível a culpabilidade de todos os agentes. Ou seja, não há concurso de pessoas **previsto na parte geral** do Código Penal sem a culpabilidade de todos os agentes.

Quanto ao número de agentes os crimes dividem-se em três grupos, são eles:

CRIMES UNISSUBJETIVOS, UNILATERAIS OU DE CONCURSO EVENTUAL	CRIMES PLURISSUBJETIVOS, PLURILATERAIS OU DE CONCURSO NECESSÁRIO	CRIMES ACIDENTALMENTE COLETIVOS OU EVENTUALMENTE COLETIVOS
Em regra, são cometidos por uma única pessoa, mas admitem o concurso.	São aqueles em que a caracterização do tipo penal reclama a pluralidade de agentes.	São aqueles que podem ser praticados por uma única pessoa, mas a pluralidade de agentes faz surgir uma modalidade mais grave do delito.

Por exemplo, homicídio.	Por exemplo, associação criminosa.	Por exemplo, o furto com um agente é simples. Quando praticado por dois ou mais é qualificado.
Disciplinado pelos arts. 29 a 31 do CP.	Disciplinados pelo próprio tipo penal.	
Todos devem ser culpáveis.	Basta que apenas um dos agentes sejam culpáveis.	

ATENÇÃO! O conc lica-se apenas aos crimes unissubjetivo os agentes devem ser culpáveis. Falta , quando o agente determina que um ir

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

4.2. RELEVÂNCIA CAUSAL DAS CONDUTAS

Dois ou mais agentes, cada qual praticando a sua conduta, e todas as condutas concorrem para o resultado. Os agentes podem concorrer em maior ou em menor grau (*quem de qualquer modo*).

Ressalta-se que na participação inócua ou participação ineficaz, no plano subjetivo, o agente quer concorrer para o crime, mas, no plano objetivo, não concorre. Portanto, não há concurso de pessoas.

4.3. VÍNCULO SUBJETIVO

Também chamado de liame psicológico ou de concurso de vontades.

É a intenção de colaborar para o crime de terceiro, ainda que este desconheça a colaboração. Caso esteja ausente, ter-se-á a autoria colateral. Obviamente, na autoria colateral não há concurso de pessoas por falta de vínculo subjetivo.

Ressalta-se que na vontade homogenia, também chamada de princípio da convergência, se o crime é doloso todos os agentes devem concorrer dolosamente para o resultado. Tratando-se de crime culposo todos os agentes atuam culposamente. Portanto, é correto afirmar que não há participação dolosa em crime culposo, nem participação culposa em crime doloso.

Destaca-se, ainda, que o vínculo subjetivo (menos) não se confunde com o prévio ajuste (mais). Para caracterização do concurso de pessoas não é necessário o prévio ajuste (acordo de vontades entre os agentes), basta o menor (vínculo subjetivo).

4.4. UNIDADE DE INFRAÇÃO PENAL PARA TODOS OS AGENTES

Previsto no *caput* do art. 29 do CP: "*quem de qualquer modo concorre para O CRIME"*.

Lembrar que no concurso de pessoas há unidade de crime e pluralidade de pessoas. Com isso, pode-se afirmar que o Código Penal, em regra, adota a Teoria Unitária ou Monista, segundo a qual TODOS que concorrem para um crime irão responder por ele.

Contudo, a unidade de crime NÃO acarreta a unidade de penas, tendo em vista que Código Penal segue o princípio da culpabilidade, ou seja, a pena varia de acordo com a culpabilidade de cada agente, bem como as suas condições, consagrando a isonomia e a individualização da pena.

Admitem-se exceções pluralistas. Situações em que dois ou mais agentes buscam o mesmo resultado, mas respondem por crimes diversos, tendo em vista a opção do legislador. Cita-se, como exemplo, a mulher que procura um médico para realizar um aborto, perceba que o resultado é o mesmo (morte do feto), mas irão responder por crimes diversos. A gestante irá responder pelo art. 124 CP (consentir aborto) e o médico pelo art. 126 do CP (aborto provocado em terceiro). O mesmo ocorre com a corrupção ativa e passiva.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

4.5. EXISTÊNCIA DE FATO PUNÍVEL

Muitos autores consideram como um requisito implícito nos demais.

Também chamado de Princípio da Exterioridade, segundo o qual para a materialização do concurso de pessoas exige-se, pelo menos, a prática de um crime tentado, nos termos do art. 31 do CP.

> *Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.*

5. TEORIAS SOBRE O CONCURSO DE PESSOAS

5.1. TEORIA MONISTA

É prevista no art. 29 do CP. Prega que todos os concorrentes respondem por um único crime. A consequência do delito é a mesma para todos os concorrentes. ***É a regra.***

> *Art. 29 - Quem, de qualquer modo, **concorre para o crime incide nas penas a este cominadas**, na medida de sua culpabilidade.*

5.2. TEORIA PLURALISTA

As condutas dos concorrentes têm consequências distintas, respondendo cada um por um delito autônomo. É adotada de forma excepcional em nosso CP, nos seguintes casos:

Aborto. A gestante responde pelo art. 124 (auto aborto ou consentimento a terceiro para fazê-lo). O agente provocador responde pelo art. 126 (aborto com consentimento da gestante);

Corrupção. O sujeito corrompido responde pelo art. 317 (corrupção passiva). O corruptor responde pelo art. 333 (corrupção ativa).

Percebe-se que, em ambos os casos, os agentes concorrem para o mesmo evento, mas respondem por delitos autônomos.

Outros exemplos: Art. 318 (facilitação de contrabando – dever funcional) e 334-A (contrabando). Concorrem para o mesmo contrabando.

, a prática de

(Incluído pela Lei nº

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Art. 342, § 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova

.

destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta

Art. 343. Dar, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação: (Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001)
Pena - reclusão, de três a quatro anos, e multa.

5.3. TEORIA DUALISTA

Essa teoria distingue o crime cometido pelo autor do crime cometido pelo partícipe. Por conta dessa teoria, diz-se que o CP adotou uma forma de Teoria Monista aproximada da Dualista, ou ainda, nas palavras de João Mestieri, uma ***Teoria Monista temperada***, uma vez que, não obstante prever o mesmo crime para coautores e partícipes, admite a variação das penas conforme a participação dos concorrentes na produção do resultado.

6. FORMAS DE CONCURSO DE PESSOAS

Há duas formas de concurso de pessoas, quais sejam: coautoria (todos os agentes realizam condutas principais) e participação (o agente realiza conduta acessória).

7. AUTORIA

7.1. TEORIAS

7.1.1. Teoria Objetivo-Formal

É uma variante de teoria restritiva, tendo em vista que restringe o conceito de autor e admite a figura do participe.

Segundo a Teoria Objetivo-Formal, o autor é todo aquele que realiza o núcleo (verbo) do tipo penal. Por exemplo, no homicídio o autor é quem mata; no estupro, autor é quem constrange; no furto, autor é quem subtrai. Já o partícipe, para esta teoria, é todo aquele que concorre de qualquer modo para o crime, sem executar o núcleo do tipo.

Observe que, aqui, o autor intelectual (aquele que planeja toda a atividade criminosa, mas não executa) é partícipe, uma vez que não realiza o núcleo do tipo. Por exemplo, o autor intelectual planeja todos os detalhes de um homicídio, mas quem atira é outra pessoa.

Os adeptos da Teoria Objetivo-Formal precisam complementá-la com a Teoria da Autoria Mediata, segundo a qual o agente se vale de uma pessoa sem culpabilidade para executar o crime. Usando o exemplo acima, o autor utiliza um inimputável (menor de 18 anos) para disparar a arma de fogo e matar.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Perceba que, conforme visto acima, na autoria mediata não há concurso de pessoas, eis que falta pluralidade de agentes culpáveis e vínculo subjetivo.

Por fim, salienta-se que na autoria mediata têm-se:

- Autor mediato – *autor de trás*.
- Autor imediato – instrumento do crime.

7.1.2. Teoria do Domínio do Fato

Criação de Hans Welzel, em 1939. Está intimamente ligada ao finalismo penal, que surgiu em 1930.

Sua finalidade é ampliar o conceito de autor, para:

- Autor é aquele que pratica o núcleo do tipo
- Autor intelectual (O Professor em *La Casa de Papel*)
- Autor mediato
- Autor é quem tem o controle final do fato

Observações:

1) A Teoria do Domínio do Fato admite a figura do partícipe? Sim. Esta Teoria ampliou o conceito de autor, consequentemente, diminuiu o conceito de partícipe para compreender aquele que concorre de qualquer modo para o resultado, sem executar o núcleo do tipo e sem ter o controle final do fato.

2) A Teoria do Domínio do Fato é aplicada para todo e qualquer crime? Não. Esta Teoria somente será aplicada aos crimes dolosos (STF 138.637). É incompatível com os crimes culposos, uma vez que o resultado será involuntário, não será possível ter o controle final.

3) Qual foi a teoria adotada pelo Código Penal? O CP, expressamente, não adota nenhuma teoria. Nosso Código Penal é de 1940, sua parte geral foi reformulada em 1984 e a Teoria do Domínio do Fato começou a ser discutida no Brasil apenas no final da década de 90. Portanto, não é possível afirmar que foi adotada. A doutrina e a jurisprudência sempre adotaram a Teoria Objetivo-Formal. É possível afirmar que, modernamente, a Teoria do Domínio do Fato passou a ser adotada, principalmente, para os crimes praticados por grupos criminosos em geral (operação lava jato, mensalão).

Observe o art. 2º, §3º da Lei de Organização Criminosa em que há indícios da referida teoria:

> *Lei 12.850/2013 – Art. 2º, § 3o A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução.*

As duas teorias se complementam, não são excludentes.

Destaque para o Informativo 880 do STF (Dizer o Direito), em que o Supremo reafirmou o entendimento de que o superior hierárquico não pode ser punido com base na teoria do domínio do fato quando ausente o dolo.

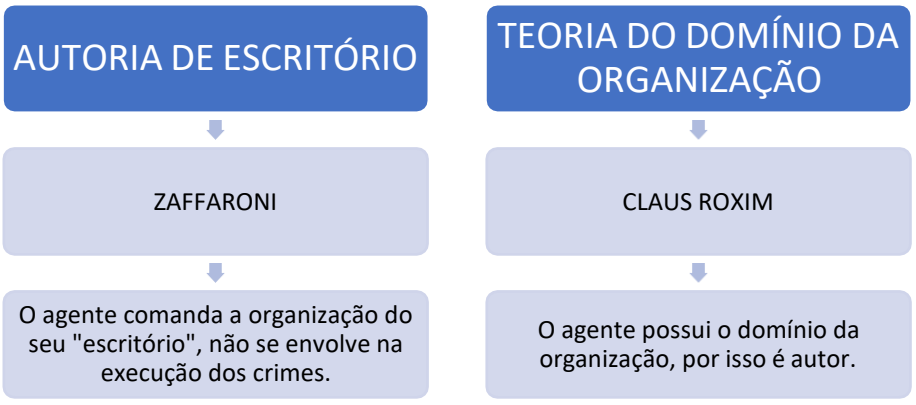
> **A teoria do domínio do fato não permite que a mera posição de um agente na escala hierárquica sirva para demonstrar ou reforçar o dolo da conduta.**
> **Do mesmo modo, também não permite a condenação de um agente com base em conjecturas.**
> **Assim, não é porque houve irregularidade em uma licitação estadual que o Governador tenha que ser condenado criminalmente por isso.**
> STF. 2ª Turma. AP 975/AL, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 3/10/2017 (Info 880).

No mesmo sentido o HC 127.397 do STF (Informativo 850 – Dizer o Direito), observe:

> Sobre o tema, confira outro precedente semelhante:
> Não há óbice para que a denúncia invoque a teoria do domínio do fato para dar suporte à imputação penal, sendo necessário, contudo, que, além disso, ela aponte indícios convergentes no sentido de que o Presidente da empresa não só teve conhecimento do crime de evasão de divisas, como dirigiu finalisticamente a atuação dos demais acusados.
> Assim, não basta que o acusado se encontre em posição hierarquicamente superior. Isso porque o próprio estatuto da empresa prevê que haja divisão de responsabilidades e, em grandes corporações, empresas ou bancos há controles e auditorias exatamente porque nem mesmo os sócios têm como saber tudo o que se passa.

7.2. AUTORIA DE ESCRITÓRIO E TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO

São desdobramentos da Teoria do Domínio do Fato, relacionadas às estruturas ilícitas de poder (organizações criminosas e grupos terroristas).



8. COAUTORIA

Envolve dois ou mais autores.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

8.1. ESPÉCIES

8.1.1. Parcial ou Funcional

Os dois ou mais autores praticam atos diversos que somados levam a produção do resultado. Por exemplo, “A” segura a vítima e disfere socos, enquanto “B” a esfaqueia.

8.1.2. Direta ou Material

Os coautores praticam atos iguais, visando a produção do resultado. Por exemplo, “A” e “B” juntos esfaqueiam a vítima.

8.2. CRIMES PRÓPRIOS E DE MÃO PRÓPRIA

Crimes próprios ou especiais são aqueles em que o tipo penal reclama uma situação fática ou jurídica diferenciada, no tocante ao sujeito ativo. Por exemplo, ser funcionário público no peculato; ser a mãe, no infanticídio. Estes crimes admitem tanto a coautoria quanto a participação.

Já os crimes de mão própria ou de atuação pessoal ou de conduta infungível só podem ser praticados pela pessoa indicada no tipo penal, a exemplo do falso testemunho, da falsa perícia.

No Brasil, firmou-se o entendimento de que estes crimes admitem a participação, mas não a coautoria, salvo no caso da falsa perícia (dois peritos de comum acordo elaboram e assinam o laudo falso).

Por fim, salienta-se que, para os adeptos da Teoria do Domínio do Fato, os crimes de mão própria admitem a coautoria e a participação.

9. PARTICIPAÇÃO

O conceito de partícipe depende da teoria adotada para o autor. Assim:

- Para a Teoria Objetivo-Formal – é aquele que concorre de qualquer modo para o resultado sem executar o núcleo do tipo.

- Para a Teoria do Domínio do fato – é aquele que concorre de qualquer modo para o resultado sem executar o núcleo do tipo e sem ter o controle final do fato.

De acordo com Rogério Sanches, “*entende-se por partícipe o coadjuvante do crime, ou seja, aquele que não pratica o preceito primário do tipo incriminador e nem tem o domínio criminoso, mas induz, instiga ou auxilia alguém (pessoa determinada) a realizar o delito (fato determinado)*”.

9.1. MODALIDADES DE PARTICIPAÇÃO

9.1.1. Moral

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

Limita-se a ideias, a conselhos, a sugestões. Divide-se em:

INDUZIMENTO	INSTIGAÇÃO

Faz surgir na mente de alguém uma vontade criminosa que, até então, não existia.	Reforça uma vontade criminosa já existente.
Devem se referir a um crime determinado e a uma pessoa determinada.	

Não existe participação genérica. A incitação a pessoas indeterminadas gera a prática do tipo de incitação ao crime (art. 286 do CP).

> *Art. 286 - Incitar, publicamente, a prática de crime:*
> *Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.*

9.1.2. Material

Ocorre através de instrumentos, de objetos. Por exemplo, emprestar a arma do crime.

É o chamado auxílio, ou seja, o partícipe (chamado de cumplice) concorre materialmente para o crime, sem executá-lo.

Destaca-se que não se admite o auxílio posterior a consumação, salvo se ajustado previamente. Em suma, o auxílio deve ocorrer durante os atos preparatórios ou executórios.

AUXÍLIO POSTERIOR À CONSUMAÇÃO	
COM AJUSTE PRÉVIO	SEM AJUSTE PRÉVIO
Caracteriza participação. O agente responde pelo crime praticado pelo autor, porque concorreu para ele.	Não caracteriza participação. Não há concurso de pessoas, o agente não responde pelo crime praticado pelo autor.

9.2. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA

Prevista no art. 29, §1º do CP, é uma causa de diminuição de pena (natureza jurídica), incidindo na terceira fase da dosimetria da pena.

> *Art. 29, § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.*

Salienta-se que se trata de um dever do juiz, pois é um direito subjetivo do réu.

É concurso de pessoas, ou seja, o agente responde pelo crime praticado pelo autor com a pena diminuída de um sexto a um terço.

A diminuição da pena só é possível na participação. Não se admite coautoria de menor importância.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

Além disso, a participação de menor importância é chamada de participação mínima, tendo em vista que é de leve consequência causal, uma vez que o agente concorre para o resultado em menor grau. Perceba que está relacionada à conduta do agente, assim o perfil subjetivo do partícipe (reincidência, por exemplo) não interferem na diminuição.

Ressalta-se que para a Teoria Objetiva-Formal o autor intelectual é partícipe, mas não se

aplica a causa de diminuição, pois sua conduta nunca será de menor importância.

Não confundir:

PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA	PARTICIPAÇÃO INÓCUA
O agente concorre objetivamente para o resultado. Porém, em menor grau.	O agente, embora queira, não concorre objetivamente para o resultado.
Responde pelo crime praticado pelo autor com a pena diminuída.	Não responde pelo crime praticado pelo autor.

9.3. PARTICIPAÇÃO IMPUNÍVEL

Prevista no art. 31 do CP, observe:

> *Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.*

Consagra o caráter acessório da participação, pode ser chamado de Princípio da Executividade da Participação. Assim, a participação só terá relevância penal quando o autor praticar, pelo menos, um crime tentado (os atos de execução do crime).

Por exemplo, Pedro contrata João para matar sua sogra. João e a sogra apaixonam-se e vão para Paris. Pedro não será punido, pois não houve tentativa de homicídio.

Trata-se, portanto, de uma causa da atipicidade da conduta do partícipe.

Salienta-se que em determinadas situações o legislador incrimina a determinação, a instigação e o auxílio de maneira autônoma, independentemente da prática de outro crime, a exemplo do crime de associação criminosa (art. 288 do CP).

9.4. PARTICIPAÇÃO POR OMISSÃO

É possível a participação por omissão quando o omitente tinha o dever de agir para evitar o resultado e podia agir para evitá-lo. Deve-se observar as regras do art. 13, §2º do CP (já visto).

Por exemplo, o policial flagra a filha de seu desafeto sendo estuprada e, mesmo tendo o dever de agir e podendo agir, não faz nada. O estuprador será o autor do estupro e o policial será o partícipe do crime.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

9.5. CONIVÊNCIA

A conivência ou participação negativa ou crime silente ou concurso absolutamente negativo é omissão de quem não possui o dever de agir para evitar o resultado (fora das hipóteses do art. 13, §2º do CP).

Por exemplo, vizinho percebe que no apartamento ao lado tem uma mulher sendo espancada pelo marido e não faz nada. O vizinho responde por omissão de socorro.

Perceba que na conivência não há participação, uma vez que não se trata de concurso de pessoas

9.6. PARTICIPAÇÃO EM CADEIA

É a participação na participação.

Por exemplo, “A” deseja matar “B”, mas não conhece ninguém para executa o crime. Diante disso, pede ajuda para “C” que convence “D” a praticar o crime. Perceba “A” induz “C” a induzir “D” a praticar o crime. É perfeitamente possível.

Não se confunde com a participação sucessiva em que a mesma pessoa é induzida, instigada ou auxiliada por dois ou mais indivíduos a cometer um crime. Por exemplo, “A” e “C” induzem “D” a matar “B”.

9.7. TEORIAS DA ACESSORIEDADE

Estas teorias auxiliam na análise da participação do partícipe. Buscam explicar o que o autor precisa fazer para que o partícipe seja punido.

9.7.1. Teoria da Acessoriedade Mínima

Não é adotada.

Para se punir o partícipe basta que o autor pratique um fato TÍPICO.

Essa teoria é injusta, pois se alguém induzir outrem a agir em legítima defesa praticará crime na forma de participação. Perceba que pune o partícipe quando assessora condutas acobertadas por excludentes da ilicitude.

9.7.2. Teoria da Acessoriedade Limitada

O fato praticado pelo autor deve ser **TÍPICO** e **ILÍCITO**. Ou seja, mesmo que o fato principal seja inculpável, o partícipe será punido.

Por muito tempo, a doutrina adotou a teoria da Acessoriedade limitada.

9.7.3. Teoria da Acessoriedade Máxima ou Extrema

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

O fato praticado pelo autor deve ser TÍPICO, ILÍCITO e CULPÁVEL.

É a teoria adotada atualmente.

9.7.4. Teoria da Hiperacessoriedade

Não é adotada.

Para punir o partícipe o autor deve praticar um fato TÍPICO, ILÍCITO, CULPÁVEL e PUNÍVEL.

Aqui, temos o partícipe não respondendo pelo crime, caso o autor do fato principal tenha o

fato prescrito para si, por conta da redução do prazo prescricional pela senilidade, por exemplo

10. COPARTICIPAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA

Igualmente chamada de desvios subjetivos entre os agentes. Previsto no §2º do art. 29 do CP, observe:

> *Art. 29, § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.*

1ª Parte – *quis participar de crime menos grave*

Imagine dois agentes, "A" e "B", e dois crimes, furto e latrocínio.

"A" e "B" ajustam suas vontades para praticar o furto de um automóvel que estava estacionado na rua. Na hora que abrem o carro o alarme dispara e a vítima sai na rua. Neste momento, "A" foge, já "B" fica e mata a vítima.

Por quais crimes irão responder?

- "A" responderá por tentativa de furto qualificado pelo concurso de pessoas, já que com o alarme fugiu;
- "B" responderá por latrocínio.

Perceba que a coparticipação dolosamente distinta NÃO é uma mitigação à Teoria Monista, pois no tocante ao crime mais grave (latrocínio, no exemplo) não há concurso de pessoas, que está presente apenas no crime menos grave (furto, em nosso exemplo).

2ª Parte – *na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave*

Imagine o mesmo exemplo acima. Contudo, aqui, "A" tinha conhecimento do temperamento agressivo de "B" que já tinha, inclusive, praticado outro latrocínio antes.

Por quais crimes irão responder:

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

- A" responderá por tentativa de furto qualificado pelo concurso de pessoas, com a pena aumentada até a metade;
- "B" responderá por latrocínio.

11. EXECUTOR DE RESERVA

É o agente que pode ser classificado como coautor ou como partícipe, a depender da sua atuação no caso concreto.

O executor de reserva presencia a prática de um crime e fica disponível para eventual intervenção.

- Coautor – quando a intervenção se efetivar;
- Partícipe - quando a intervenção não ocorre.

12. CIRCUNSTÂNCIAS (IN) COMUNICÁVEIS

Previsto no art. 30 do CP, vejamos:

> *Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.*

Comunicabilidade é a transferência daquilo que é de um dos agentes para os demais.

12.1. ELEMENTARES

São os dados que integram a modalidade básica do crime, ou seja, formam o chamado tipo penal fundamental.

Em regra, estão previstas no *caput* de cada artigo. Por exemplo, no homicídio o matar alguém. Ressalta-se que há no Código Penal uma elementar prevista fora do *caput*, qual seja o excesso de exação (art. 316, §1º).

12.2. CIRCUNSTÂNCIAS

São os dados que se agregam ao tipo fundamental para aumentar ou diminuir a pena, a exemplo das qualificadoras, privilegiadoras, das causas de aumento e de diminuição da pena.

Dividem-se em:

12.2.1. Pessoais ou subjetivas

Dizem respeito ao agente. Por exemplo, os motivos do crime.

12.2.2. Reais ou objetivas

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Dizem respeito ao crime e não ao agente, a exemplo do emprego de fogo, do veneno usados para matar a vítima.

12.3. CONDIÇÕES

São fatores que existem independentemente da prática do crime. Também podem ser pessoais ou subjetivas (reincidência, por exemplo) ou reais ou objetivas (a noite, por exemplo).

12.4. AS REGRAS DO ART. 30 DO CP

Da análise do art. 30 do CP é possível extrair cinco regras:

1ª – as elementares se comunicam, desde que sejam do conhecimento de todos os agentes (visa evitar a responsabilidade penal objetiva). Por exemplo, o crime de peculato é necessário saber que o agente é funcionário público.

2ª – as circunstâncias pessoais ou subjetivas NUNCA se comunicam, pouco importa se eram ou não do conhecimento dos demais agentes. Por exemplo, pagar para matar o estuprador

da filha. O pai responderá pelo homicídio privilegiado, o executor por qualificado.

3ª – as circunstâncias reais ou objetivas se comunicam, desde que sejam do conhecimento de todos os agentes. Exemplo: contrata para matar e sabe que o executor irá torturar, a qualificadora irá se comunicar.

4ª – as condições pessoais ou subjetivas NUNCA se comunicam, pouco importa se eram ou não do conhecimento dos demais agentes. Por exemplo, a reincidência só irá aumentar a pena do reincidente, dos demais agentes não.

5ª – as condições reais ou objetivas se comunicam, desde que sejam de conhecimento de todos os agentes. Por exemplo, furto praticado durante o repouso noturno.

12.5. INFANTICÍDIO, ESTADO PUERPERAL E ELEMENTARES PERSONALÍSSIMAS

Observe o disposto no art. 123 do CP:

> *Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:*
> *Pena - detenção, de dois a seis anos.*

O estado puerperal é uma elementar do tipo.

Imagine que a mãe, logo após o parto, queira matar o filho. Mas como está impossibilitada de sair da cama, faz com que o pai da criança a mate.

Inicialmente, Nelson Hungria entendia que não haveria a comunicação, assim a mãe responderia por infanticídio e o pai por homicídio, pois o estado puerperal seria uma elementar personalíssima. Na quinta edição de seu livro, reviu seu entendimento, afirmando que não há

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

divisão das elementares em comum ou personalíssima, serão comunicáveis quando forem de conhecimento dos demais agentes. Desta forma, o pai também responderia por infanticídio.

13. AUTORIA COLATERAL

Também chamada de autoria parelha ou de coautoria imprópria.

Primeiramente, salienta-se que na autoria colateral NÃO há concurso de pessoas. Aqui, dois ou mais agentes realizam atos de execução de um mesmo crime, cada um desconhecendo a atuação do outro.

Por exemplo, “A” e “B”, não se conhecem, mas possuem “C” como desafeto. Ambos encontram “C” e resolver atirar para matá-lo. O tiro de “A” mata “C”, já que “B” errou o disparo. Por quais crimes irão responder?

- “A” responde por homicídio consumado
- “B” responde por tentativa de homicídio

Perceba que cada um responderá pelo crime praticado, não há concurso de pessoas porque falta vínculo subjetivo entre os agentes. Em nosso exemplo, “A” não possui consciência que está colaborando para o crime de “B” e vice-versa.

Além disso, na autoria colateral é possível identificar qual o agente produziu o resultado.

Imagine que “A” atira em “C” que morre instantaneamente. Segundos depois, “B” atira contra “C”, por quais crimes irão responder?

- “A” responde por homicídio consumado
- “B” não responde por nenhum crime, eis que caracterizado crime impossível (não podia matar alguém que já estava morto)

14. AUTORIA INCERTA

A autoria incerta pressupõe a autoria colateral. Igualmente, não há concurso de pessoas.

Diferencia-se da autoria colateral porque não é possível apurar quem produziu o resultado.

Por exemplo, “A” e “B”, não se conhecem, mas possuem “C” como desafeto. Ambos encontram “C” e resolver atirar para matá-lo. Não é possível identificar o disparo de quem matou a vítima. Por quais crimes irão responder?

Ambos irão responder por tentativa de homicídio, tendo em vista que praticaram atos de execução. Aplica-se aqui o *in dubio pro reo*, já que não é possível identificar quem produziu o resultado. Se houvesse concurso de pessoas (não há já que ausente o vínculo subjetivo) responderiam por homicídio consumado.

Por exemplo, esposa e amante decidem matar o homem, colocando veneno no café. Não houve combinação entre elas. O homem morre, no laudo de necropsia fica constado que ele

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

ingeriu veneno para rato e farinha de trigo. Não é possível identificar quem produziu o resultado, uma delas praticou o homicídio consumado a outra praticou crime impossível (farinha de trigo), como não é possível saber, deve prevalecer o *in dubio pro reo*.

Em suma, na autoria incerta, se ambos os agentes praticam atos de execução, ambos respondem pela tentativa. Caso um pratique os atos de execução e outro crime impossível, ambos respondem por crime impossível.

15. AUTORIA DESCONHECIDA

É um instituto do Processo Penal, não se confunde com a autoria incerta.

Aqui, um crime foi praticado, mas não há se quer indícios de quem foi seu autor. Consequentemente, o inquérito policial acaba sendo arquivado.

Cita-se, como exemplo, o furto de uma residência que estava vazia no final de semana. Ninguém viu, não há câmeras, sendo o crime de autoria desconhecida.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

1. INTRODUCÃO

A punibilidade não é elemento do crime, mas sim sua consequência. Como visto acima, para os tripartidos o crime é composto de fato típico, ilicitude e culpabilidade; já para os bipartidos, é composto de fato típico e ilicitude.

Entende-se por punibilidade a possibilidade de o Estado aplicar uma sanção penal ao responsável pela prática de um crime ou de uma contravenção penal.

O direito de punir (*ius puniendi*) deve ser compreendido sob um tríplice aspecto:

- Direito
- Dever
- Poder

2. O ARTIGO 107 DO CÓDIGO PENAL

> *Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:*
> *I - pela morte do agente;*
> *II - pela anistia, graça ou indulto;*
> *III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;*
> *IV - pela prescrição, decadência ou perempção;*
> *V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;*
> *VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;*
> *IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.*

2.1. ROL EXPLICATIVO OU TAXATIVO?

É pacífico que o rol do art. 107 do CP é meramente explicativo, tendo em vista que outros dispositivos legais podem criar novas causas extintivas das punibilidades, já que é um instituto que beneficia o réu.

Citam-se, como exemplos:

a) Lei 9.099/95 – art. 89: suspensão condicional do processo. Cumpridas todas as condições durante o período de prova, sem revogação do benefício, está extinta a punibilidade;

b) CP art. 312, §3º: reparação do dano no peculato culposo

c) Lei 10.684/2002 – art. 9º, §2º: pagamento do tributo

Admitem-se, no Direito Brasileiro, causas supralegais (não previstas em lei) de extinção da punibilidade? Sim, a exemplo da causa prevista na Súmula 554 do STF.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

> *STF - Súmula 554: o pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal.*

Interpretando a súmula a contrário sensu pode-se afirmar que o pagamento de cheque

sem fundos, até o recebimento da denúncia, obsta o prosseguimento da ação penal.

3. MOMENTO DA OCORRÊNCIA DA CAUSA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE

3.1. PRETENSÃO PUNITIVA

Ocorre antes do trânsito em julgado da condenação para ambas as partes.

Ressalta-se que a decadência, a perempção, a renúncia ao direito de queixa, o perdão aceito, a retração do agente e o perdão judicial são causas extintivas da punibilidade que atingem SOMENTE a pretensão punitiva, uma vez que ocorrem antes do trânsito em julgado.

3.2. PRETENSÃO EXECUTÓRIA

Ocorre após o trânsito em julgado da condenação para ambas as partes.

Por outro lado, o indulto (embora haja decisões do STF em sentido contrário) e a graça atingem somente a pretensão executória.

Já a morte do agente, a anistia, a *abolitio criminis* e a prescrição atingem a pretensão punitiva e a pretensão executória, dependendo do momento em que ocorrem.

4. EFEITOS DAS CAUSAS EXTINTIVAS DA PUNIBILIDADE

4.1. PRETENSÃO PUNITIVA

Apagam todos os efeitos de eventual sentença condenatória já proferida. Assim, a sentença não irá gerar reincidência, nem maus antecedentes, bem como a obrigação de reparar o dado. Portanto, não subsiste nenhum efeito da condenação.

Para falar em efeitos da condenação é necessária uma sentença que tenha transitado em julgado. Quando se atinge a pretensão punitiva, não há trânsito em julgado, por isso que não subsistem os efeitos.

4.2. PRETENSÃO EXECUTÓRIA

Apagam somente a pena, que é o efeito principal da condenação. Todos os demais efeitos da condenação permanecem intactos.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

5. CRIMES ACESSÓRIOS, COMPLEXOS E CONEXOS

CRIMES ACESSÓRIOS (DE FUSÃO ou PARASITÁRIOS)	CRIMES COMPLEXOS	CRIMES CONEXOS

Conceitos	Dependem da prática de um crime anterior. Não existem de forma isolada.	Resultam da fusão/união de dois ou mais crimes.	Estão ligados entre si, de qualquer modo
Exemplos	Receptação Lavagem de Capitais	Roubo = furto + lesão corporal ou furto + ameaça	Homicídio de uma testemunha para manter em pune um estupro
Modo de extinção da punibilidade	A extinção da punibilidade não e estende ao outro crime. Por exemplo, a extinção da punibilidade do furto não se estende ao crime de receptação.		É analisado de forma separada para cada crime. Assim, a extinção da punibilidade para um não impede que a pena do outro seja agravada pela conexão.

O art. 108 do CP disciplina o que está na tabela, observe:

> *Art. 108 - A extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro **não se estende** a este. Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão.*

6. MORTE DO AGENTE

6.1. PREVISÃO LEGAL

Está disposto no art. 107, I, do CP, vejamos:

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

6.2. FUNDAMENTOS

6.2.1. Princípio da personalidade da pena

Previsto no at. 5º, LIV da CF, segundo o qual a pena não pode passar da pessoa do condenado.

> *Art. 5º, XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;*

A obrigação de reparar o dano será transmitida até o limite da herança.

6.2.2. ***Mors omnia solvit***

Significa que a morte tudo apaga.

6.3. ALCANCE DA PALAVRA “AGENTE”

A palavra “agente” abrange o responsável pela infração penal a qualquer momento da persecução penal, pode ser o suspeito (está sendo investigado), o indiciado (delegado fez o indiciamento), o acusado (MP ofereceu a denúncia), o querelado (queixa-crime), o réu (juiz recebe a denúncia ou a queixa-crime), o condenado (após a sentença), o reeducando (quando cumpre a pena).

6.4. CAUSA PERSONALÍSSIMA

A extinção da punibilidade pela morte de um dos agentes não se comunica aos demais agentes envolvidos na prática do crime.

6.5. PROVA DA MORTE DO AGENTE

A morte só pode ser provada mediante certidão de óbito, nos termos do art. 62 do CPP:

> *CPP Art. 62. No caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade.*

Aqui, temos uma exceção ao princípio de liberdade de provas. Prova tarifada, rígida.

Tratando-se de certidão de óbito falsa há duas correntes:

1ªC - Havendo trânsito em julgado, e sendo vedada a revisão criminal em favor da sociedade (*pro societate*), só resta ao MP perseguir a pena da falsidade material. O crime que teve a punibilidade extinta não pode ser exumado.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

2ª Corrente: Considerando que a sentença se baseou em fato INEXISTENTE (objeto de certidão falsa) passa a ser considerada também um ato judicial inexistente, não sofrendo seus efeitos a qualidade da coisa julgada material. Daí pode o MP não somente perseguir a pena da falsidade documental, como também, reiniciar o processo antes extinto pelo art. 107. Falsidade documental + crime. Prevalece no STF (HC 104.998) e no STJ (HC 143.474)

7. ANISTIA, GRAÇA E INDULTO

7.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

São formas de clemência soberana emanadas de órgãos alheios ao poder judiciário. A anistia é concedida pelo Poder Legislativo, já a graça e o indulto são concedidos pelo Poder Executivo.

Contudo, para ocorrer a extinção da punibilidade exige-se decisão judicial.

Admitidas tanto nos crimes de ação penal privada quanto nos crimes de ação penal pública.

7.2. ANISTIA

7.2.1. Conceito

É a exclusão, por lei ordinária, dotada de efeitos retroativos de um ou mais fatos criminosos do raio de incidência do Direito Penal.

Perceba que tanto a anistia quanto a *abolitio criminis* são reguladas por lei ordinária. Por isso, afirma-se que são as causas extintivas da punibilidade mais fortes de todas, as quais excluem a própria tipicidade do fato.

Na *abolitio criminis* o crime é revogado (por exemplo, lei revoga o crime de furto). Já na anistia há a revogação de um ou mais fatos (por exemplo, anistiam-se os furtos de bicicletas praticados no ano passado).

A lei de anistia é editada pelo Congresso Nacional, sendo de livre iniciativa.

Destaca-se que, em regra, a anistia dirige-se aos crimes políticos. Por fim, a anistia é destinada a fatos e não a pessoas.

7.2.2. Espécies

ANISTIA	
PRÓPRIA	É concedida antes da condenação definitiva.
IMPRÓPRIA	É concedida após o trânsito em julgado da condenação.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

INCONDICIONADA	É aquela que não impõe nenhuma condição para ser aceita. Logo, o beneficiário não pode recusá-la.
CONDICIONADA	Impõe alguma condição. Portanto pode ser recusada pelo destinatário.
GERAL (ABSOLUTA)	É aquela concedida em termos gerais.
PARCIAL (RELATIVA)	É aquela que faz distinção entre crimes ou pessoas.

7.2.3. Efeitos

A anistia possui eficácia *ex tunc*, alcançando fatos passados. Além disso, apaga todos os efeitos da sentença penal conferida.

7.2.4. Crimes hediondos e equiparados

É vedada em crimes hediondos e equiparados.

7.3. GRAÇA

7.3.1. Conceito

Alguns também chamam de indulto individual.

A graça atinge somente a pretensão executória, ou seja, manifesta-se após o trânsito em julgado da condenação.

Entende-se por graça a causa extintiva da punibilidade que possui como objeto crimes comuns, com sentença condenatória transitada em julgado, que beneficia pessoa determinada, mediante a extinção ou comutação da pena aplicada.

A graça é concedida por decreto do Presidente da República. É um ato privativo (pode ser delegado aos Ministros de Estado, ao Procurador Geral da República ou ao Advogado Geral da União) e discricionário.

7.3.2. Efeitos

Como atinge a pretensão executória, atinge somente a pena. Desta forma, os demais efeitos da condenação continuam válidos.

7.3.3. Espécies

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

GRAÇA	
PLENA (TOTAL)	Concede a extinção total da pena (causa de extinção da punibilidade).
PARCIAL	Concede apenas a comutação da pena. Ou seja, sua diminuição ou substituição por outra.

Em regra, a graça não pode ser recusada, salvo se sujeita a alguma condição.

7.3.4. Crimes hediondos e equiparados

É incompatível com os crimes hediondos e equiparados.

7.4. INDULTO

7.4.1. Conceito

Chamados por alguns de indulto coletivo.

É a modalidade de clemência soberana concedida de forma espontânea pelo Presidente da República, a todos os condenados que preencherem os requisitos exigido pelo decreto de indulto.

Em regra, a concessão de indulto só será possível após o trânsito em julgado da condenação. O STF, excepcionalmente, já admitiu o indulto antes do trânsito em julgado da condenação (HC 87.301).

Igualmente, é concedido por decreto privativo e discricionário do Presidente da República.

7.4.2. Espécies

INDULTO	
TOTAL	Há a extinção da pena.
PARCIAL	Há somente comutação da pena.
INCONDICIONADO	É aquela que não impõe nenhuma condição para ser aceita. Logo, o beneficiário não pode recusá-la.
CONDICIONADO	Impõe uma ou mais condições. Portanto pode ser recusado pelo destinatário.

7.4.3. Crimes hediondos e equiparados



A CF não trouxe expressamente a vedação de concessão do indulto aos crimes hediondos e equiparados. A Lei dos Crimes Hediondos trouxe tal vedação.

1ª Corrente: CF trouxe proibições máximas, não poderia o legislador ordinário suplantá-las. Logo, a vedação do indulto seria inconstitucional.

2ª Corrente – STF (HC 81.565) e STJ (HC 271.573): a CF traz proibições mínimas, autorizando o legislador ordinário a criação de outras, a regulamentação da matéria. E mais, graça na CF seria em sentido amplo, abrangendo indulto. Portanto, é constitucional.

7.4.4. Prática de falta grave

Por fim, salienta-se que o cometimento de falta grave não interrompe automaticamente o prazo para o deferimento do indulto ou da comutação de pena. A concessão do indulto e da comutação é regulada por requisitos previstos no decreto presidencial pelo qual foram instituídos.

Assim, a prática de falta disciplinar de natureza grave, em regra, não interfere no lapso necessário à concessão de indulto e comutação da pena, salvo se o requisito for expressamente previsto no decreto presidencial.

Súmula 535-STJ: A prática de falta grave não interrompe o prazo para fim de comutação de pena ou indulto.

8. ABOLITIO CRIMINIS

Tratada no item 13.3.1, dentro do item Lei Penal no Tempo, todas as considerações podem ser relidas.

9. PRESCRIÇÃO, DECADÊNCIA E PEREMPÇÃO

9.1. PRESCRIÇÃO

A prescrição será analisada em tópico específico.

9.2. DECADÊNCIA

É a perda do direito de ação, pela consumação do termo prefixado pela lei, para o oferecimento da queixa (nas ações penais privadas) ou representação (nas ações penais públicas condicionadas), demonstrando, claramente, a inércia do seu titular. Extinto o direito de ação, perde o Estado, por conseguinte, o seu direito de punir.

Maiores considerações acerca da decadência podem ser encontradas em nosso CS de Processo Penal, na parte de Ação Penal.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

9.3. PEREMPÇÃO

É uma sanção processual imposta ao querelante inerte ou negligente, implicando a extinção da punibilidade. Desdobramento lógico do princípio da disponibilidade da ação privada.

Aprofundamento acerca do instituto pode ser encontrado em nosso CS de Processo Penal, na parte de Ação Penal.

10. RENÚNCIA AO DIREITO DE QUEIXA OU PERDÃO ACEITO

A renúncia é o ato unilateral pelo qual o ofendido (ou seu representante legal) desiste do direito de promover a persecução penal, extinguindo, assim, a punibilidade do agente.

Por sua vez, o perdão é o ato pelo qual o querelante ou seu representante legal desiste de prosseguir com andamento do processo, já em curso, desculpando o ofensor pela prática do crime e consequentemente extinguindo sua punibilidade.

RENÚNCIA	PERDÃO DO OFENDIDO
Decorrente do princípio da OPORTUNIDADE	Decorrente do princípio da DISPONIBILIDADE.
Ato unilateral	Ato bilateral
Extraprocessual	Extra ou processual.
Excepcionalmente é cabível em Ação Pública (Juizados)	Exclusivo de ação penal privada.
Obsta a formação do processo	Pressupõe processo.
Concessão expressa ou tácita	Concessão expressa ou tácita.

Aprofundamento acerca do instituto pode ser encontrado em nosso CS de Processo Penal.

11. RETRATAÇÃO DO AGENTE

É desdizer-se, é assumir que errou.

Fundamenta-se no arrependimento do autor do fato. É possível apenas nos casos expressamente previsto em lei.

Hipóteses legais

- Calúnia (art. 143)
- Difamação (art. 143)
- Falso testemunho (art. 342, §2º)



.

- Falsa perícia (art. 342, §2º)

> *Art. 143 - O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena.*
>
> *Art. 342, § 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.*

A retratação é ATO UNILATERAL, dispensando a concordância da vítima. No entanto, nada impede que a vítima procure ressarcimento na esfera cível.

12. PERDÃO JUDICIAL

12.1. CONCEITO

É o ato exclusivo de integrante do Poder Judiciário que, na sentença ou no acordão, deixa de aplicar a pena ao réu.

Só será possível conceder nos casos expressamente previstos em lei. Desta forma, não pode o juiz estender o perdão judicial aos crimes não previsto em lei.

Ato que concede o perdão possui natureza de sentença, até porque apura se os requisitos estão presentes.

12.2. NATUREZA JURÍDICA

É causa de extinção da punibilidade, constituindo um direito subjetivo do réu. Portanto, o juiz possui discricionariedade para avaliar a presença dos requisitos do perdão judicial, mas estando presentes não pode deixar de aplicar.

12.3. APLICABILIDADE

Em regra, o Direito Penal prevê o perdão judicial para crimes culposos, a exemplo do homicídio culposo, da receptação culposa.

Contudo, admite-se o perdão judicial em crimes dolosos, como ocorre no crime de injúria (art. 140, §1º), também está previsto na Lei de Organizações Criminosas como um dos benefícios da colaboração premiada.

12.4. INCOMUNICABILIDADE NO CONCURSO DE PESSOAS

O perdão judicial tem natureza subjetiva ou pessoal, por isso não se comunica no caso de concurso de pessoas. Assim, a extinção da punibilidade só irá ocorrer para quem efetivamente merecer o perdão judicial.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

12.5. NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA

A sentença não é condenatória, eis que não existe condenação sem pena. No perdão judicial o juiz deixa de aplicar a pena ao réu. Igualmente, não se trata de uma sentença absolutória, já que quem é absolvido não precisa ser perdoado.

Desta forma, nos termos da Súmula 18 do STJ, pode-se afirmar que a sentença que concede o perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade. Em suma, o juiz não condena e nem absolve, reconhece a existência de uma causa extintiva da punibilidade e a declara.

12.6. DISTINÇÃO ENTRE PERDÃO JUDICIAL E ESCUSAS ABSOLUTÓRIAS

Escusas absolutórias são, por exemplo, as imunidades absolutas nos crimes contra o patrimônio cometidos sem violência e grave ameaça. Como ocorre no furto praticado pelo filho (18 anos) contra o pai (50 anos).

PERDÃO JUDICIAL	ESCUSAS ABSOLUTÓRIAS
Fato é típico e ilícito. O agente dotado de culpabilidade.	
Natureza subjetiva, por isso só pode ser concedido na sentença ou no acordão. Assim, é necessária a instrução criminal para apurar os seus requisitos.	Natureza objetiva, por isso impedem a persecução penal.

12.7. DISTINÇÃO ENTRE PERDÃO JUDICIAL E PERDÃO DO OFENDIDO

PERDÃO JUDICIAL	PERDÃO DO OFENDIDO
Concedido pelo Poder Judiciário	Concedido pela vítima
Crimes de ação pública ou privada	Crimes de ação privada
Unilateral (não precisa de aceitação).	Bilateral (querelado precisa aceitar)

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

PRESCRIÇÃO

1. INTRODUÇÃO

O direito de punir (direito, dever e poder) é exclusivo do Estado, mesmo nos crimes de ação penal privada, em que há a transferência do direito à persecução penal.

Ademais, o direito de punir é genérico e abstrato, ou seja, recai indistintamente sobre todas as pessoas. Entretanto, quando alguém viola uma norma penal, o direito de punir torna-se específico, concretizando-se na pessoa de quem violou a lei penal.

Ressalta-se que o direito de punir possui determinados limites, são eles:

- Limite material – princípio da reserva legal (crime e pena devem estar previstos em lei), princípio da insignificância, princípio da lesividade;
- Limite formal – devido processo legal, contraditório, ampla defesa, vedação de provas ilícitas;
- Limite temporal – prescrição.

2. CONCEITO

Prescrição é a perda da pretensão punitiva (PPP) ou da pretensão executória (PPE) em face da inércia do Estado, durante determinado prazo previsto em lei.

- Pretensão punitiva é o interesse do Estado de aplicar a pena a quem violou a lei penal. Aqui, a pena ainda não foi aplicada, por isso se manifesta antes do trânsito em julgado da condenação.
- Pretensão executória é o interesse do Estado no cumprimento da pena, fazer com que uma pena já aplicada seja efetivamente cumprida. Somente se manifesta após o trânsito em julgado da condenação.

3. NATUREZA JURÍDICA

Trata-se de causa extintiva da punibilidade, nos termos do art. 107, IV do CP.

Ressalta-se que a prescrição não apaga o crime, mas sim retira do Estado o direito de punir.

Obs.: NUNCA usar em prova a expressão “o crime prescreveu” ou “crime não prescreveu”, já que o crime não prescreve, o que prescreve ou não é a pena.

4. LOCALIZAÇÃO NA TEORIA GERAL DO DELITO

Prescrição é matéria de Direito Penal, tendo em vista que afeta a punibilidade. Obviamente, surte efeitos no processo penal.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

A contagem do prazo prescricional segue a regra do art. 10 do CP, incluindo-se o dia do começo e excluindo-se o dia do final. Além disso, os prazos prescricionais são improrrogáveis, mas admitem causas suspensivas (art. 116 do CP) e causas interruptivas (art. 117 do CP).

Por fim, destaca-se que a prescrição é matéria preliminar (deve ser examinada pelo juiz antes do enfretamento do mérito) e de ordem pública (pode e deve ser reconhecida pelo juiz, inclusive de ofício, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição), nos termos do art. 61 do CPP.

> *Art. 61. Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.*

5. FUNDAMENTOS

5.1. SEGURANÇA JURÍDICA AO RESPONSÁVEL PELA INFRAÇÃO

O Estado, para não transformar o seu dever punitivo em vingança, possui prazos para punir o agente.

Por exemplo, o agente que pratica um único furto com 18 anos. Após 60 anos, quando estava com 78 anos, é preso pelo furto praticado.

5.2. IMPERTINÊNCIA DA SANÇÃO PENAL

De acordo com Beccaria (Dos Delitos e das Penas), para combater a criminalidade é preciso punir de forma justa, séria e rápida. A sanção penal aplicada muito após a prática do crime é inadequada, a pena perde suas finalidades (prevenção geral, prevenção especial), tornando-se um mero instrumento de ataque do Estado contra o cidadão.

5.3. LUTA CONTRA A INEFICIÊNCIA DO ESTADO

A eficiência é princípio vetor da Administração Pública. A prescrição é como se fosse um “puxão de orelha” contra a ineficiência do Estado, a fim de que os órgãos públicos sejam mais céleres (não adianta muito).

6. IMPRESCRITIBILIDADE PENAL

O Código Criminal do Império de 1830, em seu art. 65, previa que as penas nunca prescreviam. Assim, a regra geral era a imprescritibilidade penal. A partir do Código Republicano de 1890 e no Código Penal atual, a regra geral é a prescrição. Inclusive, as penas dos crimes hediondos e equiparados.

A CF, em seu art. 5º, consagra duas hipóteses de imprescritibilidade, são elas:

- Racismo (art. 5º, XLII)

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

- Ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem nacional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV)

São crimes de máximo potencial ofensivo (STF), juntamente com os hediondos e equiparados, tendo em vista que a Constituição dispensou um tratamento mais rígido. Não se aplicam os institutos despenalizadores (Lei 9.9099/95) e muito menos o princípio da insignificância.

Os crimes de racismo (intolerância, preconceito, discriminação) estão previstos na Lei 7.716/89; já os crimes de ação de grupos armados estão previstos na Lei 7.170/1983.

Indaga-se: é possível a criação de novas hipóteses de imprescritibilidade penal?

1ªC (doutrina dominante) – não é possível, uma vez que as hipóteses de imprescritibilidade penal estão previstas no art. 5º da CF. Assim, indiretamente, a CF determinou que todas as demais penas prescrevem. Para esta posição, a prescrição é um direito fundamental do ser humano, ou seja, o direito fundamental de ser investigado, processado e punido dentro do prazo legal previsto em lei.

2ªC (STF) – sim é possível. No julgamento do RE 460.971, em que se analisava o prazo de suspensão da prescrição prevista no art. 366 do CPP, o STF decidiu que a prescrição seria contada em dobro, ou seja, ficaria suspensa até a ocorrência do prazo prescricional e, após o prazo, seria contada novamente. Para o STF, o art. 366 do CPP não criou uma nova hipótese de imprescritibilidade, mas poderia ter criado, pois a CF não esgota as hipóteses de imprescritibilidade penal, limita-se a exemplificar.

O Estatuto de Roma, incorporado pelo Decreto 4.388/2002, em seu art. 29 prevê que os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional (TPI) não prescrevem. Assim, como o Brasil é signatário do TPI, em tese, um crime pode ser cometido no Brasil e não prescrever quando julgado pelo TPI (justiça brasileira for omissa e tratar-se de crimes de guerra).

Ressalta-se que o STJ (julgado isolado), no julgamento do AgRg no AResp 686.965, decidiu que a injúria racial também é imprescritível. Segundo Cleber Masson, a decisão foi equivocada, uma vez que racismo (ofensa generalizada e segregação em razão da ração) não se confunde com injúria racial (utilização de um elemento ligado à raça para humilhar a vítima), bem como seria uma analogia *in malam partem*.

7. DIFERENÇAS ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Prescrição e decadência são causas extintivas da punibilidade, previstas no art. 107, IV, do CP, que ocorrem em razão da inércia do titular de um direito, durante determinado prazo previsto em lei.

A prescrição e a decadência diferenciam-se em três pontos:

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

	PRESCRIÇÃO	DECADÊNCIA
Admissibilidade	Admitida em qualquer crime, salvo naqueles que a CF classifica como imprescritíveis.	Admitida apenas nos crimes de ação penal privada e ação penal pública condicionada à representação.

Tempo	Pode ocorrem a qualquer tempo, ou seja, antes, durante ou após a ação penal.	Só pode ocorrer antes da ação penal.
Direito	Atinge diretamente o direito de punir.	Atinge diretamente o direito de ação e indiretamente o direito de punir.

8. ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO

A prescrição divide-se em dois grandes grupos: prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória. Já a prescrição da pretensão punitiva divide-se em propriamente dita, prescrição retroativa e prescrição intercorrente/superveniente.



A seguir iremos analisar as principais diferenças entre PPP e PPE, observe:

	PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA	PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA
Trânsito em julgado	Não há trânsito em julgado da condenação para **AMBAS** as partes (acusação e defesa). Obs.: na retroativa e na intercorrente há trânsito em julgado para acusação, mas não para a defesa.	Há trânsito em julgado para ambas as partes.
Efeitos	Apaga todos os efeitos de	Apaga somente o evento

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

	eventual sentença condenatória já proferida.	principal da condenação: A PENA. Todos dos demais efeitos permanecem intactos.
Competência	Depende do estágio da persecução penal.	Juízo da execução

9. PRESCRIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

9.1. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA (PPP) PROPRIAMENTE DITA OU PRESCRIÇÃO DA AÇÃO PENAL

Na PPP propriamente dita não há trânsito em julgado para ninguém (acusação e defesa).

9.1.1. Previsão legal

Está prevista no art. 109, do CP, vejamos:

> *Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:*

O cálculo é feito com base na pena em abstrato, tendo em vista que a prescrição retira do Estado o poder de punir, sendo necessário conceder todas as possibilidades de exercer o seu direito. Assim, ao menos em tese, a pena pode chegar ao máximo legal.

9.1.2. Cálculo

O cálculo é feito através do encaixe do prazo máximo da pena em abstrato com os prazos estabelecidos no art. 109 do CP (deve ser decorado).

PENA MÁXIMA EM ABSTRATO	PRAZO PRESCRICIONAL
Inferior a 1 ano	3 anos
Igual ou superior a 1 anos, até 2 anos	4 anos
Superior a 2 anos até 4 anos	8 anos
Superior a 4 anos até 8 anos	12 anos
Superior a 8 anos até 12 anos	16 anos
Superior a 12 anos	20 anos

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

O Código Penal adota um critério lógico e objetivo, quanto maior a pena mais grave é o crime, por isso, maior o tempo para que o Estado possa punir o agente.

Destaca-se que **no Código Penal** o maior prazo prescricional é de 20 anos.

Já o menor prazo, previsto no Código Penal, para pena privativa de liberdade é de 3 anos. Este prazo foi inserido pela Lei 12.234/10, antes o menor prazo era de 2 anos, a intenção do legislador foi dificultar a impunidade nas contravenções penais e nos crimes de pouca gravidade (manifestação da Teoria das Janelas Quebradas).

Salienta-se que o prazo prescricional de dois anos continua existindo para:

- Pena de multa (art. 114, I, CP)

> *Art. 114 - A prescrição da pena de multa ocorrerá:*
> *I - em 2 (dois) anos, quando a multa for a única cominada ou aplicada;*

- Art. 28 da Lei de Drogas

> *Art. 30. Prescrevem em 2 (dois) anos a imposição e a execução das penas, observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts. 107 e seguintes do Código Penal.*

- Art. 125, VII do CPM

> *Art. 125. A prescrição da ação penal, salvo o disposto no § 1º deste artigo, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:*
> *VII - em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.*

A pena de morte, aplicada em tempo de guerra, prescreve em 30 anos, nos termos do art. 125, I, do CPM:

> *Art. 125. A prescrição da ação penal, salvo o disposto no § 1º deste artigo, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:*
> *I - em trinta anos, se a pena é de morte;*

Além disso, o art. 115 do CP determinada a redução dos prazos prescricionais quando o agente for menor de 21 anos ao tempo do crime e maior de 70 anos na data da sentença. Será aplicado para TODAS as modalidades de prescrição.

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

a) Menoridade relativa

O agente era menor de 21 anos ao tempo do crime, pouco importa a data da sentença.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

O limite de 21 anos fundamenta-se no Código Civil de 1916, o qual considerava as pessoas maiores de 18 anos e menores de 21 anos relativamente incapazes. O Código Civil de 2002 não revogou tal dispositivo, pois é uma norma mais benéfica ao réu, bem como o art. 2.043 do CC é expresso ao prever que as disposições contidas no CC não afetam as disposições de outros códigos.

A menoridade relativa é comprovada por meio de documento hábil (Súmula 74 STJ), a exemplo da certidão de nascimento, da carteira de identidade, de documento escolar.

> *Súmula 74 STJ - Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil.*

b) Senilidade

É o réu maior de 70 anos à época da primeira decisão condenatória proferida contra ele na ação penal (sentença ou acórdão).

Imagine que “A” tenha 69 anos na data da sentença condenatória, obviamente não terá redução. Contudo, a defesa recorre e na data do acórdão confirmatório da condenação o réu está com 71 anos, será aplicada a condenação? A seguir colacionamos as explicações do Professor

Márcio Cavalcante:

Para que incida a redução do prazo prescricional prevista no art. 115 do CP, é necessário que, no momento da sentença, o condenado possua mais de 70 anos. Se ele só completou a idade após a sentença, não terá direito ao benefício, mesmo que isso tenha ocorrido antes do julgamento de apelação interposta contra a sentença. Existe, no entanto, uma situação em que o condenado será beneficiado pela redução do art. 115 do CP mesmo tendo completado 70 anos após a "sentença" (sentença ou acórdão condenatório): isso ocorre quando o condenado opõe embargos de declaração contra a sentença/acórdão condenatórios e esses embargos são conhecidos. Nesse caso, o prazo prescricional será reduzido pela metade se o réu completar 70 anos até a data do julgamento dos embargos.

Cuidado! O STJ entende que é possível aplicar a redução do art. 115 do CP no momento do acórdão (ou seja, após a sentença), se a sentença foi absolutória e o primeiro decreto condenatório foi a apelação. Ex: João tinha 68 anos quando foi prolatada a sentença; a sentença foi absolutória; o MP apelou e o TJ reformou a sentença, condenando o réu; ocorre que, no momento do acórdão condenatório, João já tinha mais de 70 anos; neste caso, será possível aplicar a redução pela metade do prazo prescricional, conforme previsto no art. 115 do CP. Nesse sentido:

> *STJ - A redução do prazo prescricional à metade, com base no art. 115 do Código Penal, aplica-se aos réus que atingirem a idade de 70 anos até a primeva condenação, tenha ela se dado na sentença ou no acórdão, situação que não ocorreu na hipótese". STJ. 6ª Turma. AgRg nos EDcl no AREsp 491.258/TO, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 07/02/2019.*

O Estatuto do Idoso adota um critério etário, assim entende que a pessoa com 60 anos ou mais deve ser considerada idosa. Diante disso, indaga-se: a prescrição será reduzida também

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

para os maiores de 60 anos? Houve modificação do Código Penal? R: A redução pela metade continua valendo apenas para o maior de 70 anos (STF HC 89.969), eis que os fundamentos do Estatuto (proteção da hipossuficiência) e da redação são totalmente diversos (fragilidade da pessoa para cumprir a pena).

9.1.3. Termo inicial

Em regra, a prescrição começa a fluir a partir do momento em que o crime foi consumado, nos termos do art. 111, I do CP. Assim, pode-se afirmar que o CP, para fins de prescrição, adota a teoria do resultado.

> *Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:*
> *I - do dia em que o crime se consumou;*

Há, contudo, algumas exceções previstas nos demais incisos do art. 111 do CP.

> *Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:*
> *II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa*
> *III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;*
> *IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.*
> *V - nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.*

1ª Exceção – na tentativa, a prescrição começa a fluir a partir do dia em que cessou a atividade criminosa (inciso II)

2ª Exceção – nos crimes permanentes a consumação se prolonga no tempo pela vontade do agente. Assim, a prescrição somente começa a correr a partir do dia em que cessou a permanência (inciso III)

3ª Exceção – nos crimes de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento de registro civil, por serem crimes cometidos na clandestinidade, a prescrição começa a correr a partir do momento em que o fato se torna conhecido por quem tem poderes para deflagrar a ação penal.

4ª Exceção – nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e de adolescentes, a prescrição começa a correr a partir da data em que a vítima completar 18 anos, salvo se já houver sido proposta a ação penal.

A quarta exceção foi incluída no Código Penal pela Lei 12.650/2012 (Lei Joanna Maranhão), consagrando duas situações:

- Já foi proposta a ação penal – termo inicial da prescrição segue a regra geral (inciso I), ou seja, começa a correr a partir da data da consumação do crime;

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

- Não foi proposta a ação penal – termo inicial da prescrição é a data do aniversário de 18 anos da vítima.

Quando a lei entrou em vigor, afirmava-se que a alteração era inútil, uma vez que o art. 225 do CP previa:

- Ação pública condicionada à representação, em regra (desde 2018, a regra passou a ser ação pública incondicionada);

- Ação pública incondicionada quando a vítima for vulnerável ou quando for menor de 18 anos de idade.

Contudo, não está correto, uma vez que quase 100% dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes são praticados no ambiente doméstico. Assim, a informação não chega às autoridades da persecução penal, a vítima suporta sozinha. Ao completar 18 anos, a vítima ganha independência para agir.

9.1.4. Causas interruptivas

São as causas aptas a zerar o prazo prescricional, ou seja, desprezam todos os prazos prescricionais que haviam ocorrido até a causa interruptiva.

Estão previstas no art. 117 do CP, observe:

> *Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:*
> *I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;*
> *II - pela pronúncia;*
> *III - pela decisão confirmatória da pronúncia;*
> *IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;*

Destaca-se o rol do art. 117 do CP é taxativo, uma vez que a interrupção da prescrição é prejudicial ao réu. Não cabe analogia para criação de outras hipóteses.

Indaga-se: o que se entende por períodos prescricionais? R: São os intervalos dentro dos quais a prescrição pode ocorrer.

A seguir veremos cada uma das **causas interruptivas**.

a) Recebimento da denúncia ou queixa

É necessário o juízo de admissibilidade pelo Poder Judiciário, não basta o Ministério Público oferecer a denúncia ou o querelante oferecer a queixa crime.

Destaca-se que a rejeição da denúncia ou da queixa não são aptas para interromper a prescrição. No caso de recurso do MP contra a rejeição, a prescrição será interrompida na data da sessão de julgamento, quando o Tribunal der provimento ao recurso.

Não é necessária a publicação do despacho do recebimento da denúncia ou queixa na imprensa oficial. Estará recebida, para fins de interrupção da prescrição, quando os autos retornarem ao cartório.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Atenção para a Súmula 709 do STF.

> *Súmula 709 STF – salvo quando nula a decisão de primeiro grau, o acórdão que prove o recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, pelo recebimento dela.*

Se o recebimento da denúncia se deu por juízo absolutamente incompetente NÃO ocorrerá a interrupção da prescrição. Os autos serão enviados ao juízo competente, o qual irá validar os atos anteriores e receber a denúncia. Contudo, quando o juízo for relativamente incompetente haverá a interrupção. Nesse sentido, o RHC 40.514.

Nos casos em que o despacho de recebimento for anulado, posteriormente, não poderá ser utilizado como marco para interrupção da prescrição.

Por fim, o recebimento do aditamento (correção na denúncia ou na queixa a fim de incluir novo crime ou novo agente) interrompe a prescrição somente no tocante ao novo crime ou ao novo réu objeto do aditamento.

b) Pronúncia

Trata-se de decisão interlocutória mista não terminativa, tendo em vista que encerra a primeira fase dos crimes de competência do júri (crimes dolosos contra, consumados ou tentados,

e os delitos que lhe sejam conexos).

A prescrição considera-se interrompida com a publicação da decisão de pronúncia, se:

- Proferida em audiência, já será considerada publicada;
- Proferida por escrito, quando o juiz entrega os autos ao escrivão.

O que interrompe a prescrição é somente a pronúncia, as demais decisões que podem ser lançadas na primeira fase do júri (impronuncia, desclassificação e absolvição sumária) não interrompem a prescrição.

Caso o MP recorra contra a impronúncia, a desclassificação e a absolvição sumária, sendo julgado procedente o recurso, a prescrição estará interrompida na sessão de julgamento do recurso pelo tribunal.

Destaca-se que se a desclassificação ocorrer no plenário do júri, a pronúncia da primeira fase continuará valendo como causa interruptiva da PPP, nos termos da Súmula 191 do STJ.

> *Súmula 191 STJ – a pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime*

c) Decisão confirmatória da pronúncia

Exclusiva dos crimes de competência do tribunal do júri.

O juiz pronuncia o réu. Inconformada a defesa interpõe recurso em sentido estrito. O Tribunal nega prosseguimento ao recurso e confirma a decisão de pronúncia, que será uma causa de interrupção da prescrição.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

A interrupção ocorrerá na data da sessão do julgamento do RESE pelo tribunal.

Nos crimes de competência do júri, devido a amplitude e extensão do procedimento, há interrupção pela pronúncia e pela decisão confirmatória de pronúncia.

d) Publicação da sentença ou acórdãos recorríveis

A sentença ou acórdão precisam ter natureza condenatória e ser recorrível. Desta forma, sentença e acórdão absolutórios e que declaram a extinção da punibilidade não interrompem a prescrição.

A prescrição será interrompida quando:

- Proferida em audiência – na própria audiência
- Proferida por escrito – entrega dos autos ao escrivão

Já o acórdão condenatório recorrível, para fins de interrupção da prescrição, será considerado publicado na data de sessão de julgamento pelo tribunal.

No Processo Penal o acórdão condenatório ocorre em duas situações:

- Sentença absolutória
- Competência originária

Obs.: se a sentença já condenou e o acórdão confirma a condenação, será um acórdão confirmatório. Depois de muita polêmica, o STF pacificou o tema e firmou a posição de que o acórdão confirmatório da sentença ou que reduz a pena implica a interrupção da prescrição. Foi fixada a seguinte tese a respeito: "*Nos termos do inciso IV do artigo 117 do Código Penal, o acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório da sentença de 1º grau, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta*." STF. Plenário. HC 176473/RR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 27/04/2020."

Obs.: Doutrina majoritária discorda do entendimento do STF. O STJ, em mudança de entendimento, passou a adotar o posicionamento do STF: "*O acórdão confirmatório da condenação é causa interruptiva da prescrição*". STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 1.668.298-SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 12/05/2020 (Info 672).

9.1.5. Comunicabilidade das causas interruptivas da prescrição

Observe o §1º do art. 117 do CP:

> *Art. 117, § 1º - Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.*

Comunicabilidade é a extensão daquilo que diz respeito a um crime ou a um agente para outro crime ou outro agente.

a) No concurso de pessoas

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

"interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime"

A expressão "autores" deve ser interpretada como agentes, compreendendo coautores e partícipes.

Imagine que "A" e "B" tenham praticado um crime de furto. Na sentença, "A" é condenado e "B" é absolvido. Para "A" tem-se uma sentença condenatória recorrível (marco de interrupção). O MP recorre para tentar condenar "B", quando o Tribunal julgar o recurso considerará que a sentença condenatória recorrível de "A" também se comunicou ao "B", servindo de marco para interrupção da prescrição.

O mesmo raciocínio utiliza-se para as demais causas de interrupção.

b) No concurso de crimes

"Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles"

Imagine que "A" tenha praticado um furto e um estelionato. No final do processo foi condenado pelo furto e absolvido pelo estelionato. O MP recorre. Tecnicamente falando, apenas em relação ao crime de furto há sentença condenatória recorrível. Quando o Tribunal julgar o recurso do MP, irá considerar que a sentença condenatória do furto interrompeu a prescrição também para o crime de estelionato, houve uma comunicabilidade.

Destaca-se que somente poderá ser possível a comunicabilidade quando os crimes forem

conexos e objeto do mesmo processo.

9.1.6. Causas impeditivas e suspensivas

Previstas no art. 116 do CP, observe:

> *Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:*
> *I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;*
> *II - enquanto o agente cumpre pena no exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *III - na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *IV - enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *Parágrafo único - Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.*

Salienta-se que a mesma causa poderá ser impeditiva ou suspensiva, a depender do momento em que ocorrer.

- Na causa impeditiva o prazo prescricional ainda não começou a fluir;



.

- Na causa suspensiva o prazo prescricional já começou a fluir. São considerados os prazos anteriores, recomeça a contagem do momento em que parou a contagem.

São elas:

a) Questões prejudiciais (arts. 92 e 93 do CPP)

"*Enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime*"

Questão prejudicial é aquela que deve ser resolvida antes da análise do mérito. Assim, o juiz precisa superá-la para depois entrar no mérito.

No CPP, o juiz criminal pode resolver todas as questões prejudiciais, salvo as relativas ao estado civil das pessoas que somente podem ser resolvidas pelo juízo civil.

b) Cumprimento de pena no exterior

"*Enquanto o agente cumpre pena no exterior*"

Enquanto cumpre pena no exterior, é difícil que seja extraditado. Como o Brasil não pode punir, a prescrição não corre.

c) Pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis

Relaciona-se com a causa interruptiva prevista no art. 117, IV do CP, a fim de evitar a interposição de recursos meramente protelatórios

> *Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:*
> *IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;*

d) Enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal

Entende-se por acordo de não persecução penal, segundo Cleber Masson, o negócio jurídico formalizado por escrito e firmado pelo Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor, cabível nas infrações penais praticadas sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 anos, obrigatoriamente homologado em audiência pelo juízo competente (é o juiz das garantias, embora esteja com a eficácia suspensa).

Salienta-se que se exige a confissão do crime, ocorre antes do oferecimento da denúncia e deve preencher determinados requisitos.

Cumprido o acordo, extingue-se a pretensão punitiva. Não cumprido, o acordo é rescindido, a prescrição volta a correr e o Ministério Público oferecerá a denúncia.

Além disso, há causas impeditivas e suspensivas que estão previstas fora do Código Penal. São elas:

- Art. 366 do CPP



.

> *Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.*

- Art. 89 da Lei 9.099/95

> *Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).*

- Art. 53, §5º da CF

> *Art. 53, § 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.*

9.2. PRESCRIÇÃO RETROATIVA

9.2.1. Conceito

De acordo com Cleber Masson, prescrição retroativa é igual à jabuticaba, pois só existe no Brasil, sendo uma busca “desesperada” pela impunidade (visão do professor).

Trata-se de espécie de PPP, tendo em vista que há trânsito em julgado da condenação para a acusação, mas falta o trânsito em julgado para defesa.

É calculada da sentença condenatória para trás.

9.2.2. Cálculo

O cálculo segue o disposto no art. 110, §1º do CP, vejamos:

> *Art. 110, § 1o A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter pôr termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.*

A prescrição retroativa é calculada com base na pena aplicada, não mais com base na pena em abstrato, tendo em vista que o Estado não possui mais a expectativa de pena máxima. Então, a expectativa máxima de pena que o Estado possui é aquela aplicada pelo juiz.

Não se admite prescrição retroativa na fase investigatória ("*não podendo, em nenhuma hipótese, ter pôr termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa"*), somente irá incidir na fase processual. A Lei 12.234/2010 alterou vários institutos da prescrição, a intenção da lei era acabar com a prescrição retroativa como um todo, mas foi mantida na fase judicial.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Caso Edmundo (jogador de futebol) que matou três pessoas e feriu outras três em um acidente de trânsito. Sua punibilidade foi extinta devido à prescrição retroativa, só no STJ interpôs mais de vinte e um recursos.

9.2.3. Informações gerais

- Espécie da PPP, pois não há trânsito em julgado para ambas as partes;
- Pressuposto: trânsito em julgado da condenação no tocante à pena aplicada. Pode, por exemplo, recorrer acerca do regime de cumprimento de pena fixado;
- Calculada com base na pena aplicada;
- Proibição da *reformatio in pejus*, a situação do réu não pode ser agravada quando há recurso apenas da defesa;
- Retroativa porque é calculada da sentença condenatória para trás.

9.2.4. Termo inicial

A prescrição retroativa começa a fluir a partir da sentença condenatória, desde que exista trânsito em julgado da condenação no tocante à pena aplicada.

Imagine:

Furto simples – pena de 1 a 4 anos.

- 10 de julho de 2016 – praticado o crime;
- 10 de outubro de 2016 – recebimento da denúncia
- 09 de outubro de 2020 – sentença condenatória recorrível.
- Pena aplicada – 01 ano

Para a PPP, usa-se a pena em abstrato. A pena máxima de 4 anos,prescreve em 8 anos.
Portanto, aqui, NÃO

houve PPP.

- MP não recorreu da sentença, havendo o trânsito em julgado para acusação

Como visto, a prescrição retroativa é calculada com base na pena aplicada. Em nosso exemplo, a pena aplicada foi de um ano, portanto, prescreve em quatro anos (três anos é para penas menores que um ano – não confunda!), ficando caracterizada a prescrição retroativa, já que entre a data do recebimento da denúncia (10 de outubro de 2016) e a data da sentença (09 de outubro de 2020) houve o lapso temporal de 4 anos.

Lembrar que a prescrição é matéria de direito penal, desta forma a contagem do prazo segue o art. 10 do CP, conta-se a data do início (10/10/2016) e exclui-se a data do final (10/10/2020)

Obs.: A extinção da [illegible] a imprescritibilidade penal, uma vez que [illegible] dita, com base na pena máxima em ab[illegible]

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

9.2.5. Momento para o seu conhecimento

A prescrição retroativa não pode ser reconhecida na própria sentença condenatória recorrível, uma vez que ausente o seu pressuposto fundamental, qual seja: trânsito em julgado para acusação no tocante à pena aplicada.

A competência para o reconhecimento da prescrição retroativa será:

1ª Corrente – apenas o tribunal pode declarar, tendo em vista que ao proferir a sentença o juiz esgota sua atividade jurisdicional, tornando-se um mero despachante do Tribunal. Posição conservadora, tende a desaparecer.

2ª Corrente – juiz ou tribunal. Fundamenta-se na celeridade e a economia processual, bem como no art. 61 do CPP, a prescrição é causa extintiva da punibilidade, podendo ser reconhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive de ofício.

9.3. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE OU SUPERVENIENTE

9.3.1. Conceito

Trata-se de espécie de PPP porque não há trânsito em julgado para ambas as partes, já que o trânsito em julgado se opera apenas em relação à acusação.

É superveniente, pois calculada da sentença condenatória recorrível para frente.

É intercorrente porque ocorre após a sentença condenatória recorrível, mas antes do trânsito em julgado da condenação para a defesa.

9.3.2. Cálculo

O cálculo está previsto no art. 110, §1º do CP:

> *Art. 110, § 1o A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.*

9.3.3. Informações gerais

- Espécie de PPP;
- Pressuposto: trânsito em julgado da condenação para acusação no tocante à pena aplicada;
- Calculada com base na pena aplicada, em razão da *non reformatio in pejus*;
- Calculada da sentença condenatória recorrível para a frente, por isso é superveniente.

9.3.4. Termo inicial e hipóteses



O termo inicial é a data da publicação da sentença condenatória recorrível.

Imagine:

Furto simples – pena de 1 a 4 anos.

Na sentença é aplicada a pena de 1 ano que transitou em julgado para acusação (surgimento do pressuposto da prescrição intercorrente), a qual irá prescrever em 4 anos. Pode acontecer quando:

- Passa-se o prazo de 4 anos e o réu não foi intimado da sentença;
- Passa-se o prazo de 4 anos e o tribunal não julga o recurso do réu.

9.4. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA OU PRESCRIÇÃO DA CONDENAÇÃO

9.4.1. Conceito

Pretensão executória é o interesse e o dever de o Estado fazer com que uma pena, já aplicada, seja efetivamente cumprida. Desta forma, a prescrição da pretensão executória é a omissão do Estado no cumprimento da pena.

Aqui, é necessário o trânsito em julgado para ambas as partes: acusação e defesa.

9.4.2. Contagem

É calculada com base na pena em concreto. Assim, enquadra-se a pena aplicada no art. 109 do CP.

Atenção para o disposto na súmula 604 do STF:

> *Súmula 604 STF – a prescrição pela pena em concreto é somente da pretensão executória da pena privativa de liberdade*

A contagem está disposta no art. 110, *caput*, observe:

> *Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.*

A reincidência, anterior à condenação, aumenta em um terço o prazo da prescrição executória. Por exemplo, o agente é condenado hoje e na sentença o juiz reconhece que ele é reincidente, pois possui uma condenação definitiva anterior. Na segunda condenação (que saiu hoje) a PPE é aumentada em um terço, assim uma pena de 6 anos que prescreve em 12 anos, com a reincidência, irá prescrever em 16 anos.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Destaca-se que a reincidência aumenta de um terço SOMENTE o prazo da PPE. Não interfere no prazo da PPP (em qualquer das modalidades). Nesse sentido, a Súmula 220 do STJ:

> *Súmula 220 - A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva.*

Aqui, também se aplica o art. 115 do CP, o qual prevê a redução pela metade para os menores de 21 anos, na data do fato, e para os maiores de 70 anos, na data da sentença.

Além disso, o art. 113 do CP prevê que no caso de fuga ou evasão do condenado a prescrição será regulada pelo resto da pena que falta a ser cumprida. Consagra-se, aqui, o entendimento de que pena cumprida é pena extinta.

> *Art. 113 - No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena.*

9.4.3. Termo inicial

O art. 112 do CP disciplina o termo inicial da PPE, observe:

> *Art. 112 - No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr:*
> *I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;*
> *II - do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.*

Como visto, a PPE possui como pressuposto uma sentença condenatória recorrível que transitou em julgado para a acusação e para a defesa. Portanto, só poderá ser reconhecida para frente, após o trânsito em julgado.

Imagine que o réu foi condenado a uma pena de dois anos, que prescreve em 4 anos. A acusação não recorre, mas a defesa sim. Da sentença até o trânsito em julgado para defesa passam-se 3 anos, sendo negado provimento ao recurso da defesa. O correto seria o prazo de 4 anos ser contado a partir de trânsito em julgado para ambas as partes, após o recurso da defesa (3 anos já teriam se passado). Contudo, o Código prevê que existindo o trânsito em julgado para ambas as partes, o termo inicial retroage a data do trânsito em julgado para a acusação, visa beneficiar o réu.

9.4.4. Causas interruptivas

Previstas nos incisos V e VI do art. 107, do CP, vejamos:

> *Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:*
> *V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;*
> *VI - pela reincidência.*

Há três causas interruptivas, a seguir veremos cada uma delas.

a) Início do cumprimento da pena

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Ao ser preso e iniciar o cumprimento da pena, zera a contagem do prazo da PPE.

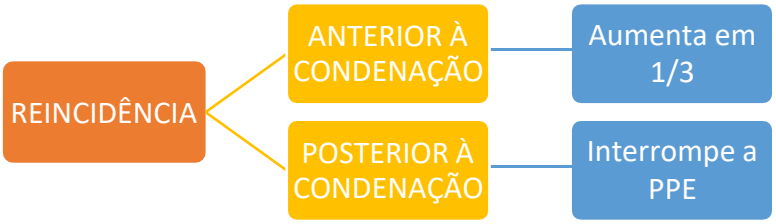
b) Continuação do cumprimento da pena

O agente estava cumprindo a pena, foge, a prescrição volta a correr com base no restante da pena. Ao ser capturado, irá continuar o cumprimento da pena, interrompendo a PPE.

c) Reincidência

Como visto acima, a reincidência anterior à condenação aumenta de um terço o prazo da PPE. Já a reincidência que interrompe a PPE é aquela posterior à condenação.

Em suma:



9.4.5. Incomunicabilidade das causas interruptivas

O próprio art. 107, §1º do CP prevê a incomunicabilidade das causas de interrupção da PPE para o concurso de pessoas e para o concurso de crimes.

> *Art. 107, § 1º - Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.*

A incomunicabilidade ocorre devido:

- À expressa previsão legal
- À natureza personalíssima das causas interruptivas (início e cumprimento de pena e a reincidência)

9.4.6. Causa impeditiva

Prevista no parágrafo único do art. 116 do CP:

> *Art. 116, Parágrafo único - Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.*

O fato de o agente estar preso por outro crime torna impossível que o Estado execute a pena. Visa impedir que as penas pequenas fiquem impunes quando o condenado está cumprindo uma pena longa.

9.5. PRESCRIÇÃO VIRTUAL, ANTECIPADA, PROJETADA, PROGNOSTICAL OU RETROATIVA EM PERSPECTIVA

9.5.1. Nomenclatura

Virtual = porque não possui previsão legal. Trata-se de construção da doutrina e da jurisprudência.

Antecipada = porque é decretada antes da sua efetiva ocorrência.

Projetada ou prognostical = porque é decretada com base na projeção da pena que será aplicada.

Retroativa em perspectiva = porque é decretada com base na perspectiva de que no futuro, inevitavelmente, ocorrerá a prescrição retroativa.

9.5.2. Exemplo

Furto simples – pena de 1 a 4 anos.

- Em 10 de outubro de 2013 o crime é praticado.
- Em 20 de dezembro de 2013 a denúncia é recebida.
- Em 10 de novembro de 2020 é a audiência de instrução e julgamento.

Perceba que do recebimento da denúncia até a audiência de instrução e julgamento passaram-se quase 7 anos. O promotor, analisando o processo, percebe que, ainda que o réu seja condenado, a pena será mínima ou próxima do mínimo, o que acarretará a prescrição retroativa. Diante disso, pede a extinção da punibilidade com base na prescrição virtual, já que, inevitavelmente, ocorrerá a prescrição retroativa.

Obs.: a prescrição virtual depende, necessariamente, da prescrição retroativa. Assim, não se admite na fase do inquérito.

9.5.3. Fundamento

- Celeridade processual
- Economia processual
- Falta de interesse processual, tendo em vista que falta utilidade em preservar uma ação penal cujo desfecho, inevitável, é a prescrição retroativa.

9.5.4. Críticas e soluções

O Ministério Público e muitos juízes começaram a usar a prescrição virtual de forma exagerada, a fim de diminuir a carga de trabalho.

.

Para resolver o problema, o Plenário do STF passou a proibir a prescrição virtual (Inq 3574 – informativo 788), com base:

- Falta de previsão legal
- Violação do princípio da presunção da inocência, tendo em vista que gera uma presunção de culpa
- A instrução criminal pode acarretar uma capitulação jurídica do fato diversa

O STJ editou súmula proibindo a prescrição virtual, observe:

> *Súmula 438-STJ: É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.*

10. PRESCRIÇÃO DA PENA DE MULTA

O art. 114 do CP regula a prescrição da pena de multa, observe:

> *Art. 114 - A prescrição da pena de multa ocorrerá:*
> *I - em 2 (dois) anos, quando a multa for a única cominada (apenas para contravenção penal) ou aplicada;*
> *II - no mesmo prazo estabelecido para prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada.*

Pelo inciso II, pode-se concluir que as penas mais leves prescrevem no mesmo prazo das penas mais graves.

Ressalta-se que o art. 114 do CP é aplicado apenas para os casos de PPP da pena de multa, em que não há o trânsito em julgado para ambas as partes. Tratando-se de PPE, quando a multa já transitou em julgado e não foi paga, deve-se usar o art. 51 do CP, caracterizando uma dívida de valor. Portanto, prescreve em cinco anos.

> *Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. (**Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019**)*

11. PRESCRIÇÃO NO CONCURSO DE CRIMES

Obs.: Adiante trataremos o concurso de crimes em tópico específico.

11.1. PREVISÃO LEGAL

O art. 119 do CP dispõe que:

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

> *Art. 119 - No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.*

11.2. SISTEMA DE APLICAÇÃO DA PENA NO CONCURSO DE CRIMES

Há, basicamente, dois sistemas de aplicação da pena no concurso de crimes, quais sejam: cumulo material e exasperação.

11.2.1. Cumulo material

O juiz soma as penas corresponde a todos os crimes praticados pelo réu. É adotado no concurso material e no concurso formal impróprio/imperfeito.

Imagine, por exemplo, que o réu foi condenado a 1 ano, pelo crime de furto, e a 4 anos, pelo crime de roubo. A pena final é de 5 anos, que prescreve, em tese, em 12 anos.

Contudo, a prescrição deve ser calculada sobre cada uma das penas de forma isolada. Assim, a pena do furto (1 ano) prescreve em 4 anos e a pena de roubo (4 anos) prescreve em 8 anos. Não é calculada com base na pena total.

11.2.2. Exasperação

O juiz aplica apenas uma pena, qualquer delas, se idênticas, ou a mais grave, se diversas. Em qualquer caso, será aumentada de determinado percentual. É adotado no concurso formal próprio/perfeito e no crime continuado.

Imagine, por exemplo, que o réu foi condenado a pena de 2 anos e 4 meses por dois furtos qualificados em continuidade delitiva, prescrição em 8 anos. Passados 4 anos, é possível reconhecer a prescrição? Sim, tendo em vista que se deve desprezar o acréscimo pela continuidade delitiva. No exemplo, deve-se desprezar os 4 meses (que foram pela exasperação). Sendo pena de 2 anos a prescrição ocorrerá em 4 anos.

Nesse sentido, a Súmula 497 do STF que, embora se refira ao crime continuado, vale para o crime formal, pois utiliza o sistema da exasperação.

> *Súmula 497 STF – quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação.*

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

MEDIDA DE SEGURANÇA (MS)

1. CONCEITO

Medida de segurança é espécie de sanção penal (juntamente com a pena), cuja finalidade consiste, exclusivamente, a prevenção especial.

2. DIFERENÇAS ENTRE PENA E MEDIDA DE SEGURANÇA

PENA	MEDIDA DE SEGURANÇA

Finalidades	Possui dupla finalidade: retribuição e prevenção (geral e especial)	Prevenção especial[1], a fim de evitar que o agente volte a delinquir[2].
Pressupostos	Culpabilidade	Periculosidade
Duração	Prazo determinado	Prazo mínimo – 1 a 3 anos, aplicado pelo juiz, na sentença, ou pelo tribunal, no acórdão.
		Prazo máximo[3] – indeterminado, tendo em vista que o fim da MS depende do fim da periculosidade do agente.
Destinatários	Imputáveis	Inimputáveis
	Semi-imputável sem periculosidade	Semi-imputável com periculosidade

Observações:

1) A medida de segurança não tem finalidade retributiva, não visa punir/castigar aquele que violou a lei penal. Igualmente, não tem finalidade de prevenção geral, ou seja, não visa intimidar a coletividade como um todo;

2) Trata-se da finalidade curativa ou terapêutica da medida de segurança.

3) Acerca do limite do prazo máximo, há três correntes:

1ªC – Para o **Código Penal**, o prazo máximo da MS é, absolutamente, indeterminado. Assim, enquanto subsistir a periculosidade do agente a medida de segurança irá perdurar. Portanto, a MS pode ser perpétua.

Fundamento: a pena é um mal, um castigo. Logo, precisa ter limites. Já a medida de segurança é um bem, serve para recuperar o agente, por isso não tem limite.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

2ªC – Para o **STF**, o prazo máximo da MS é de 40 anos, aplica-se por analogia o art. 75 do CP.

> *O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.*

3ªC – Para o **STJ**, o prazo máximo da MS corresponde ao máximo da pena em abstrato para cada crime. É a posição mais equilibrada de todos, consolidada pela Súmula 527.

> *Súmula 527 STJ – o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito.*

3. REQUISITOS PARA APLICAÇÃO

3.1. PRÁTICA DE FATO TÍPICO E ILÍCITO

É necessário que o agente pratique um fato típico e ilícito, não é porque o agente é doente

mental ou possui desenvolvimento mental incompleto ou retardado que será aplicada a MS.

Ademais, exige-se a prova segura da autoria e da materialidade do fato típico e ilícito. Desta forma, não se aplica MS se o agente tiver praticado o fato típico amparado por uma causa excludente da ilicitude.

3.2. PERICULOSIDADE DO AGENTE

Sem periculosidade não se aplica medida de segurança.

3.3. NÃO TER OCORRIDO A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Medida de segurança é espécie de sanção penal. Logo, não se aplica quando ocorre extinção da punibilidade pela prescrição ou por qualquer outra causa, nos termos do art. 96 do CP.

> *Art. 96, Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.*

4. PERICULOSIDADE

4.1. CONCEITO

Periculosidade é a **efetiva** probabilidade de o agente voltar a delinquir.

Destaca-se a diferença entre juízo de prognose (prognóstico) e juízo de diagnose (diagnóstico).

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

JUÍZO DE PROGNOSE	JUÍZO DE DIAGNOSE
Afere periculosidade	Afere culpabilidade
Aplica medida de segurança	Aplica pena
Olhar para o futuro, probabilidade efetiva de o agente voltar a delinquir	Olhar para o passado, interessa saber o que o agente já fez
Agente julgado pelo que pode vir a fazer	Agente julgado pelo que fez

4.2. ESPÉCIES

4.2.1. Presumida ou ficta

É a periculosidade dos inimputáveis (art. 26 do CP).

A lei faz presunção absoluta, não se admitindo prova em contrário da periculosidade do agente. Por isso, o inimputável só pode cumprir medida de segurança.

4.2.2. Real ou concreta

É a periculosidade dos semi-imputáveis (art. 26, parágrafo único).

Não é presumida pela lei, portanto, precisa ser provada no caso concreto. A perícia precisa concluir pela semi-imputabilidade e pela periculosidade, desta forma o juiz irá substituir a pena diminuída pela medida de segurança (sistema vicariante).

5. APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA

5.1. INIMPUTÁVEIS

É aplicada na sentença de absolvição imprópria, nos termos do art. 386, parágrafo único, III.

> *CPP art. 386, parágrafo único: na sentença absolutória, o juiz:*
> *III – aplicará medida de segurança, se cabível.*

Obs.: há também para o inimputável a sentença de absolvição própria em que será absolvido sem aplicação de medida de segurança.

Nesse sentido, a Súmula 422 do STF:

> *Súmula 422 STF – a absolvição criminal não prejudica a medida de segurança, quando couber, ainda que importe privação da liberdade.*



5.2. SEMI-IMPUTÁVEIS

A sentença que aplica a medida de segurança é condenatória. O juiz passa por três etapas:

1ª – condenação do réu

2ª – diminuição da pena de um a dois terços

3ª – substituição da pena diminuída por medida de segurança.

> *Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo (porque é dotado de periculosidade), a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.*

6. ESPÉCIES DE MEDIDA DE SEGURANÇA

6.1. DETENTIVA

Prevista no art. 96, I do CP.

> *Art. 96, I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;*

É a internação em hospital de custódia ou psiquiátrico, nas suas faltas em estabelecimento

adequado.

O agente é privado de sua liberdade, perdendo o seu direito de locomoção.

Aplicada para os crimes com pena de reclusão e de detenção.

6.2. RESTRITIVA

Prevista no art. 96, II do CP.

> *Art. 96, II - sujeição a tratamento ambulatorial.*

Trata-se de tratamento ambulatorial.

O agente permanece em liberdade.

Aplicada para os crimes com pena de detenção.

Ressalta-se que o CP consagrou um critério objetivo e, extremamente, simplista para definir se o agente será internado (pena de reclusão ou de detenção) ou submetido a tratamento ambulatorial (pena de detenção), segundo o qual dependerá da natureza jurídica do crime.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Contudo, tanto o STF (HC 85.401) quanto o STJ (Resp. 912.668) entendem que, mesmo nos crimes sujeito à reclusão, é possível aplicar tratamento ambulatorial, dependo da análise do caso concreto.

> *STJ - À luz dos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade, na fixação da espécie de medida de segurança a ser aplicada não deve ser considerada a natureza da pena privativa de liberdade aplicável, mas sim a periculosidade do agente, cabendo ao julgador a faculdade de optar pelo tratamento que melhor se adapte ao inimputável. Desse modo, mesmo em se tratando de delito punível com reclusão, é facultado ao magistrado a escolha do tratamento mais adequado ao inimputável. STJ. 3ª Seção. EREsp 998.128-MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 27/11/2019 (Info 662).*

7. EXECUÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Com o trânsito em julgado da sentença ou do acórdão que aplica a medida de segurança o juiz expede uma guia de tratamento ambulatorial ou de internação, começando assim a sua execução.

Depois do prazo mínimo (1 a 3 anos) o agente é submetido a uma perícia, chamada de exame de constatação da cessação da periculosidade. O prazo mínimo é um período de tratamento, após se verifica se o tratamento foi eficaz ou não.

Salienta-se que a perícia pode chegar a duas conclusões, são elas:

- Manutenção da periculosidade – a medida de segurança deve continuar. Pelo menos uma vez ao ano, o agente deve passar por nova perícia.

Obs.: a perícia pode ser realizada antes de um ano, quando o juiz da execução determinar.

Caso a periculosidade do agente não desapareça, sendo que anualmente é realizada perícia, deve-se atentar para o prazo máximo da medida de segurança, qual seja:

- Para o CP, pode perdurar a vida toda;
- Para o STF, será de 40 anos (antes do Pacote Anticrime era de 30 anos);
- Para o STJ, será o máximo da pena em abstrato cominada ao crime.

- Fim da periculosidade – o juiz, automaticamente, suspende a execução da medida de segurança. Ao assim agir, o juiz determina a liberação do tratamento ambulatorial ou a desinternação do agente.

A decisão de suspensão sempre será precária, tendo em vista que a medida de segurança será reestabelecida se, no prazo de um ano, o agente praticar algum fato indicativo da sua periculosidade.

Salienta-se que o fato indicativo pode ser um crime, mas não necessariamente será.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Durante o período de um ano o agente é chamado de egresso.

Além disso, a decisão é condicionada, uma vez que, no prazo de um ano, o agente deve cumprir as condições do livramento condicional.

Por fim, a decisão de suspensão poderá ser impugnada por meio de agravo em execução, o qual possui efeito suspensivo (apenas nesse caso). Dessa forma, o agente irá aguardar o julgamento do agravo cumprindo a medida de segurança.

8. MEDIDA DE SEGURANÇA PROVISÓRIA OU PREVENTIVA

O Código Penal não prevê a medida de segurança provisória ou preventiva, tradicionalmente, não existia no ordenamento jurídico brasileiro.

A partir de 2011, com a edição da Lei 12.403, foi incluída como medida cautelar diversa da prisão, constando no art. 319, VII do CPP:

> *Art. 319 – São medidas cautelares diversas da prisão:*
> *VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração.*

Salienta-se que se trata apenas de internação provisória, não existe tratamento ambulatorial provisório.

Para aplicação da internação provisória devem-se cumprir os seguintes requisitos:

- Crime praticado com violência ou grave ameaça;
- Existência de perícia que concluiu ser o agente inimputável ou semi-imputável;
- Risco de reiteração (periculosidade)

9. DESINTERNACÃO PROGRESSIVA

Trata-se de construção jurisprudencial, equivalente a uma progressão de regime, sem previsão legal.

Suponha que João está cumprindo medida de segurança de internação. A perícia, no início, constatou que a periculosidade do agente era elevada. Ao final do prazo mínimo, a perícia constatou que a periculosidade do agente era mínima. Como ainda há periculosidade não poderia o juiz acabar com a medida de segurança, mas pode convertê-la em tratamento ambulatorial.

10. CONVERSÃO DO TRATAMENTO AMBULATORIAL EM INTERNAÇÃO

Prevista no Código Penal e na Lei de Execução Penal.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Ocorre quando, na análise do caso concreto, verifica-se que o tratamento ambulatorial é insuficiente, sendo, por isso, necessária a internação.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

mbulatorial, poderá o
dência for necessária

ser convertido em internação se o agente revelar incompatibilidade com a medida.
Parágrafo único. Nesta hipótese, o prazo mínimo de internação será de 1 (um) ano.

EFEITOS DA CONDENAÇÃO

1. CONCEITO

Condenação é atividade exclusiva do Poder Judiciário, em sentença ou acórdão, com trânsito em julgado. Entende-se por efeitos da condenação todas as consequências, penais ou extrapenais, que direta ou indiretamente atingem a pessoa do condenado por uma sentença transitada em julgado.

2. PRESSUPOSTO

Condenação penal com trânsito em julgado, ou seja, para a qual não caiba mais recurso.

Ressalta-se que a sentença que aplica medida de segurança produzirá efeitos da condenação apenas para os semi-imputáveis, tendo em vista que a sentença que aplica medida de segurança para os inimputáveis é uma sentença absolutória imprópria. Logo, ausente o pressuposto.

Igualmente, a decisão de transação penal não produz efeitos da condenação, pois é uma sentença meramente homologatória do acordo do MP e do autor do fato, não há condenação.

> *Súmula Vinculante 35 - A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.*

3. EFEITO PRINCIPAL DA CONDENAÇÃO

Imposição de uma pena ou de uma medida de segurança (para o semi-imputável).

4. EFEITOS SECUNDÁRIOS/MEDIATOS/ACESSÓRIOS/REFLEXOS/INDIRETOS

Os efeitos secundários pode ser penais ou extrapenais.

4.1. EFEITOS SECUNDÁRIOS DE NATUREZA PENAL PREVISTO NO CÓDIGO PENAL

a) Caracterização de reincidência (art. 63)

b) Regime fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 33, §2º)

c) Maus antecedentes (art. 59)

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

4.2. EFEITOS SECUNDÁRIOS DE NATUREZA EXTRAPENAL PREVISTO NO CÓDIGO PENAL

Subdividem-se em genéricos (art. 91) e específicos (art. 92).

4.2.1. Genéricos

São efeitos automáticos, ou seja, não precisam ser expressamente declarados na sentença. Aplicáveis para todo e qualquer crime.

a) Reparação do dano

> *Art. 91 - São efeitos da condenação:*
> *I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;*

Com a sentença condenatória transitada em julgado surge, automaticamente, o dever de repara o dano (*an debeatur*). O valor exato devido (*quantum debeatur*) deve ser apurado em liquidação, para posterior execução.

O efeito real da sentença condenatória ser um título judicial executivo permite que a vítima ou seu representante legal entre com a execução direto, sem ajuizar uma ação civil *ex delicto*.

CPP - Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.
Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso iv do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

CPC Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:
VI - a sentença penal condenatória transitada em julgado;

Por fim, salienta-se que a sentença condenatória fixa um valor mínimo. Na liquidação o valor poderá ser maior.

CPP Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória
IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

b) Confisco

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

lesado ou de terceiro

n coisas cujo fabrico,

.

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.
§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.
§ 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

Entende-se por confisco a perda de um bem em favor da União, não há nenhum tipo de indenização. Salienta-se que apenas os instrumentos do crime que forem considerados ilícitos serão confiscados.

A Lei 12.694/2012 alterou o Código Penal acrescentando os §§ 1º e 2º ao art. 91. Os novos dispositivos afirmam que, se o produto ou proveito do crime não for encontrado ou se estiver fora do país (o que dificultaria seu confisco), poderão ser confiscados bens ou valores equivalentes.

Exemplo: Gregório, servidor público, com o dinheiro decorrente de propinas (corrupção passiva) adquire um belo apartamento em Miami Beach, avaliado em 1 milhão de reais. Ao final do processo, como um dos efeitos da condenação, o juiz determinará que Gregório perca 1 milhão de reais em favor da União, valor este equivalente ao proveito do crime, que se encontra no exterior.

Para reaver o bem, o lesado ou terceiro de boa-fé deve utilizar o pedido de restituição.

Em suma, a finalidade do confisco é:

- Evitar o enriquecimento ilícito
- Retirar os bens de natureza ilícita de circulação

O Pacote Anticrime incluiu o art. 91-A ao Código Penal, ampliando o confisco de bens, a fim de evitar o enriquecimento ilícito dos condenados. Vejamos:

> *Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *§ 1º Para efeito da perda prevista no **caput** deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *I - de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

> *§ 2º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *§ 3º A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *§ 4º Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
> *§ 5º Os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal, ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

Perceba que o confisco alargado será aplicado apenas para os casos em que a pena cominada for superior a 6 anos de reclusão. Além disso, diferentemente do confisco previsto no art. 91 do CP que possui efeito automático, o confisco alargado é uma faculdade (efeito não automático) do juiz ou Tribunal (em grau de recurso ou nos crimes de competência originária) que deve decretá-lo de forma fundamentada, especificando os bens que serão perdidos.

Entende-se como patrimônio do condenado:

- Os bens de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente – não se consideram os bens que o condenado possuía antes do crime;
- Os bens transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal – visa evitar o uso de “laranjas”.

Trata-se de uma presunção relativa (cabe prova em sentido contrário) de que o patrimônio do condenado é incompatível com os seus rendimentos lícitos, decorre do *id quod plerumque accidit* (aquilo que normalmente ocorre).

De acordo com a doutrina, o §2º do art. 91-A consagra a inversão do ônus da prova, ou seja, competirá ao condenado, e não ao Ministério Público, demostrar a inexistência de incompatibilidade ou a procedência lícita de seu patrimônio, por isso se fala em presunção relativa.

Diversamente, prevê o Enunciado 22 da I Jornada de Direito Penal e Processo Penal CJF/STJ:

> *En. 22 - Para fins de aplicação do art. 91-A do Código Penal, cabe ao Ministério Público, e não à Defesa, a comprovação de incompatibilidade entre o patrimônio e os rendimentos lícitos do réu.*

Importante consignar que o confisco alargado deve ser requerido expressamente pelo Ministério Público quando oferecer a denúncia.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Por fim, tratando-se de milícias e de organização criminosa, com a intenção de dificultar a manutenção de suas atividades, os instrumentos por elas utilizados para a prática de crimes deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça em que tramita a ação penal, ainda que não representem perigo à segurança das pessoas, à moral ou à ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes. Trata-se de efeito automático, portanto, o magistrado não poderá deixar de aplicar a decretação.

4.2.2. Específicos

São aplicados apenas para determinados crimes. Além disso, não são automáticos, o juiz precisa, de forma fundamentada, os declarar.

a) Perda de cargo, função pública ou mandato eletivo

> *Art. 92 - São também efeitos da condenação*
> *I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:*
> *a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;*
> *b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.*

A regulamentação da perda do mandato eletivo está na CF. Conforme o art. 15, III, qualquer condenação criminal (independentemente de tipo ou quantidade de pena) acarreta suspensão dos direitos políticos, que gera, consequentemente, a perda do mandato eletivo.

> *CF Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:*
> *III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;*

Exceção: O art. 55, VI e §2º CF dispõe que, inobstante tenham suspensos os direitos políticos, a perda do cargo dos parlamentares federais dependerá de decisão da maioria absoluta da respectiva casa legislativa.

CF Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:
VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.
§ 2º - Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.
a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

Observe os seguintes julgados, todos retirados do Dizer o Direito

Info 599 – A pena de perdimento deve ser restrita ao cargo ocupado no momento do delito, salvo se o novo cargo tiver relação com as atribuições anteriores.



.

Importante!!!

Imagine que, quando o réu praticou o crime, ele estava ocupando o cargo público "X". No entanto, anos mais tarde, no momento em que foi prolatada a sentença condenatória, ele já estava em outro cargo público ("Z"). O juiz poderá condenar o réu à perda do atual cargo público ("Z") mesmo sendo ele posterior à prática do delito?

REGRA: não. Em regra, a pena de perdimento deve ser restrita ao cargo público ocupado ou função pública exercida no momento da prática do delito.

EXCEÇÃO: se o juiz, motivadamente, considerar que o novo cargo guarda correlação com as atribuições do anterior, ou seja, daquele que o réu ocupava no momento do crime, neste caso mostra-se devida a perda da nova função como uma forma de anular (evitar) a possibilidade de que o agente pratique novamente delitos da mesma natureza.

Assim, a pena de perdimento deve ser restrita ao cargo ocupado ou função pública exercida no momento do delito, à exceção da hipótese em que o magistrado, motivadamente, entender que o novo cargo ou função guarda correlação com as atribuições anteriores.

STJ. 5ª Turma. REsp 1452935/PE, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 14/03/2017 (Info 599).

Info 552 – O art. 92 do CP não prevê a perda da aposentadoria

Réu, servidor público, foi denunciado pela prática de crime contra a Administração Pública. Durante o curso do processo criminal, ele se aposenta. O juiz profere sentença, condenando-o à pena de 5 anos de reclusão.

É possível que o juiz o condene também à perda da aposentadoria com base no art. 92, I, do CP?

NÃO. Ainda que condenado por crime praticado durante o período de atividade, o servidor público não pode ter a sua aposentadoria cassada com fundamento no art. 92, I, do CP, mesmo que a sua aposentadoria tenha ocorrido no curso da ação penal.

O rol do art. 92 do CP é taxativo e nele não está prevista a perda da aposentadoria.

STJ. 5ª Turma. REsp 1.416.477-SP, Rel. Min. Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), julgado em 18/11/2014 (Info 552).

Info 552 – o art. 92 do CP não se aplica a Promotor de Justiça condenado

Em ação penal decorrente da prática de corrupção passiva praticada por membro vitalício do Ministério Público Estadual, não é possível determinar a perda do cargo com fundamento no art. 92, I, a, do CP.

As regras sobre a perda do cargo de membro do Ministério Público estadual estão previstas na Lei 8.625/93, que, por ser norma especial, prevalece sobre o Código Penal (norma geral).

STJ. 5ª Turma. REsp 1.251.621-AM, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 16/10/2014 (Info 552).

Info 549 – os efeitos do art. 92, conforme previsão expressa, não são automáticos.

O art. 92, I, do CP prevê, como efeito extrapenal específico da condenação, a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo.

Segundo prevê o parágrafo único do art. 92 e a jurisprudência do STJ, esse efeito (perda do cargo) não é automático, devendo ser motivadamente declarado na sentença.

Em outras palavras, a determinação da perda de cargo público pressupõe fundamentação concreta que justifique o cabimento e necessidade da medida.

STJ. 6ª Turma. REsp 1.044.866-MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 2/10/2014 (Info 549).

b) Incapacidade para o pátrio poder, tutela ou curatela



Está prevista no inciso II do art. 92 do CP, a Lei 13.715/2018 alterou a redação do referido inciso. Em razão da alteração, colacionamos a excelente explicação do Professor Márcio Cavalcante (www.dizerodireito.com.br)

Código Penal	
Antes da Lei 13.715/2018	Depois da Lei 13.715/2018 (atualmente)
Art. 92. São também efeitos da condenação: (...) II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;	Art. 92. São também efeitos da condenação: (...) II - a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado;

Se o agente cometeu:

- um crime doloso sujeito
- à pena de reclusão
- contra uma das pessoas listadas no inciso II
- o juiz, ao proferir uma sentença condenatória,
- poderá determinar que o condenado perca o poder familiar, a tutela ou a curatela.

Obs.: não importa a quantidade da pena nem se houve substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. O que interessa é que tenha sido um crime doloso cuja pena prevista em abstrato seja de reclusão.

Vamos ver abaixo os aspectos que foram alterados na redação do inciso:

"Poder familiar"

A redação anterior falava em "pátrio poder". Isso porque essa era a expressão utilizada no Código Civil de 1916. O Código Civil de 2002 substituiu "pátrio poder" por "poder familiar". Desse modo, a alteração aqui foi apenas para atualizar a linguagem do Código Penal, não tendo havido uma mudança substancial.

Poder familiar é um conjunto de direitos e deveres conferido aos pais com relação ao filho menor de 18 anos (não emancipado), dentre eles o poder de dirigir a criação e a educação, de conceder consentimento para casar-se, de exigir que preste obediência, e outros previstos no art. 1.634 do CC.

“Outrem igualmente titular do mesmo poder familiar”

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Aqui é novidade. O que isso quer dizer: se o agente comete o crime contra uma pessoa e a vítima divide com o agente o poder familiar em relação a uma criança ou adolescente, então, neste caso, o condenado também poderá perder o poder familiar.

Dito de forma direta: se o agente pratica o crime contra a mãe ou o pai de seu filho, ele poderá perder o poder familiar sobre o menor.

Ex: João e Maria possuem um filho em comum (Lucas). Maria se separou de João, mas este nunca aceitou o rompimento. Determinado dia, João comete homicídio contra Maria. Ao ser condenado, João poderá perder o poder familiar em relação a Lucas.

Vale ressaltar que isso vale tanto para o crime cometido pelo homem como pela mulher. Assim, se Maria tivesse matado João, ela também poderia ser condenada a perder o poder familiar.

“Filha”

Acréscimo absolutamente desnecessário e atécnico.

Mesmo quando o Código falava apenas em “filho”, nunca se discutiu que isso incluía também a filha. Não é necessário que o texto legal flexione o gênero das palavras, sendo isso presumido, salvo se houver uma limitação expressa (ex: Lei Maria da Penha).

“Outro descendente”

É o caso do crime cometido contra o neto e bisneto. Trata-se de situação que não será tão comum na prática. É possível, no entanto, imaginar o seguinte exemplo: João possui dois filhos: Pedro (23 anos) e Isabela (6 anos). Pedro, por sua vez, tem uma filha de 5 anos (Letícia). João pratica estupro contra Letícia (sua neta). O juiz poderá condenar João a perder o poder familiar em relação a Isabela.

Vale ressaltar que avô e avó não exercem poder familiar sobre neto/neta, mesmo que os pais do menor já tenham falecido ou tenham perdido, por algum motivo, o poder familiar.

Essa perda do poder familiar abrange apenas o filho que foi vítima do crime ou o agente perderá o poder familiar com relação aos outros filhos que não foram ofendidos pelo delito? Ex: João praticou o crime contra seu filho Lucas; ocorre que ele também possui outros dois filhos menores de 18 anos. João, ao ser condenado, poderá perder o poder familiar em relação aos três filhos? SIM. Existe divergência na doutrina, mas essa é a posição que prevalece: “Essa incapacidade pode ser estendida para alcançar outros filhos, pupilos ou curatelados, além da vítima do crime. Não seria razoável, exemplificativamente, decretar a perda do poder familiar somente em relação à filha de dez anos e idade estuprada pelo pai, aguardando fosse igual delito praticado contra as outras filhas mais jovens, para que só então se privasse o genitor desse direito” (MASSON, Cleber. *Direito Penal.* São Paulo: Método, 2018).

Tal conclusão ganha ainda mais força com a inclusão do descendente no rol do inciso II do art. 92 do CP. Isso porque os avós não detêm poder familiar em relação aos netos. Logo, se o crime for cometido pelo avô contra o neto, o avô poderá perder o poder familiar em relação aos seus filhos menores, mesmo eles não sendo as vítimas do delito.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

Essa perda é temporária? Depois de o agente ter cumprido a pena e conseguido a reabilitação, é possível que ele retome o poder familiar? NÃO. A reabilitação, em regra, extingue (apaga) os efeitos secundários extrapenais específicos da sentença condenatória.

O caso da perda do poder familiar, contudo, é uma exceção. Assim, a pessoa perdeu o poder familiar em decorrência de uma sentença penal condenatória não irá readquirir o poder familiar mesmo que cumpra toda a pena e passe pelo processo de reabilitação.

Em outras palavras, essa perda do poder familiar é permanente. Isso está previsto na parte final do parágrafo único do art. 93 do Código Penal:

> *Art. 93 (...)*
> *Parágrafo único. A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo.*

A doutrina faz a seguinte distinção:

- em relação à vítima do crime doloso e punido com reclusão, essa incapacidade é permanente. Assim, mesmo em caso de reabilitação é vedada a reintegração do agente na situação anterior (art. 93, parágrafo único, do CP).
- em relação aos outros filhos, pupilos ou curatelados, a incapacidade seria provisória, pois o condenado, se reabilitado, poderá voltar a exercer o poder familiar, tutela ou curatela.

Os efeitos previstos no art. 92, II, do CP são automáticos? Em outras palavras, sempre que houver condenação por crime doloso sujeito à pena de reclusão cometido contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado, o condenado irá perder o poder familiar, a tutela ou a curatela? NÃO. Para que esse efeito da condenação seja aplicado, é indispensável que a decisão condenatória motive concretamente a necessidade da perda do poder familiar, da tutela ou da curatela. O parágrafo único do art. 92, expressamente, afirma isso:

> *Art. 92 (...)*
> *Parágrafo único. Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.*
> *92*

c) Perda do direito de dirigir

> *Art. 92 - São também efeitos da condenação*
> *III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.*

Quando o crime for culposo, aplica-se o CTB.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

REABILITAÇÃO

1. PREVISÃO LEGAL

A reabilitação encontra-se disciplinada nos arts. 93 e seguintes, do Código Penal. Vejamos:

> *Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.*
> *Parágrafo único - A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo.*
>
> *Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, **decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução**, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado:*
> *I - tenha tido domicílio no País no prazo acima referido;*
> *II - tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado;*
> *III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.*
> *Parágrafo único - Negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários.*
>
> *Art. 95 - A reabilitação será revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa.*

2. CONCEITO

Instituto declaratório (declaração judicial) que garante ao condenado:

- Suspensão de ALGUNS efeitos extrapenais específicos da condenação.
- Sigilo dos registros sobre seu processo, condenação e pena.

*OBS: Essa garantia do sigilo é desnecessária, pois já é prevista no art. 202 da LEP, INDEPENDENTEMENTE de pedido ou preenchimento de requisitos, porquanto é um efeito automático do cumprimento/extinção da pena.

> ***LEP Art. 202**. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, **salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal** ou **outros casos expressos em lei**.*

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Percebe-se que esse sigilo não é absoluto.

Conclusão: A **reabilitação serve apenas para suspender os efeitos extrapenais** do art. 92 do CP. Vejamos quais são os efeitos extrapenais específicos da condenação:

1º Perda de cargo ou função pública

- Crime funcional – em que seja aplicada pena privativa de liberdade igual ou superior a 01 ano. Tem que fazer novo concurso, não readquire aquele cargo público perdido.

OBS: Pena restritiva de direitos ou multa não geram esse efeito específico.

- Crime comum – em que seja aplicada pena privativa de liberdade superior a 04 anos.

2º Incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela

- Cometimento de crime doloso;

- Sujeito a pena de reclusão;

- Cometido contra filho, tutelado ou curatelado.

Percebe-se que nos dois primeiros incisos a reabilitação NÃO É INTEGRAL.

Exemplo 1: JOÃO, condenado por peculato, perdeu o cargo público. Com a reabilitação, JOÃO pode voltar aos quadros da Administração Pública, mas depende de nova investidura (reabilitação parcial).

Exemplo 2: JOÃO, pai de três filhas, foi condenado pelo estupro da mais velha. Na sentença, o juiz julgou JOÃO incapaz de exercer o poder familiar. Depois de reabilitado, JOÃO pode voltar a exercer o poder sobre as filhas, porém jamais em face daquela ví tima do estupro.

3º - Inabilitação para dirigir veículo

- Veículo utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

licadas em sentença egistros sobre o seu

atingir os efeitos da lada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I (perda de cargo ou função pública) e II do mesmo artigo (pátrio poder, tutela, curatela crimes dolosos punidos com reclusão contra aqueles).

.

Conforme o art. 93, parágrafo único, apenas o inciso III traduz uma suspensão absoluta de efeito da condenação, de forma que, deferido o pedido de reabilitação, o reabilitado tem sua habilitação para dirigir restaurada.

Já nos casos dos incisos I e II, os efeitos da condenação são parcialmente suspensos. Assim, no caso de perda do poder familiar (tutela ou curatela) o reabilitado não recuperará o poder sobre a vítima do crime, podendo exercê-lo em relação a demais filhos, tutelados ou curatelados.

No caso de perda de cargo público, a reabilitação não lhe devolve o cargo, mas permite que o reabilitado ingresso novamente nos quadros da Administração, através de novo concurso.

3. REQUISITOS

Os requisitos da reabilitação estão previstos no art. 94 do CP. Trata-se de requisitos cumulativos.

1º - Decorrência de dois anos da extinção ou do cumprimento da pena. Aqui, são computados o período de *sursis* e de livramento condicional, desde que não tenha havido revogação. Assim, por exemplo, se o sujeito fica três anos em período de prova no 'sursis', findo esse período e declarada extinta a pena, estará apto a requerer a reabilitação.

2º - Domicílio no país durante o período de carência (dois anos).

De acordo com Bittencourt o requisito é de duvidosa constitucionalidade, já que limita injustificadamente a liberdade de locomoção do indivíduo.

3º - Demonstração de bom comportamento público e privado.

4º - Ressarcimento do dano, salvo quando:

- For impossível ressarcir;
- Houver renúncia da vítima (comprovada documentalmente);
- Houver novação da dívida.

Salienta-se que a reabilitação indeferida poderá ser novamente requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários (art. 94, parágrafo único da CP).

4. REVOGAÇÃO DA REABILITAÇÃO

A reabilitação tem um período no qual é norteada pela cláusula *rebus sic stantibus*. Exemplo: O pai que recuperou o poder familiar pode vir a perdê-lo novamente, a depender da situação fática presente.

Somente de ofício ou a requerimento do MP pode ser revogada a reabilitação. Assim, NÃO constam como legitimados a vítima ou o assistente de acusação.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

A revogação ocorrerá quando (são requisitos cumulativos) houver condenação, por decisão definitiva, como reincidente, à pena que não seja de multa (PPL ou PRD).

5. COMPETÊNCIA E RECURSO

O pedido de reabilitação deve ser endereçado ao juiz da **CONDENAÇÃO**, conforme disposição do parcialmente revogado art. 743 do CPP.

> ***Art. 743**. A reabilitação será requerida ao **juiz da condenação**, ~~após o~~ decurso de quatro ou oito anos, pelo menos, conforme se trate de condenado ou reincidente, contados do dia em que houver terminado a*

execução da pena principal ou da medida de segurança detentiva, devendo o requerente indicar as comarcas em que haja residido durante aquele ~~tempo~~.

Qual recurso cabível contra a DENEGAÇÃO de pedido de reabilitação? Cabe apelação, conforme o art. 593, II do CPP, pois se trata de decisão com força de definitiva.

> ***CPP** Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:*
> *II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior;*

Qual recurso da decisão que CONCEDE a reabilitação? Além da apelação, há a previsão do "recurso de ofício" (reexame necessário), nos termos do art. 746 do CPP.

> *o haverá recurso de*



.

TEORIA GERAL DA PENA

1. SANÇÃO PENAL: CONCEITO E ESPÉCIES

A sanção penal é gênero que possui como espécies a pena e a medida de segurança.

A sanção penal nada mais é do que a resposta do Estado, no exercício do *ius puniendi* e com respeito ao devido processo legal, àquele que praticou um fato previsto como crime ou como contravenção penal.

2. VIAS DO DIREITO PENAL

O Direito Penal é um sistema de dupla via, ou seja, o Estado responde a quem violou a lei penal aplicando uma pena (1ª via) ou uma medida de segurança (2ª via).

Destaca-se que há, ainda, a terceira via do Direito Penal, caracterizada pela reparação do dano. Aqui, o Estado renuncia ao seu direito de punir, tendo em vista que o autor do dano reparou os prejuízos causados à vítima. Como exemplo temos o art. 74 da Lei 9.099/95, vejamos:

> *Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.*
> *Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.*

3. FINALIDADE DA PENA

A pena, como mencionado, é a primeira via do Direito Penal.

A seguir iremos analisar as teorias que visam explicar as finalidades da pena, ou seja, que dizem respeito aos objetivos buscados pelo Estado ao aplicar determinada pena.

3.1. TEORIA ABSOLUTA E FINALIDADE RETRIBUTIVA

Os principais expoentes da Teoria Retributiva foram Kant e Hegel.

- A finalidade da pena é, única e exclusivamente, punir.
- A pena possui um caráter expiatório, ou seja, a pena é um castigo.
- Sustentam que a pena é um mal justo, aplicado pelo Estado em resposta ao mal injusto (crime).

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

- A pena enquanto castigo deve ser integralmente cumprida, sob pena de descrédito no Estado.

CRÍTICA: a pena não tem finalidade prática. Pune-se por punir, não visa a ressocialização do autor do delito, nem a prevenção de novos crimes. Funciona como mero instrumento de vingança do Estado contra o criminoso.

Apesar de toda a crítica que essa Teoria merece, não se pode deixar de mencionar que ela trouxe o marco inicial de um grande princípio penal: proporcionalidade da sanção.

3.2. TEORIA RELATIVA E FINALIDADES PREVENTIVAS

De acordo com a Teoria Relativa, a finalidade da pena é prevenir a prática de novos crimes. O Estado irá punir com o intuito que não sejam praticados novos delitos.

A pena possui, aqui, uma função social.

A prevenção divide-se em: geral e especial.

3.2.1. <u>Prevenção geral</u>

A prevenção geral é destinada aos demais membros da sociedade.

Divide-se em:

- POSITIVA – é a reafirmação do Direito Penal. Isto é, busca-se demostrar a vigência, a força, a autoridade do Direito Penal. Ideia de que o bem (lei penal) vence o mal (crime).
- NEGATIVA – criada por Feuerbach, com base na Teoria da Coação Psicológica. Significa a intimidação coletiva, ou seja, a pena é utilizada com o intuito de intimidar os demais membros da sociedade.
  A pena de morte em praça pública (enforcamento) é o primeiro exemplo que temos de prevenção geral negativa.

O Direito Penal do Terror/Medo surge aqui, bem como a **hipertrofia do direito penal** (criação de novos crimes, aumento de penas, novos crimes no rol dos hediondos)

3.2.2. <u>Prevenção especial</u>

A prevenção especial é dirigida ao próprio condenado.

Divide-se em:

- POSITIVA – prevenção especial máxima, visa a ressocialização do condenado. Segundo Anabela Miranda Rodrigues (jurista portuguesa), a pena, antes de ser ressocializadora, deve ser não dessocializadora. Ou seja, antes de preocupar-se em recuperar o criminoso a pena deve preocupar-se em não piorar o condenado, a fim de não o excluir ainda mais da sociedade.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

- NEGATIVA – prevenção especial mínima, visa evitar a reincidência.

3.3. TEORIA MISTA E DUPLA (TRÍPLICE) FINALIDADE

É chamada de Unificadora, Unitária, Conciliatória, Intermediária ou Eclética.

O Brasil adotou esta Teoria, consagrada no art. 59 do CP, segundo a qual a pena possui uma dupla finalidade (retribuição e prevenção) ou tripla finalidade (retribuição, prevenção geral e prevenção especial).

> *Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção** do crime:*

Na Lei de Execução Penal e no Pacto de San José da Costa Rica há passagens no mesmo sentido.

Observe o quadro elaborado pelo Professor Rogério Sanches[1]:

Momento	Finalidades Da Aplicação Da Pena	
PENA EM ABSTRATO (pena cominada)	PREVENÇÃO GERAL	Visa a sociedade e atua antes da prática do delito.
PENA EM CONCRETO (pena aplicada)	PREVENÇÃO ESPECIAL NEGATIVA	Visa o delinquente, buscando evitar a reincidência.
	RETRIBUIÇÃO	Visa retribuir com o mal o mal causado.
PENA NA EXECUÇÃO (pena executada)	EFETIVAR AS DISPOSIÇÕES DA SENTENÇA	Visa o delinquente, objetivando ressocializá-lo.
	PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA	

O STF, no HC 91.874, afirma que as finalidades da pena devem ser buscadas com igual ênfase pelo Estado e pelo condenado. Assim, o condenado deve ter boa vontade em alcançar as finalidades da pena, sendo obrigação do Estado conferir os meios para que isso seja concretizado (estabelecimentos penais dignos, por exemplo).

3.4. TEORIA AGNÓSTICA

Também chamada de Teoria Negativa.

[1] Manual de Direito Penal: Parte Geral, 2020. Pág. 484.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

É uma criação de Zaffaroni, sustenta que a pena não possui nenhuma utilidade prática. Há um descrédito na pena, não ressocializa, não previne, serve apenas para neutralizar o condenado. Retirá-lo do convívio social.

4. PRINCÍPIOS DA PENA

4.1. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL OU DA ESTRITA LEGALIDADE

Significa que não haverá pena sem prévia cominação legal, nos termos do art. 5º, XXXIX, da CF e art. 1º do CP.

> *CP Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.*
>
> *CF Art. 5º XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;*

É considerado uma cláusula pétrea.

4.2. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE

Também está previsto no art. 1º do CP e no art. 5º, XXXIX, da CF. A lei que comina a pena deve ser anterior ao crime que será punido.

4.3. PRINCÍPIO DA PERSONALIDADE

É chamado também de Princípio da Intransmissibilidade, da Intranscendência ou da Responsabilidade pessoal, está previsto no art. 5º, XLV, da CF.

> *CF Art. 5º XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;*

De acordo com este princípio, nenhuma pena, em hipótese alguma, poderá ultrapassar a pessoa do condenado.

Para a doutrina minoritária (Flávio Monteiro de Barros), o princípio da pessoalidade, não é absoluto, sendo excepcionado pela própria CF, que permite a transmissão aos sucessores da "pena de confisco". Por outro lado, doutrina amplamente majoritária (LFG, Masson, Sanches) entendem que o princípio da pessoalidade, é absoluto, não admitindo exceções, o art. 5º, XLV apenas determina que os a obrigação de reparar o dano e a decretação da perda de bens, EFEITOS DA CONDENAÇÃO, podem ser estendidos aos sucessores, seguindo a lei e o limite do

patrimônio transferido.

Tratando-se de pena de multa não há falar em cobrança de sucessores.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

4.4. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A pena deve ser individualizada, considerando o FATO DO AGENTE e o AGENTE DO FATO, conforme previsto no art. 5°, XLV da CF.

> *Art. 5º*
> *XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:*
> *a) privação ou restrição da liberdade;*
> *b) perda de bens;*
> *c) multa;*
> *d) prestação social alternativa;*
> *e) suspensão ou interdição de direitos;*

Segundo os ensinamentos de Cleber Masson[2], o princípio da individualização deve ser analisado em três planos:

- Legislativo – é respeitado quando o legislador descreve o tipo penal e estabelece sanções adequadas, indicando os limites máximos e mínimos, as circunstâncias aptas a aumentar ou diminuir as penas;
- Judicial – o juiz deve aplicar a pena utilizando-se de todos os instrumentos fornecidos pelos autos da ação penal, em obediência ao sistema trifásico;
- Administrativo - observação na execução da pena, o Estado deve zelar por cada condenado de forma singular, mediante tratamento penitenciário ou sistema alternativo no qual se afigure possível a integral realização das finalidades da pena.

4.5. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

É um princípio implícito na CF, desdobramento lógico do princípio da individualização da pena.

A pena deve ser proporcional à gravidade da infração (deve ser meio proporcional aos fins perseguidos com a aplicação da pena, quais sejam, a retribuição e a prevenção).

*Importante "vetor" do princípio da proporcionalidade: ***princípio da suficiência da pena alternativa***. Se para atingir as finalidades de prevenção, retribuição e ressocialização, basta a pena alternativa deve-se evitar a pena privativa de liberdade (STF).

O princípio da proporcionalidade tem dois ângulos de análise:

- Proibição do EXCESSO: Busca evitar a hipertrofia da punição.
- Proibição da INSUFICIÊNCIA da intervenção estatal: aqui se busca evitar a punição insignificante, incapaz de atender aos fins da pena.

[2] Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º a 120), 2020. Pág.:462

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

4.6. PRINCÍPIO DA INDERROGABILIDADE

Desde que presentes os seus pressupostos, a pena deve ser aplicada e fielmente cumprida. É mitigado pela prescrição, pelo livramento condicional, pelo perdão judicial, pelo livramento condicional.

4.7. PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

Não haverá penas cruéis, desumanas e degradantes.

> *CF Art. 5º XLVII - não haverá penas:*
> *a) de **morte**, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;*
> *b) de caráter perpétuo;*
> *c) de trabalhos forçados;*
> *d) de banimento;*
> *e) cruéis;*
> *XLIX - é assegurado aos presos o respeito à **integridade física e moral**;*

4.8. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PENA INDIGNA

É um desdobramento lógico da humanização das penas. A ninguém pode ser imposta pena ofensiva à dignidade humana.

Se, por um lado, o crime jamais deixará de existir no atual estágio da humanidade, por outro, há formas humanizadas de garantir a eficiência do Estado para punir o infrator, corrigindo-o, sem humilhação, com a perspectiva de pacificação social.

Percebem-se aqui predicados de justiça restaurativa.

5. COMINAÇÃO DAS PENAS

Cominação é a previsão da pena em abstrato. Aplicação é a concretização da pena pelo juiz.

5.1. PREVISÃO LEGAL

O art. 53 do CP trata da cominação de penas, vejamos:

> *Art. 53 - As penas privativas de liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal de crime.*

Cada tipo incriminador possui uma cominação própria.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

5.2. ESPÉCIES DE COMINAÇÃO

5.2.1. Cominação Isolada

É a previsão de uma única pena com exclusividade pelo legislador. Cita-se, como exemplo, a pena do homicídio (art. 121 do CP), em que o preceito secundário prevê somente a pena privativa de liberdade.

> *Art. 121. Matar alguém:*
> *Pena - **reclusão**, de seis a vinte anos.*

5.2.2. Cominação Cumulativa

O tipo penal prevê, em conjunto, duas espécies de pena. É o que ocorre, por exemplo, no crime de furto em que há previsão de pena privativa de liberdade (reclusão) **e** multa.

O juiz é obrigado a aplicar as duas.

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

5.2.3. Cominação Alternativa

O tipo penal coloca à disposição do juiz duas espécies diversas de penas, só pode aplicar uma delas.

O crime de divulgação de segredo (art. 153 do CP) é exemplo de cumulação alternativa, tendo em vista que seu preceito secundário prevê detenção **ou** multa.

> *Art. 153 - Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:*
> *Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.*

5.2.4. Cominação Paralela

O tipo penal coloca à disposição do juiz, alternativamente, duas penas da mesma espécie.

É o que ocorre com o crime de bigamia, previsto no art. 235, §1º do CP, vejamos:

> *Art. 235, § 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com **reclusão ou detenção**, de um a três anos.*

Obs.: Não confundi [illegible] espécies diferentes. Aqui, são duas pena [illegible] as de liberdade).

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

6. CLASSIFICAÇÃO DAS PENAS

6.1. QUANTO AO CRITÉRIO ADOTADO PELO CP

De acordo com o art. 32 do CP, as penas são: privativas de liberdade, restritivas de direitos

e multa.

> *Art. 32 - As penas são:*
> *I - privativas de liberdade;*
> *II - restritivas de direitos;*
> *III - de multa.*

6.2. QUANTO AO CRITÉRIO CONSTITUCIONAL

6.2.1. Penas permitidas

Previstas no art. 5º, XLVI da CF.

> *XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, **entre outras**, as seguintes:*
> *a) privação ou restrição da liberdade;*
> *b) perda de bens;*
> *c) multa;*
> *d) prestação social alternativa;*
> *e) suspensão ou interdição de direitos;*

Trata-se de rol exemplificativo, a CF não esgota as penas existentes. Assim, são permitidas:

- Privação (retira do condenado o seu direito de locomoção, por tempo determinado) ou restrição (limita o direito de locomoção do condenado, sem submetê-lo à prisão – a exemplo da tornozeleira eletrônica) de liberdade
- Perda de bens
- Multa
- Prestação social alternativa
- Suspensão ou interdição de direitos.

6.2.2. Penas proibidas

A CF, em seu art. 5º, XLVII, traz um rol de penas proibidas, *in verbis*:

> *rmos do art. 84, XIX;*
> *dida de segurança.*

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

> *c) de trabalhos forçados; não se confunde com o trabalho obrigatório, previsto na LEP.*
> *d) de banimento;*
> *e) cruéis;*

Pena de banimento (degredo) é expulsar o brasileiro do território nacional.

7. TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS: *BROKEN WINDOWS THEORY*

Está relacionada à Criminologia, possui dois momentos importantes.

7.1. PRIMEIRO MOMENTO: 1969

Philip Zimbardo, pesquisador da Universidade de Stanford, ao estudar a relação entre pobreza e a prática de crimes, abandonou dois carros idênticos em regiões diversas. O primeiro no Bronx (bairro humilde de NY) e o segundo em Palo Alto (região nobre da Califórnia), após uma semana voltou ao local e constatou que:

- 1º Carro (Bronx) – havia sido completamente destruído, foram subtraídos as rodas, bancos, rádio, motor. O que não foi possível subtrair, foi depredado.
- 2º Carro (Palo Alto) – ficou intacto.

Antes de concluir o seu estudo, foi até Palo Alto e quebrou uma janela do carro. Para espanto de todos, o carro ficou do mesmo estado que o carro do Bronx.

Assim, concluíram que não é a pobreza que leva a prática de crimes, mas sim a ausência do Estado, a sensação de que não haverá punição. Por isso, é necessária a punição de todo e qualquer crime, mesmo os menos graves, a fim de evitar a prática de delitos mais graves.

7.2. SEGUNDO MOMENTO: 1982

James Q. Wilson e George L. Kelling aprofundaram a Teoria das Janelas Quebradas, sustentando, igualmente, que a prática de crime não está relaciona à pobreza, mas sim à sensação de impunidade.

Em 1994, em NY, aplicou-se para valer a referida Teoria, através da Política de Tolerância Zero, consagrando o movimento de Lei e Ordem, punia-se qualquer crime, não importando a sua gravidade.

A tolerância zero não é contra o criminoso, que continua sendo sujeito de direitos, mas sim contra o crime. Não se admite a impunidade, mesmo que o crime seja de baixo potencial ofensivo.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

7.3. MANIFESTAÇÕES DA TEORIA DA JANELA QUEBRADA NO DIREITO BRASILEIRO

A Lei Maria da Penha é um clássico exemplo da Teoria das Janelas Quebradas, pune qualquer infração praticada contra a mulher, por menor que seja, pois o feminicídio é causado após várias infrações menores (ofensas verbais, tapa na cara, ameaça).

Temos, ainda, a Lei 12.234/2010 que alterou o prazo de prescrição para três anos, a fim de dificultar a prescrição e punir os crimes de menor gravidade, evitando, consequentemente, os crimes de maior gravidade.

8. TEORIA DOS TESTÍCULOS DESPEDAÇADOS: *BREAKING BALLS THEORY*

Desenvolvida em Chicago, é oriunda da Criminologia.

A Teoria dos Testículos Despedaçados é fruto da experiência policial. Imagine que na Cidade X tenha um suposto traficante, a polícia começa a monitorá-lo, cercá-lo. Diante disso, a

tendência é que este suposto traficante deixe a cidade, pois se sente acuado.

Em suma: ao monitorar, ao cercar um suspeito a polícia “quebra” os seus testículos, fazendo com que deixe a cidade e cometa seus crimes em outra localidade.

9. ABOLICIONISMO PENAL

É um movimento que surgiu na Holanda (Look Hulsman) e na Noruega (Nils Cristie e Thomas Mathiesen), segundo o qual o Direito Penal e a criminalidade devem ser pensados de uma nova forma, visando uma severa diminuição deste ramo do direito. As condutas ilícitas devem ser resolvidas por outros meios.

É um movimento que caminha para o “fim” do Direito Penal, propondo a descriminalização de várias condutas e a despenalização. Para os crimes que continuam existindo (homicídio, estupro) propõe uma diminuição severa da pena.

Zaffaroni é um dos defensores do Abolicionismo, na América Latina. Em seu livro “Em Busca das Penas Perdidas” traz inúmeros argumentos em defesa do movimento.

Para Ferrajoli, o pai do garantismo, o Abolicionismo Penal é uma utopia.

9.1. CIFRAS NEGRAS

O abolicionismo parte das cifras negras do Direito Penal, que são os crimes que foram cometidos, mas que nunca chegaram ao conhecimento do Estado. Assim, como a sociedade mantém-se, mesmo sem a punição destes crimes, defende que não é necessário a intervenção do Direito Penal.

Também chamadas de crimes de rua.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

9.2. CIFRAS VERDES

Relacionadas aos crimes ambientais que não chegaram ao conhecimento do Estado.

9.3. CIFRAS DOURADAS

São os crimes econômicos em sentido amplo.

9.4. CIFRAS CINZAS

São os crimes que chegam ao conhecimento da polícia, mas são resolvidos de maneira informal. Não chegam ao controle oficial do Estado.

9.5. CIFRAS ROSAS

São os crimes de homofobia.

9.6. DIREITO PENAL SUBTERRÂNEO

São os crimes cometidos na clandestinidade pelos agentes do Estado, a exemplo dos grupos de extermínio (caso Amarildo) que nunca chegam ao conhecimento dos órgãos oficiais.

A sociedade, muitas vezes, aplaude e estimula o Direito Penal Subterrâneo.

10. JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Justiça Restaurativa se contrapõe à Justiça Retributiva a qual:

- Visa imposição da pena (retribuir o mal causado),
- É caracterizada por meios formais e inflexíveis,
- Todos os crimes interessam ao Estado, mesmo nas ações penais privadas (o Estado transfere à vítima a persecução penal).

Além disso, a Justiça Restaurativa parte da premissa que muitos crimes não são do interesse do Estado, estão limitados à vítima, ao agressor e à coletividade. Busca o equilíbrio entre o agressor e o agredido com a participação da coletividade.

Seu objetivo é reparar o dano causado, dando assistência à vítima, sendo caracterizada por meios informais e flexíveis.

Obs.: A Justiça Res do em vista que o Estado é excluído d

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

A Lei 9.099/95 (para maiores aprofundamentos indicamos nosso CS sobre o JECrim) traz inúmeros institutos da Justiça Restaurativa (composição dos danos, por exemplo)

Observe o quadro baixo:

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
O crime é ato contra a sociedade, representada pelo Estado.	O crime é ato contra a comunidade, contra a vítima e contra o próprio agente.
O interesse de punir é público.	O interesse de punir ou reparar é das pessoas envolvidas no caso.
A responsabilidade do agente é individual.	Há uma responsabilidade social pelo ocorrido (coculpabilidade).
Predomina a INDISPONIBILIDADE da ação penal.	Predomina a DISPONIBILIDADE da ação penal.
A concentração do foco punitivo volta-se contra o infrator.	Existe um foco conciliador.
Predominam as PPL.	Predominam as penas alternativas.
Existem penas cruéis e humilhantes.	As penas são proporcionais e humanizadas.
Consagra-se a pouca assistência à vítima.	Foco voltado à vítima.
Exemplo: Lei Maria da Penha	Exemplo: Lei dos JECs

APLICAÇÃO DA PENA

1. CONCEITO

Aplicação da pena é atividade exclusiva do Poder Judiciário (não admite delegação), que consiste em fixá-la na sentença ou no acórdão, em quantidade determinada, depois de respeitado o devido processo legal (contraditório, ampla defesa), àquele que se envolveu na prática de um crime ou de uma contravenção penal.

Ressalta-se que é manifestação concreta do princípio da individualização da pena.

A atividade de aplicação da pena é um ato discricionário juridicamente vinculado (Teoria das Margens).

2. PRESSUPOSTO

A culpabilidade é o pressuposto da aplicação da pena, formada pelos três elementos (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa).

Obs.: a periculosidade é o pressuposto da aplicação da medida de segurança.

3. SISTEMAS OU CRITÉRIOS

3.1. SISTEMA BIFÁSICO

Defendido por Roberto Lira, para quem a pena deve ser aplicada em duas fases (unia a segunda e a terceira fase nas penas privativas de liberdade).

É o sistema adotado pelo Brasil em relação à aplicação da pena de multa, nos termos do art. 49 do CP, *in verbis*:

> *Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.*
> *§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário-mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.*

- 1ª FASE – cálculo do número de dias-multa, não podendo ser inferior a 10 dias e nem superior a 360 dias.
- 2ª FASE – cálculo do valor do dia-multa, não podendo ser inferior a um trigésimo e nem superior a cinco vezes o valor do salário-mínimo.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

3.2. SISTEMA TRIFÁSICO

Idealizado por Nelson Hungria, a pena é aplicada em três fases distintas e sucessivas.

Em relação à pena privativa de liberdade, o Brasil adota o sistema trifásico, nos termos do art. 68 do CP, vejamos:

> *Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.*

- 1ª FASE: pena-base
- 2ª FASE: atenuantes e agravantes
- 3ª FASE: causas de diminuição e de aumento.

Obs.: Alberto Silva Franco sustenta uma quarta fase da aplicação da pena, qual seja: a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos. Posição isolada.

As penas restritivas de direito seguem o critério trifásico, uma vez que substituem as penas privativas de liberdade.

4. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

4.1. CRITÉRIO TRIFÁSIO

Inicialmente, destaca-se que para provas da magistratura é o tema mais importante de Direito Penal. Em concursos do MP e da Defensoria está entre os cinco temas mais cobrados.

Obs.: Ressalta-se que iremos estudar penas restritivas de direitos, mas não a sua aplicação. No Código Penal (na legislação extravagante há exceções), o juiz não aplica diretamente a pena restritiva de direitos, eis que primeiro aplica a pena privativa de liberdade e depois irá substituir pela pena restritiva de direitos.

A pena privativa de liberdade deve ser fixada em três fases distintas e sucessivas (em provas de sentença abordar cada uma das fases separadamente), sempre de forma fundamentada, a fim de que se possa concretizar o princípio da individualização da pena e da ampla defesa. A ausência de fundamentação leva à nulidade da sentença, nos termos do art. 93, IX da CF.

O Direito Penal moderno não admite a pena padrão, para cada réu deve ser aplicada uma pena, levando-se em conta suas peculiaridades e o crime praticado.

Obs.: De acordo [illegible] legal dispensa a fundamentação, ten[illegible]o, segundo o STF, ocasionou o fenôme[illegible]n de aplicar a pena acima do mínimo leg[illegible]

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

Visão crítica: a aplicação da pena sempre deve ser fundamentada pelo juiz, ainda que seja aplicada no mínimo legal, eis que o art. 93, IX da CF determina que TODAS as decisões sejam fundamentadas. Além disso, o juiz é um agente público que deve prestar contas à sociedade.

O STF trata do **redimensionamento da pena**, atividade exclusiva dos tribunais quando a pena é aplicada de forma exagerada pela instância inferior. Segundo Cleber Masson, o redimensionamento serve também para os casos de aumento da pena, mas o STF só utiliza esta expressão para os casos de redução de pena.

Por fim, antes de analisarmos cada uma das fases, ressalta-se que após a aplicação de cada uma das fases o juiz deve:

- Fixar o regime inicial de cumprimento de pena;
- Presentes os requisitos legais, deve analisar a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos ou por pena de multa;
- Não sendo possível a substituição e sendo a pena de até dois anos, deve analisar o cabimento do *sursis* (suspensão condicional da pena);
- Fixar o valor mínimo para reparação dos danos causados (art. 387, IV do CPP);
- Analisar se é ou não caso de decretação de preventiva ou de outra medida cautelar diversa da prisão.

4.2. 1ª FASE: PENA-BASE

Na primeira fase fixa-se a pena-base, seguindo o disposto no art. 59 do CP, vejamos:

> *Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:*

Note que o art. 59 do CP prevê o princípio da proporcionalidade quando utiliza as expressões “necessário” e “suficiente”.

Há no art. 59 do CP oito circunstâncias judiciais, também chamadas de circunstâncias inominadas pelo STF, tendo em vista que o legislador não as nomenclaturou, a identificação é feita pelo juiz no caso concreto.

Na primeira fase, em hipótese alguma, a pena pode ultrapassar os limites legais. Desta forma, ainda que todas as circunstâncias sejam favoráveis ao réu, o juiz não pode fixar abaixo do mínimo, em razão do princípio da separação dos poderes.

Ademais, as circunstâncias inominadas possuem um caráter subsidiário ou residual, sendo aplicado apenas quando não caracterizar uma circunstância legal (atenuante, agravante, causa de diminuição ou aumento de pena).

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Na fixação da pena-base, assim como ocorre em todo o Direito Penal, é preciso respeitar o princípio da proporcionalidade. Todo crime possui uma pena mínima e uma pena máxima, imagine que a pena mínima seja de 6 anos e a pena máxima de 20 anos. Quando todas as circunstâncias judiciais são favoráveis, o juiz aplica a pena-base no mínimo legal. De outro lado, quando todas as circunstâncias são desfavoráveis, irá aplicar a pena no máximo legal.

Salienta-se que a jurisprudência se firmou no sentido de que sempre que a pena for aplicada acima do mínimo legal (mesmo que seja um dia acima) será necessária a fundamentação. Obviamente, a fundamentação será dispensada quando for aplicada no mínimo legal, uma vez que não haverá prejuízo ao réu. A adoção de tal entendimento, segundo o STF, levou a criação da ***cultura da pena mínima***, pois os juízes aplicam a pena no mínimo legal, já que não é necessária a fundamentação.

Como solução, a doutrina defende, com fulcro no art. 93, IX da CF, que toda e qualquer pena, ainda que aplicada no mínimo legal, deve ser fundamentada. Além disso, o juiz é um agente público (como outro qualquer), devendo prestar contas do seu trabalho para a sociedade como um todo.

> *Art. 93, IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e* ***fundamentadas todas as decisões****, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;*

O STF utiliza a expressão "***redimensionamento da pena***", que é uma atividade privativa da instância superior frente a decisão da instancia inferior, podendo ocorrer por meio de recurso, como também através de *habeas corpus* ou revisão criminal. A finalidade é combater o excesso de pena, ou seja, a instância inferior aplicou a pena de forma excessiva e, por isso, o Tribunal abaixa a pena para fixar na quantidade correta. Ademais, ocorre o redimensionamento quando não há fundamentação adequada, bem quando o Tribunal aumenta a pena (mas não há, no STF, a utilização nesse caso).

Como visto, há no art. 59 do CP oito circunstâncias judiciais/inominadas:

a) Culpabilidade

b) Antecedentes

c) Conduta social

d) Personalidade do agente

e) Motivos do crime

f) Circunstância do crime

g) Consequência do crime

h) Comportamento da vítima

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

Sete circunstâncias podem ser favoráveis ou desfavoráveis ao réu. Contudo, o comportamento da vítima irá favorecer o réu ou será neutra, NUNCA irá ser desfavorável.

Diante disso, indaga-se:

O réu tem direito à pena mínima? NÃO! A pena mínima deve ser aplicada quando TODAS as circunstâncias judiciais forem favoráveis ao réu. De outro lado, quando TODAS as circunstâncias forem desfavoráveis ao réu, a pena será aplicada no máximo legal.

Como a pena-base é aplicada no caso concreto? Primeiramente, salienta-se que, tecnicamente, a pena-base não poderá ser aplicada no máximo legal, tendo em vista que o comportamento da vítima é considerado como uma circunstância favorável ou neutra. As sete circunstâncias inominadas que restam devem ser divididas em blocos ou percentuais pelo intervalo entre a pena mínima e máxima. Por exemplo, no homicídio simples há um intervalo de 14 anos entre a pena mínima (6 anos) e a pena máxima (20 anos), dividindo-se por sete (número de circunstâncias judiciais que podem ser desfavoráveis) temos 2 anos para cada circunstância. Desta forma, havendo três circunstâncias desfavoráveis, a pena-base será fixada em 12 anos.

De acordo com o STF (HC 97.056), ao adotar tal entendimento (divisão) respeita-se o princípio da proporcionalidade.

O STJ entende que a pena-base deve ser reduzida quando, em recurso exclusivo da defesa, o Tribunal afasta uma circunstância negativa do art. 59 do CP, isto porque a manter a pena fixada mesmo reconhecendo que uma circunstância judicial não estava presente, o Tribunal acabou incidindo em *reformatio in pejus* porque piorou a situação do réu.

> *É imperiosa a redução proporcional da pena-base quando o Tribunal de origem, em recurso exclusivo da defesa, afastar uma circunstância judicial negativa do art. 59 do CP reconhecida na sentença condenatória. STJ. 3ª Seção. EREsp 1.826.799-RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Rel. Acd. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 08/09/2021, DJe 08/10/2021 (Info 713).*

Qual é a fração de aumento que deve ser aplicada pelo magistrado para cada circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP)? O Código Penal não prevê um critério objetivo.

A maioria da doutrina afirma que deveria ser aplicada a fração de 1/8 para cada circunstância judicial negativa. Isso porque existem oito circunstâncias judiciais. Assim, se o juiz detectasse a existência de três circunstâncias judiciais desfavoráveis, aumentaria a pena-base em 3/8.

O STJ, contudo, possui jurisprudência majoritária no sentido de que deve ser aplicada a fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa:

> *O entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à*

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

> *fração de 1/6 sobre o mínimo legal, para cada vetorial desfavorecida. STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 666815/PA, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 01/06/2021.*

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, fração que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 647642/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 15/06/2021.

Vale ressaltar, contudo, que não se trata de tema pacífico.

4.2.1. Culpabilidade

Inicialmente, destaca-se que a culpabilidade prevista no art. 59 do CP, não se confunde com a culpabilidade estudada na Teoria do Crime. De acordo com Cleber Masson, o correto seria "grau de culpabilidade", já que a palavra culpabilidade significa um juízo de censura ou de reprovabilidade. Portanto, a expressão "grau de culpabilidade" seria mais adequada, indicando que todo agente culpável, que praticou um fato típico e ilícito, receberá uma pena, maior ou menor a depender do grau de culpabilidade (STF: HC 105.674, Info 724).

A circunstância judicial "culpabilidade", prevista no art. 59 do CP, atende ao critério constitucional da individualização da pena.
É possível que o juiz, fundamentado na culpabilidade, dimensione a pena de acordo com o grau de censura pessoal do réu na prática do delito.
A ponderação acerca das circunstâncias judiciais do crime, em especial a culpabilidade, atende ao princípio da proporcionalidade e representa verdadeira limitação da discricionariedade judicial na tarefa individualizadora da pena-base.

A palavra culpabilidade substituiu as expressões "intensidade do dolo" e o "grau da culpa".

4.2.2. Antecedentes

São todas as informações relativas à vida pretérita (pregressa) do réu, no âmbito criminal. Logo, apenas o que consta na FA (folha de antecedentes), emitida pelo órgão do Estado, será considerado.

Salienta-se que os antecedentes levam em conta apenas a vida pretérita, ou seja, tudo que ocorreu antes de o juiz aplicar a pena. Portanto, não pode considerar o presente (audiência, por exemplo). Importante consignar que as informações que não dizem respeito ao passado criminoso, como seu comportamento e suas atividades perante a sociedade, serão analisadas na personalidade ou na conduta social.

O mau antecedente é caracterizado por uma condenação definitiva, ou seja, uma condenação com trânsito em julgado, atendendo-se, assim, o princípio da presunção de inocência. Por isso, inquéritos, sentença absolutória, sentença declaratória de extinção da punibilidade e a sentença e/ou acordão pendente de recurso não podem ser utilizados como maus antecedentes. Nesse sentido, a Súmula 444 do STJ, vejamos:

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Súmula 444 STJ – é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

O CPP, em seu art. 20, parágrafo único, segue a mesma linha de raciocínio. Observe:

Art. 20, parágrafo único - Nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer anotações referentes a instauração de inquérito contra os requerentes

Esse é também o entendimento do STF:

> *A existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena. STF. Plenário. RE 591054/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 17/12/2014 (repercussão geral) (Info 772).*

Diante disso, indaga-se: ***existindo condenação definitiva, por quanto tempo será utilizada para caracterizar maus antecedentes? Após o período depurador, ainda, será possível considerar a condenação como mau antecedente***? Sim!

STJ: As condenações atingidas pelo período depurador quinquenal do art. 64, inciso I, do CP, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes, na primeira etapa da dosimetria da pena. STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 558.745/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 15/09/2020 e STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 471.346/MS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 21/05/2019.

STF: Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal. STF. Plenário. RE 593818/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 17/8/2020 (**Repercussão Geral - Tema 150**). Houve mudança de entendimento.

Salienta-se que o STJ editou a Súmula 636 prevendo que a folha de antecedentes criminais é documento hábil à comprovação tanto dos maus antecedentes como da reincidência, porque já possui fé pública e valor probante para o reconhecimento das informações nela certificadas.

> *Súmula 636-STJ: A folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência.*

Ressalta-se que a Súmula 636 do STJ versa unicamente sobre a forma de comprovação dos registros criminais que existem contra o réu, ou seja, ela trata apenas de aspectos formais. Este enunciado não dispõe sobre os registros que se enquadram ou não juridicamente como

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

“maus antecedentes” ou como “reincidência”. Em outras palavras, ela não discute o conteúdo do conceito desses institutos.

4.2.3. Conduta social

Também chamada de antecedentes sociais, refere-se ao estilo de vida do réu que pode ser considerado correto ou inadequado, perante a sociedade, a família, no local de trabalho etc.

A conduta social é aferida no interrogatório, na prova testemunhal. Além disso, pode ser objeto de estudo pelo setor técnico do juízo (psicólogos e assistentes sociais).

STJ HC 201453 - O fato de o réu ser usuário de drogas não pode ser considerado, por si só, como má-conduta social para o aumento da pena-base. A dependência toxicológica é, na verdade, um infortúnio.

Antecedentes não se confundem com conduta social. Nesse sentido, RHC 130132 do STF (Info 825 – Dizer o Direito):

A circunstância judicial "conduta social", prevista no art. 59 do Código Penal, representa o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos.

Os antecedentes sociais do réu não se confundem com os seus antecedentes criminais. São circunstâncias distintas, com regramentos próprios.

Assim, não se mostra correto o magistrado utilizar as condenações anteriores transitadas em julgado como "conduta social desfavorável".

STF. 2ª Turma. RHC 130132, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 10/5/2016 (Info 825).

4.2.4. Personalidade do agente

Trata-se da síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo.

De acordo com o STJ, a personalidade, negativamente considerada, deve ser entendida como a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada pelo criminoso na prática do delito. Assim, a personalidade do agente não pode ser considerada de forma imprecisa, vaga, insuscetível de controle, sob pena de se restaurar o direito penal do autor.

Ademais, entende o STJ que se o juiz utilizou o fato de o réu já possuir outra condenação criminal para agravar sua pena como “maus antecedentes” ou como “reincidente”, não poderá se valer desta mesma condenação para afirmar que o agente possui “personalidade” voltada ao crime, utilizar o argumento “condenação criminal” duas vezes para piorar a situação do réu caracteriza *bis in idem*.

Condenações criminais transitadas em julgado, não consideradas para caracterizar a reincidência, somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização para desabonar a personalidade ou a conduta social do agente.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

STJ. Plenário. REsp 1794854-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 23/06/2021 (Recurso Repetitivo – Tema 1077) (Info 702)

4.2.5. Motivos do crime

Trata-se das razões que levaram o agente à prática da infração penal. Não há crime sem motivo.

STJ: Nos delitos patrimoniais, como é o caso do furto, não é válido o juiz aumentar a pena alegando que o motivo do crime era a obtenção de "ganho fácil" ("lucro fácil") uma vez que esta circunstância é inerente ao aos crimes patrimoniais. STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1413263/MG, Rel. p/ Acórdão Min. Assusete Magalhães, julgado em 06/02/2014.

4.2.6. Circunstâncias do crime

Maior ou menor gravidade da infração espelhada pelo ***modus operandi*** do agente. São os elementos acidentais que, embora não participem da estrutura do tipo, podem agravar ou abrandar a quantidade punitiva.

Exemplos: forma e natureza da ação delituosa, tipos de meios utilizados, objeto, tempo, lugar, forma de execução e outras.

Observe alguns exemplos extraídos da jurisprudência:

> ***Info 578 STJ*** *- Na fixação da pena do crime de evasão de divisas (art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86), o fato de o delito ter sido cometido por* ***organização criminosa complexa e bem estrutura pode ser valorado de forma negativa a título de circunstâncias do crime****. STJ. 6ª Turma. REsp 1535956-RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 1º/3/2016.*

> ***Info 576 STJ*** *- O cometimento de estelionato em detrimento de* ***vítima que conhecia o autor do delito e lhe depositava total confiança justifica a exasperação da pena-base em razão da consideração desfavorável das circunstâncias do crime****. Existe um plus de reprovabilidade pelo fato de o agente ter escolhido para ser vítima do delito uma pessoa conhecida que lhe depositava total confiança. STJ. 6ª Turma. HC 332676-PE, Rel. Min. Ericson Maranho (Desembargador convocado do TJ/SP), julgado em 17/12/2015.*

4.2.7. Consequências do crime

Efeitos decorrentes do crime para vítimas, familiares etc.

A averiguação das consequências também é importante para que o juiz autorize a reparação de danos na sentença (se líquidos e certos), conforme a Lei 11.719/08 que alterou o CPP (antecipação da reparação dos danos).

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

4.2.8. Comportamento da vítima

É a atitude da vítima, a qual pode facilitar ou, até mesmo, ensejar a prática do crime. Por isso, será considerada uma circunstância favorável ao réu ou uma circunstância neutra.

> *STJ – Info 532: Se o comportamento da vítima* ***em nada contribuiu para o delito, isso significa que essa circunstância judicial é neutra****, de forma que não pode ser utilizada para aumentar a pena imposta ao réu. STJ. 6ª Turma. HC 217819-BA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 21/11/2013*

O comportamento da vítima pode ser questionado nos crimes contra o patrimônio, principalmente furto e roubo, nos quais a vítima pode facilitar suas práticas. Portanto, como ensina o Prof. Márcio Cavalcante (Dizer o Direito – Info 532) a circunstância judicial "comportamento da vítima" nunca poderá ser utilizada contra o réu. Haverá duas hipóteses possíveis:

- Se a vítima, de algum modo contribuiu para o crime (ex.: provocou o homicida): isso será sopesado em favor do réu para reduzir sua pena base ou mantê-la no mínimo;

- Se a vítima em nada contribuiu para o crime: essa circunstância será considerada

como neutra, não podendo ser utilizada para aumentar a pena do condenado.

4.3. 2ª FASE: AGRAVANTES E ATENUANTES

Na segunda fase da aplicação da pena o juiz utiliza as atenuantes e as agravantes, ambas podem ser genéricas ou específicas.

- Genéricas – previstas na parte geral do Código Penal e aplicáveis aos crimes em geral.
- Específicas – previstas na parte especial do Código Penal e, sobretudo, na legislação extravagante, sendo aplicáveis para crimes específicos.

legais.

Parte da pena-base, é uma pena intermediária.

Na segunda fase, assim como na primeira fase, a pena não pode ultrapassar os limites

4.3.1. <u>Agravantes genéricas</u>

Previstas no rol taxativo dos arts. 61 e 62 do CP, vejamos:

a pena, <u>quando não</u>

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

*b) para facilitar ou assegurar a execução **(conexão objetiva teleológica)**, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime **(conexão objetiva consequencial)**;*

.

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;
d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;
*e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge (ver exceções dos crimes contra patrimônio: "**escusas absolutórias**");*
f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;
g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;
h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;
i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;
j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;
l) em estado de embriaguez preordenada.

***Art. 62** - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:*
I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;
II - coage ou induz outrem à execução material do crime;
III** - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; **(esse 'não punível' não significa não culpável! O fato deve ser típico, ilícito e culpável, mas em virtude de uma condição ou qualidade pessoal não será punível, como nas escusas absolutórias ou imunidades penais de caráter pessoal previstas no art. 181 do CP)
IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

Trata-se de rol taxativo por serem prejudiciais ao réu. Por isso, devem estar expressamente previstas na lei, tratando-se de um desdobramento da taxatividade e do princípio da reserva legal. Assim, não cabe analogia *in malam partem* para criar uma agravante genérica

Salienta-se que sempre irão aumentar a pena, ou seja, são de aplicação obrigatória, salvo quando funcionam como qualificadora, elementar do crime ou causa de aumento da pena (para evitar o *bis in idem*).

Doutrina e jurisprudência entendem que as agravantes são aplicáveis apenas aos crimes dolosos e preterdolosos. Contudo, a jurisprudência já aplicou agravantes para crimes culposos (STF HC 70.362) – caso *Bateau Mouche* em que o excesso de pessoas na embarcação causou o naufrágio do barco e morte de pessoas.

4.3.2. <u>Atenuantes genéricas</u>

Previstas nos arts. 65 e 66 do CP, em rol exemplificativo, vejamos:

…ena:
…fato, ou maior de 70

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

II - o desconhecimento da lei;
III - ter o agente:
a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;
b)** procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; **(não se confunde com arrependimento eficaz – em que EVITA A CONSUMAÇÃO do crime – nem com arrependimento posterior – neste a reparação é feita ATÉ O RECEBIMENTO DA DENUNCIA OU QUEIXA, no caso em tela é feita depois, mas antes do julgamento).
c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;
d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;
e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Art. 66** - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. **(OBS: São as chamadas atenuantes inominadas. Aqui entra também a teoria da coculpabilidade de Zaffaroni).

As atenuantes sempre diminuem a pena, sendo de incidência obrigatória. Portanto, caso o juiz reconheça uma atenuante, deve diminuir a pena.

Indaga-se: ***existe alguma situação em que as agravantes e as atenuantes serão ineficazes, ou seja, não produzirão nenhum efeito, embora reconhecidas***? Sim, quando a pena-base foi aplicada no mínimo legal ou no máximo legal, uma vez que não podem ultrapassar tais limites.

A Súmula 231 do STJ prevê que a incidência da circunstância atenuante (também serve para a agravante) não pode conduzir à redução abaixo do mínimo legal, seu fundamento está no Princípio da Separação dos Poderes (art. 2º da CF), já que o Código Penal não indica de quanto as agravantes aumentam a pena e também não indica de quanto as atenuantes diminuem. Assim, caso o juiz ultrapasse os limites legais, estaria criando uma nova pena, não prevista em lei, ofendendo o referido princípio. Em outras palavras, o juiz deixa de atuar como julgador para se arvorar na posição de legislador.

Firmou-se o entendimento, na AP 470, de que as agravantes e as atenuantes devem incidir no montante de 1/6 da pena-base, pois é o menor percentual previsto para as causas de diminuição e de aumento da pena pelo Código Penal.

4.3.3. Concurso de atenuantes e agravantes

Havendo concurso entre atenuantes e agravantes, em regra, deve-se fazer compensação. Ou seja, uma atenuante irá compensar uma agravante e vice-versa. Contudo, há circunstâncias,

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

chamadas de preponderantes, em que uma atenuante ou uma agravante irá prevalecer sobre as demais, nos termos do art. 67 do CP, vejamos:

> *Art. 67. No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos **motivos determinantes** do **crime**, **da personalidade** do agente e da **reincidência**.*

Perceba que há três circunstâncias preponderantes no concurso de agravantes e atenuantes, quais sejam:

- Os motivos determinantes do crime – poderá funcionar como agravante ou atenuante
- A personalidade do agente – igualmente, poderá ser atenuante ou agravante
- A reincidência – será sempre agravante

Todas as três circunstâncias preponderantes têm natureza subjetiva, porque dizem respeito ao agente e não ao crime.

Havendo concurso entre agravante preponderante e atenuante preponderante, em regra, também ocorrerá compensação.

Imagine, por exemplo, um concurso entre uma agravante preponderante e uma atenuante comum, aquela irá neutralizar a atenuante comum e, ainda, a pena será aumentada.

Indaga-se: ***dentre as circunstâncias preponderantes, há alguma circunstância preponderante por excelência***? Até 2002, a menoridade relativa era uma circunstância preponderante que prevalecia sobre as demais, com fulcro no CC/16, que considerava o maior de 18 e menor de 21 anos relativamente incapaz. Com o advento do CC/2002, a maioridade é atingida aos 18 anos, não mais prevalecendo o entendimento anterior.

ATENÇÃO! Concurso entre reincidência (agravante genérica) - expressamente prevista no art. 67 do CP - e confissão espontânea (atenuante genérica), inserida na personalidade do agente, em que ambas são circunstâncias preponderantes. Para o STF, a reincidência irá prevalecer sobre a confissão espontânea. Já para o STJ, são equivalentes, salvo no caso de réu multirreincidente.

Em suma:



.

STJ: reincidência e confissão se COMPENSAM.	2ª) STF: reincidência prevalece.

A agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea - que envolve a personalidade do agente - são igualmente preponderantes, razão pela qual devem ser compensadas. Exceção: se o réu for multirreincidente, não é possível promover a compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência. Neste caso, irá prevalecer o aumento da pena (reincidência) e haverá apenas a compensação parcial/proporcional (mas não integral). Obs.: multirreincidente é aquele réu que, quando praticou o novo crime pelo qual está sendo sentenciado, já possuía duas ou mais condenações transitadas em julgado por outros delitos. STJ. 6ª Turma. AgRg-HC 473.486/DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 06/12/2018. A multirreincidência revela maior necessidade de repressão e rigor penal, a prevalecer sobre a atenuante da confissão, sendo vedada a compensação integral. Assim, em caso de multirreincidência, prevalecerá a agravante e haverá apenas a compensação parcial/proporcional (mas não integral). STJ. 5ª Turma. HC 620640, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 02/02/2021.	A teor do disposto no art. 67 do Código Penal, a circunstância agravante da reincidência, como preponderante, prevalece sobre a confissão. (STF. 2ª Turma. RHC 120677, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 18/03/2014)

4.4. 3ª FASE: CAUSAS DE AUMENTO E CAUSAS DE DIMINUIÇÃO DE PENA

Inicialmente, destaca-se que as causas de diminuição são também chamadas de minorantes e as causas de aumento de majorantes.

Ambas podem ser:

a) Genéricas - previstas na parte geral do CP e aplicáveis aos crimes em geral, tais como a tentativa, o concurso formal;

b) Específicas - previstas na parte especial do CP ou na legislação extravagante e aplicáveis somente a determinados crimes, a exemplo do furto praticado durante o repouso noturno.

Na terceira fase a pena pode ultrapassar os limites legais, tendo em vista que nas causas de diminuição e de aumento da pena o legislador expressamente indica de quanto a pena será diminuída ou aumentada.

Parte da pena intermediária, fixada na segunda fase.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

Para não confundir, observe o quadro com as diferenças entre atenuantes e agravantes (segunda fase) e as minorantes e majorantes (terceira fase):

AGRAVANTES/ATENUANTES	MAJORANTES/ MINORANTES
2ª Fase de aplicação da pena	3ª Fase de aplicação de pena

Juiz subordinado aos limites legais (não podem extrapolar os limites mínimo e máximo do preceito secundário)	Juiz não subordinado aos limites legais (pode extrapolar os limites mínimo e máximo).
Quantum fica a critério do juiz (doutrina: 1/6)	Quantum tem previsão legal, ainda que permitindo variação

4.4.1. Pluralidade de causas de aumento ou de diminuição de pena

Observe o disposto no parágrafo único do art. 68 do CP:

> ***Art. 68,*** *Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na PARTE ESPECIAL (aplica-se para legislação extravagante),* ***PODE*** *o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.*

1ª CAUSA DE AUMENTO/DIMINUIÇÃO	2ª CAUSA DE AUMENTO/DIMINUIÇÃO	RESULTADO
Parte Geral	Parte Geral	O juiz está obrigado a aplicar as duas
Parte Geral	Parte Especial	O juiz, novamente, está obrigado a aplicar as duas
Parte Especial	Parte Especial	O juiz PODE aplicar apenas uma, de forma fundamentada. Deve aplicar, obrigatoriamente, a causa de aumento que mais aumenta ou a causa de diminuição que mais diminui.

Imagine que há uma pluralidade de causas de aumento, em que o juiz irá aplicar as duas, seja porque está obrigado (parte geral e parte geral ou parte geral e parte especial) ou seja porque, simplesmente, quis aplicar as duas (parte especial e parte especial).

Cita-se, como exemplo, um homicídio simples, pena de 6 a 20 anos, em que há duas causas de aumento (1/3 a 2/3 e 1/6 a 1/2):

- Na primeira fase, por entender que todas as circunstâncias eram favoráveis ao réu, aplicou a pena mínima: 6 anos;

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

- Na segunda fase, como não existiam atenuantes e agravantes, a pena manteve-se em 6 anos;
- Na terceira fase, haverá a aplicação das duas causas de aumento no máximo (por opção do juiz). Assim:
  - 1º aumento = 6 anos + 2/3 (4 anos) = 10 anos
  - 2º aumento = incidirá sobre a pena já aumentada (10 anos) ou sobre a pena oriunda da segunda fase (6 anos)?

Há duas posições:

1ªC (provas do MP, carreiras policiais, magistratura com examinador conservador) – o segundo aumento incide sobre a pena já aumentada. Portanto, 10 anos + ½ (5 anos) a pena final será de 15 anos. É uma posição levemente majoritária.

2ª C (provas da defensoria e magistratura com examinadores com perfil mais brando) – a segunda majorante incide sobre a pena da segunda fase. Aqui, a pena final, utilizando o exemplo, ficará em 13 anos.

Há uma posição mais radical no sentido de que no concurso de causas de aumento da pena emprega-se apenas uma delas, desprezando-se as demais. Não prevalece, pois contraria a lei.

Havendo pluralidade de causas de diminuição, em que ambas devem incidir, por exemplo, um homicídio simples, pena de 6 a 20 anos, em que há duas causas de diminuição (1/3 a 2/3 e 1/6 a 1/2):

- Na primeira fase, por entender que todas as circunstâncias eram favoráveis ao réu, aplicou a pena mínima: 6 anos;
- Na segunda fase, como não existiam atenuantes e agravantes, a pena manteve-se em 6 anos;
- Na terceira fase, haverá a aplicação das duas causas de diminuição no patamar máximo. Assim:
    - 1ª diminuição = 6 anos - 2/3 (4 anos) = 2 anos
    - 2ª diminuição = incidirá sobre a pena já diminuída (2 anos) ou sobre a pena oriunda da segunda fase (6 anos)? Aqui, não há controvérsia. A segunda minorante irá incidir sobre a pena já diminuída, ficando a pena final em 1 ano (2 anos – ½), a fim de evitar a pena-zero ou a pena-negativa.

Após a terceira fase, em que há aplicação da pena definitiva, o juiz:

a) Fixará o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

b) Analisará a possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por uma ou mais de uma pena restritiva de direitos (art. 44 CP);



c) Não sendo possível a substituição, analisará a possibilidade de conceder *sursis* (suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade), nos termos do art. 77 do CP;

d) Deverá fixar o valor mínimo para reparação do dano (art. 387, IV do CPP);

e) Analisará, por fim, se é caso ou não de decretação da prisão preventiva.

5. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL

5.1. CONCEITO

Também chamado de regime ou sistema penitenciário.

É o modo pelo qual se concretiza/se executa a pena privativa de liberdade.

5.2. ESPÉCIES

Estão previstas no art. 33 do CP, observe:

> *Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.*
> *§ 1º - Considera-se:*
> *a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;*
> *b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;*
> *c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.*

Obs.: pode ser que o examinador, na sua prova, indague sobre o regime semifechado, o qual se trata de sinônimo de regime semiaberto.

Para fixar:

REGIME FECHADO	REGIME SEMIABERTO (SEMIFECHADO)	REGIME ABERTO
Pena cumprida em estabelecimento de segurança máxima ou média	Pena cumprida em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar	Pena cumprida em casa de albergado ou estabelecimento adequado

De acordo com o texto legal, temos três espécies de regime prisional. No entanto, na prática, devido à deficiência estrutural do sistema brasileiro, há apenas dois regimes: fechado e a prisão domiciliar.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

5.3. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Aplicada a pena, o juiz deve fixar o regime inicial para o seu cumprimento, seguindo o disposto nos parágrafos 2º e 3º do art. 33 do CP. Vejamos:

> *Art. 33, § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em **forma progressiva**[1], segundo o **mérito do condenado**[2], observados os seguintes critérios e ressalvadas **as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso**[3]*
> *a) o condenado a pena **SUPERIOR a 8 (oito)** anos **DEVERÁ** começar a cumpri-la em **regime fechado**;*
> *b) o condenado não reincidente, cuja pena seja **superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito)**, **PODERÁ**, desde o princípio, cumpri-la em regime **semiaberto**;*
> *c) o condenado não reincidente, cuja **pena seja igual ou inferior a 4 (quatro)** anos, **PODERÁ**, desde o início, cumpri-la em **regime aberto**.*
> *§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código*

1) O Brasil adota um sistema progressivo para cumprimento da pena privativa de liberdade. O condenado começa a cumprir a pena em determinado regime e, durante o seu cumprimento, é possível a progressão para um regime menos rigoroso.

2) Por mérito do condenado entendem-se as condições pessoais que demostram a suficiência de um regime menos rigoroso.

3) É possível a regressão de regime durante o cumprimento da pena, seja por mau comportamento, por falta grave ou pela prática de novo crime.

5.3.1. Fatores determinantes na fixação do regime inicial

Destaca-se que, para fixação do regime inicial, é preciso observar determinados fatores, os quais influenciarão diretamente. São eles, em ordem de importância:

1º REINCIDÊNCIA OU PRIMARIEDADE

2º QUANTIDADE DA PENA APLICADA

3º CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

5.3.2. Competência para fixação do regime prisional

A competência é do juiz na sentença condenatória, nos termos do art. 59, III.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

aos antecedentes, à s, às circunstâncias e tamento da vítima, para reprovação e

.

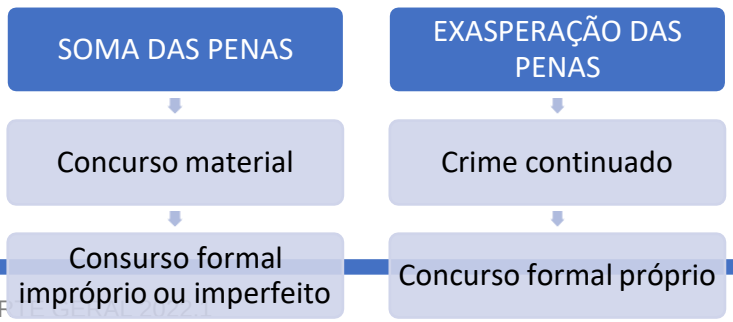
III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

Desta forma, o juiz, ao proferir a sentença penal condenatória (ou o Tribunal, ao proferir o acordão condenatório), possui a obrigação de fixar o regime inicial para o cumprimento da pena.

Havendo novas condenações, durante o cumprimento da pena, a competência para alteração do regime prisional será do juízo da execução, que efetuará a soma ou unificará as penas.

5.3.3. Fixação do regime inicial e concurso de crimes

Havendo concurso de crimes, o juiz deve considerar o total das penas.



5.3.4. Regime inicial e crimes hediondos ou equiparados

A Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), em sua redação original, previa que a pena seria cumprida em regime integralmente fechado (art. 2º). Assim, não havia nenhuma chance de o condenado progredir de regime, a pena começava e terminava de ser cumprida em regime fechado. O único benefício que poderia conquistar (embora não fosse simples) era o livramento condicional, após cumprir 2/3 da pena e não ser reincidente específico.

Até 2005, o STF considerou constitucional a expressão "integralmente fechado". A partir deste ano, o STF mudou seu entendimento, passando a considerar inconstitucional, tendo em vista a violação dos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

Após a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, em 2007, foi editada a Lei 11.464/2007 que modificou a Lei de Crimes Hediondos. Passou a prever que a pena nos crimes hediondos ou equiparados deveria ser cumprida em regime inicialmente fechado, em que seria possível a progressão.

O Plenário do STF, no julgamento do HC 111.841 (Info 672), novamente, entendeu que fixar o cumprimento de regime em inicialmente fechado também ofende os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

5.4. PENA DE RECLUSÃO

Prevista no art. 33, *caput*, 1ª parte. Vejamos:

> *Art. 33 - **A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto**. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.*

Perceba que, quando o crime for punido com reclusão, a pena poderá ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, a depender dos critérios de fixação.

A seguir iremos analisar os critérios para a fixação do regime inicial na pena de reclusão.

5.4.1. Critérios

a) Reincidente

Se o réu é reincidente, o regime inicial será fechado, pouco importa a quantidade da pena. Com isso, é possível concluir que a reincidência torna obrigatório a fixação do regime inicial fechado.

Para abrandar, o STJ editou a Súmula 259, em que é possível ao reincidente, condenado a **pena igual ou inferior a 4 anos**, cumprir inicialmente a pena em regime semiaberto, desde que as circunstâncias judiciais sejam favoráveis.

> ***STJ - Súmula 269.** É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos REINCIDENTES condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se FAVORÁVEIS as circunstâncias judiciais.*

b) Primário

Tratando-se de **réu primário**, deve-se analisar a quantidade de pena fixada na sentença condenatória, assim:

- Pena SUPERIOR a 8 anos, regime inicial será fechado;
- Pena SUPERIOR a 4 anos e ATÉ 8 anos, regime inicial será semiaberto;
- Pena ATÉ 4 anos, regime inicial será aberto.

c) Circunstâncias judiciais

Quando as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) forem desfavoráveis, o juiz poderá aplicar um regime inicial mais gravoso do que o previsto pela quantidade de pena. Assim, por exemplo, um réu primário, condenado a 7 anos, poderá iniciar o cumprimento em regime fechado, desde que devidamente fundamentada.

Nesse sentido, as súmulas 718 e 719 do STF, observe:

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

Súmula 718 - A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Súmula 719 - A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

PENA DE RECLUSÃO Regime Inicial será:	FECHADO Quando se tratar de réu reincidente (lembrar da Súmula 269 do STJ) Quando a pena for SUPERIOR a 8 anos Quando a pena for menor, mas as circunstâncias judiciais forem desfavoráveis (lembrar das Súmulas 718 e 719 do STF)
	SEMIABERTO Quando a pena for SUPERIOR a 4 anos e ATÉ 8 anos Quando a pena for menor, mas as circunstâncias judiciais forem desfavoráveis (lembrar das Súmulas 718 e 719 do STF)
	ABERTO Quando a pena for igual ou inferior a 4 anos.

Em suma:

5.5. PENA DE DETENÇÃO

Prevista no art. 33, *caput*, 2ª parte. Vejamos:

> *Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.*

Na detenção o regime será semiaberto ou aberto.

Não se admite o regime fechado para INÍCIO de cumprimento da pena de detenção. Contudo, nada impede que o regime fechado seja aplicado em sede de regressão de regime prisional.

A seguir iremos analisar os critérios para a fixação do regime inicial na pena de reclusão.

5.5.1. Critérios

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

a) Reincidente

O reincidente começará a cumprir a pena de detenção no regime semiaberto, pouco importando a quantidade da pena.

b) Primário

Considera-se a quantidade da pena aplicada, quando o réu for primário. Desta forma:

- Pena SUPERIOR a quatro anos, regime inicial semiaberto;
- Pena ATÉ quatro anos, regime inicial aberto

c) Circunstâncias judiciais

Quando as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) forem desfavoráveis, o juiz poderá aplicar um regime inicial mais gravoso do que o previsto pela quantidade de pena, desde que devidamente fundamentada.

Nesse sentido, as súmulas 718 e 719 do STF, observe:

> *Súmula 718 - A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.*
>
> *Súmula 719 - A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*

PENA DE DETENÇÃO Regime Inicial será:	SEMIABERTO Quando se tratar de réu reincidente Quando a pena for SUPERIOR a 4 anos Quando a pena for menor, mas as circunstâncias judiciais forem desfavoráveis (lembrar das Súmulas 718 e 719 do STF)
	ABERTO Quando a pena for de ATÉ 4 anos

Em suma:

5.6. PENA DE PRISÃO SIMPLES

Prevista apenas para as contravenções penais, nos termos do art. 6º da Lei 3.688/1941

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

> *Art. 6º A pena de prisão simples deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto.*
> *§ 1º O condenado a pena de prisão simples fica sempre separado dos condenados à pena de reclusão ou de detenção.*
> *§ 2º O trabalho é facultativo, se a pena aplicada, não excede a quinze dias.*

Segundo Cleber Masson, na prática, não existe prisão simples, tendo em vista que ou a pena prescreve ou há uma transação penal.

5.7. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL E REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO DO QUE O CORRESPONDENTE À PENA APLICADA

Imagine a seguinte situação hipotética: João, primário, é condenado a 4 anos (mínimo legal) pela prática de um roubo simples. O juiz não fixa o regime inicial aberto para cumprimento de pena, mas sim o semiaberto. Fundamenta sua decisão na gravidade do crime de roubo e na personalidade do agente, que, no entender do magistrado, é voltada para a prática de crimes.

O juiz agiu corretamente? É possível aplicar o regime inicial fechado ou semiaberto a João, primário e condenado a uma pena de 4 anos? NÃO! Para aplicar um regime prisional mais gravoso do que o correspondente a pena aplicada, as circunstâncias judiciais (art. 59) devem ser desfavoráveis, fundamentando o juiz de maneira concreta a gravidade do crime. Como o juiz aplicou a pena no mínimo legal, as circunstâncias eram favoráveis ao réu, por isso é ilógico fixar um regime mais gravoso.

Nesse sentido, Súmula 440 do STJ:

> *Súmula 440 - Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.*

6. REINCIDÊNCIA

6.1. INTRODUÇÃO

Como visto, a reincidência é uma agravante genérica que incide na segunda fase de aplicação da pena (lembrar que na segunda fase deve respeitar os limites legais).

A pena possui uma dupla finalidade (prevenção e retribuição) ou uma tripla finalidade (retribuição, prevenção geral e prevenção especial). Na retribuição busca-se "castigar" o agente, ou seja, retribui-se o mal causado (crime) com outro mal (aplicação da pena).

Quando o agente reincide, portanto, percebe-se que a retribuição falhou, já que mesmo sendo "castigado" voltou a praticar um novo delito. Igualmente, a pena falhou no seu papel de prevenção especial (negativa: visa evitar a reincidência e positiva: visa ressocializar) e na prevenção geral (visa intimidar a sociedade). É evidente que a reincidência mostra a falha da pena em cumprir a sua finalidade, tanto em relação à retribuição quanto à prevenção geral e especial.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Desta forma, é possível afirmar que a reincidência se fundamenta em uma maior aplicação de pena (recrudescimento da pena), a fim de se buscar as finalidades da pena.

Indaga-se: ***a reincidência é manifestação do direito penal do autor? Caracteriza bis in idem***? O direito penal do autor rotula, estereotípica determinada categoria de pessoas. De acordo com o STF, a reincidência não caracteriza direito penal do autor, pois desponta como agravante genérica porque o agente praticou um novo fato e não porque possui uma condenação anterior. Além disso, não caracteriza *bis in idem*, uma vez que o réu não está sendo punido duas vezes pelo mesmo crime.

Relevante, ainda, destacar a situação peculiar da sentença estrangeira que irá caracterizar reincidência no Brasil, mas não precisa ser homologada pelo STJ, basta a prova de sua existência. Nesse sentido, o art. 9º do CP:

Art. 9º - A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para:
I - obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis;
II - sujeitá-lo a medida de segurança
Parágrafo único - A homologação depende:
a) para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada;
b) para os outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça

6.2. NATUREZA JURÍDICA

Trata-se de agravante genérica, aplicada a todo e qualquer crime, nos termos do art. 61, I do CP

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime
I - a reincidência;

Incide na segunda fase da pena, consequentemente, não pode elevar a pena acima do máximo legal.

6.3. CONCEITO

Reincidência é a agravante genérica, prevista no art. 63 do CP, que se verifica quando o agente comete um novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

6.4. REQUISITOS

Para que o agente seja considerado reincidente, devem estar presentes três requisitos, em ordem cronológica:

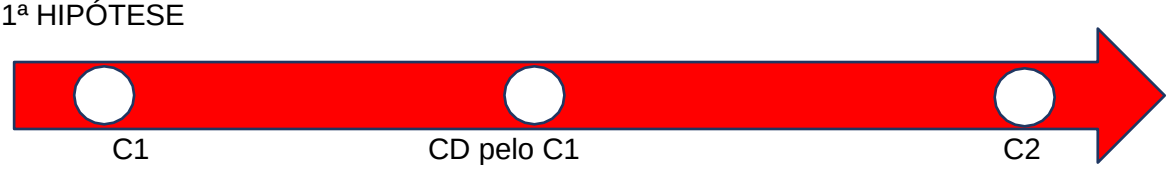
- Prática de um crime cometido no Brasil ou no estrangeiro
- Condenação definitiva por esse crime
- Prática de novo crime

A seguir iremos analisar a presença ou não dos requisitos em cinco hipóteses, a fim de verificar se haverá ou não reincidência.

Siglas:

- C = crime
- CD = condenação em definitivo

1ª HIPÓTESE



Neste caso, haverá reincidência, eis que o crime (C2) foi praticado após a condenação em definitivo. Note que os três requisitos estão presentes, em ordem cronológica.

2ª HIPÓTESE



Aqui, o réu não será considerado reincidente.

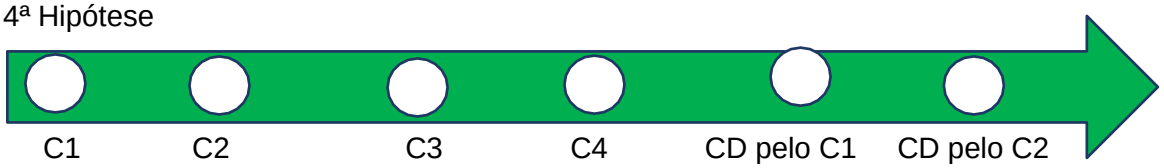
Quando for condenado pelo C2, terá mau antecedente (CD1), mas não será reincidente, pois após a condenação em definitivo pelo C1 não praticou mais nenhum crime.

3ª HIPÓTESE



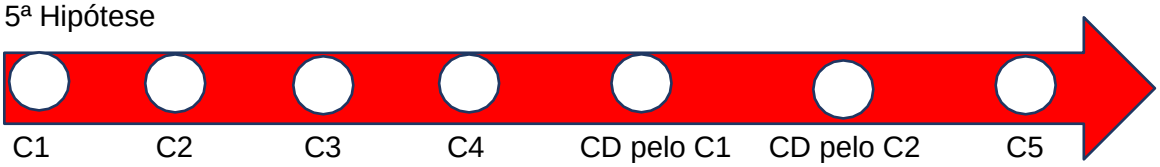
Não haverá reincidência, pois, após a condenação em definitivo, o agente não praticou nenhum crime. Ademais, não possui maus antecedentes, já que não havia nenhuma condenação em definitivo antes.

4ª Hipótese



Novamente, não será reincidente quando houver a condenação definitiva pelo C2, uma vez que, após a condenação definitiva pelo C1, não praticou nenhum crime. Contudo, a CD pelo C1 será considerada para fins de maus antecedentes.

5ª Hipótese



Será reincidente, pois antes do C5 possui duas condenações em definitivo.

Obs.: Em provas quando o examinador coloca datas, sempre, está relacionada à reincidência ou à prescrição. Assim, para auxiliar é interessante fazer uma linha do tempo com as datas.

6.5. PROVA DE REINCIDÊNCIA

Há duas posições acerca da prova da reincidência, vejamos:

1ªCorrente – exige-se certidão cartorária sobre a condenação anterior.

2ªCorrente – a folha de antecedentes é suficiente para provar a reincidência, pois é emitida por um órgão oficial do Estado e nela consta a data da condenação em definitivo. É a posição que prevalece tanto no STF quanto no STJ (Súmula 636).

> *Súmula 636 - A folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência.*

Importante consignar que, tanto o STF (HC 162548)) quanto o STJ (HC 448972), entendem que é possível que a reincidência do réu seja demostrada com informações processuais extraídas dos sítios eletrônicos dos tribunais.

> *Para fins de comprovação da reincidência, é necessária documentação hábil que traduza o cometimento de novo crime depois de transitar em julgado a sentença condenatória por crime anterior, mas não se exige, contudo, forma específica para a comprovação. Desse modo, é possível que a reincidência do réu seja demonstrada com informações processuais extraídas dos sítios eletrônicos dos tribunais. STF. 1ª Turma. HC 162548 AgR/SP, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 16/6/2020 (Info 982).*

6.6. CRIME E CONTRAVENÇÃO PENAL

O art. 7º da Lei de Contravenções Penais e o art. 63 do CP devem ser interpretados em conjunto, observe o teor de cada dispositivo:

> *Lei de Contravenções Penais - Art. 7º Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção.*
>
> *Código Penal - Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.*

Perceba que a contravenção penal, praticada no estrangeiro, não gera reincidência no Brasil, não admite extraterritorialidade. Para não gerar dúvidas, observe a tabela abaixo:

INFRAÇÃO PENAL ANTERIOR (COM TJ)	INFRAÇÃO PENAL POSTERIOR	RESULTADO
Crime no Brasil ou Estrangeiro (art. 63 CP)	Crime	REINCIDENTE
Contravenção Penal no Brasil (art. 7º LCP)	Contravenção penal	REINCIDENTE
Crime no Brasil ou no Estrangeiro (art. 7º LCP)	Contravenção Penal	REINCIDENTE
Contravenção Penal em qualquer lugar	Crime	PRIMÁRIO, pois não há previsão legal.

6.7. ESPÉCIES DE REINCIDÊNCIA

A reincidência divide-se levando em conta alguns critérios, os quais veremos abaixo.

6.7.1. <u>Quanto à necessidade de cumprimento de pena imposta pela condenação anterior</u>

a) Real, própria ou verdadeira

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

O agente pratica o novo crime após cumprir integralmente a pena decorrente do crime anterior. Por exemplo, após cumprir a pena de 1 ano por furto simples, prática novo crime.

b) Presumida, ficta, impropria ou falsa

O agente pratica o novo crime depois de ser definitivamente condenado pelo crime anterior. Pouco importa se cumpriu ou não a pena decorrente do crime anterior.

Foi a reincidência adotada pelo Código Penal.

6.7.2. Quanto às categorias dos crimes praticados

a) Genérica

O crime anterior pelo qual foi condenado é diverso do novo crime. Por exemplo, condenado por furto e pratica um estelionato.

b) Específica

O crime anterior pelo qual foi definitivamente condenado e o novo crime são iguais. Por exemplo, condenado por furto e pratica um novo furto.

O CP, em regra, não faz distinção entre reincidência genérica e específica. Excepcionalmente, o legislador confere um tratamento mais rígido ao reincidente específico, a exemplo da previsão do art. 44, §3º do CP, em que se veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao reincidente específico, vejamos:

> *Art. 44, § 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.*

6.8. VALIDADE DA CONDENAÇÃO ANTERIOR PARA FINS DE REINCIDÊNCIA

A condenação anterior, para fins da reincidência, valerá por cinco anos (período depurador da reincidência ou caducidade da condenação anterior para fins de reincidência). O prazo é contado a partir do integral cumprimento da pena anterior, nos termos do art. 64, I, do CP.

> *Art. 64 - Para efeito de reincidência:*
> *I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;*

O Código Penal adota o sistema da temporariedade para fins de reincidência.

6.9. CRIMES MILITARES E POLÍTICOS

Em regra, qualquer crime está apto a gerar reincidência.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Contudo, há no art. 64, II do CP duas ressalvas: crimes políticos (ofende a estrutura do Estado e praticado por motivação política) e crimes militares próprios (previsto com exclusividade no Código Penal Militar) não geram reincidência.

> *Art. 64, II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.*

Obs.: perfeitamente possível a reincidência por crime militar impróprio anterior e depois crime comum. Além disso, será possível a reincidência quando praticar crime militar próprio e depois outro crime militar próprio.

Para não restar dúvidas, observe o quadro abaixo:

CRIME ANTERIOR	CRIME POSTERIOR	REINCIDÊNCIA	FUNDAMENTO
Militar próprio	Militar impróprio	NÃO	Art. 64, II do CP
Militar próprio	Comum	NÃO	Art. 64, II do CP
Militar próprio	Militar próprio	SIM	Art. 71 CPM

6.10. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES

Observe a tabela abaixo:

REINCIDÊNCIA	MAUS ANTECEDENTES
Agravante genérica	Circunstância judicial desfavorável
2ª fase de aplicação da pena	1ª fase de aplicação da pena

Para determinar se a condenação definitiva caracteriza reincidência ou maus antecedentes, deve-se lembrar os gráficos visto acima. Nunca será usada para caracterizar reincidência e maus antecedentes simultaneamente, a fim de que não ocorra *bis in idem*.

Nesse sentido, a Súmula 241 do STJ:

> ***Súmula 241 STJ*** *– A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.*

6.11. TERMINOLOGIAS

Por fim, importante atentar para algumas terminologias que podem ser cobradas em sua prova.

REINCIDENTE – é aquele que pratica novo crime após ser condenado em definitivo por crime anterior;

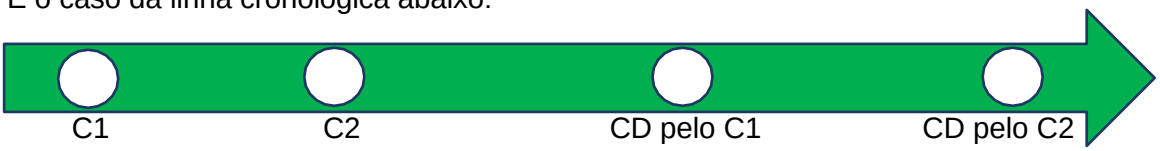


PRIMÁRIO – é um conceito obtido por exclusão, assim primário é todo aquele que não é reincidente.

TECNICAMENTE PRIMÁRIO – para o CP, é o primário. Contudo, para a jurisprudência é aquele que ostenta uma condenação definitiva anterior, mas não é reincidente. É o caso do

primário com maus antecedentes.

É o caso da linha cronológica abaixo:



MULTIRREINCIDENTE – é o agente que possui três ou mais condenações definitivas anteriores e prática novo crime. O juiz irá usar uma como agravante genérica, a título de reincidência, é as demais como circunstâncias judiciais desfavoráveis, a título de maus antecedentes.

7. PENA DE MULTA

7.1. CONCEITO

A multa é espécie de sanção penal, de natureza patrimonial, consistente no pagamento de determinado valor em dinheiro ao fundo penitenciário.

7.2. FUNDO PENITENCIÁRIO

O Fundo Penitenciário Nacional foi criado pela LC 79/1994, é composto pelos valores recolhidos com as penas de multa.

Os recursos deveriam ser investidos para melhorar o sistema carcerário.

Há, nos Estados, os fundos penitenciários estaduais.

7.3. CRITÉRIO ADOTADO PARA A PENA DE MULTA

No Código Penal, adota-se o critério de dia-multa, o tipo penal não indica o valor da pena de multa, limita-se apenas a prevê-la.

Em determinadas leis, de forma excepcional, utiliza-se um critério diversos, como o que ocorre no art. 337-P da Nova Lei de Licitações.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

vistos neste Capítulo go e não poderá ser do ou celebrado com

.

Art. 99. A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente.

7.4. APLICAÇÃO DA PENA DE MULTA

A aplicação da pena de multa leva em conta o sistema bifásico, nos termos do art. 49,

caput e §1º do CP:

> *Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.*
> *§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário-mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.*
> *§ 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária*

1ª FASE

Calcula-se o número de dias-multa.

Observa os valores de 10 dias-mula (mínimo) a 360 dias-multa (máximo).

Aqui, observam-se as circunstâncias judiciais, atenuantes e agravantes e as causas de aumento e de diminuição de pena.

2ª FASE

Calcula-se o valor de cada dia-multa, não podendo ser inferior a um trigésimo do salário-mínimo e nem superior a cinco vezes o salário-mínimo.

O cálculo é feito com base na situação econômica do réu.

O critério bifásico permite a individualização da pena de multa. Por exemplo, um primário rico pode ser condenado a 10 dias-multas no valor de 50 salários-mínimos, já um reincidente pobre pode ser condena a 100 dias-multa no valor de 1/30 do salário-mínimo.

7.5. MULTA INEFICAZ

É possível que a multa seja aumentada até o triplo (no CP), quando o juiz considerar ineficaz pela situação econômica do réu, nos termos do art. 60 do CP.

> *...der, principalmente, à ...7.209, de 11.7.1984)*
> *...z considerar que, em ...embora aplicada no*

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

Destaca-se que algumas leis especiais preveem um aumento maior, são exemplos:

- A Lei de Drogas prevê (art. 44) o aumento em até dez vezes do valor máximo, nos casos de crimes previstos no art. 33 a 39;
- A Lei 9.297/1996, que trata dos crimes contra a propriedade industrial, prevê (art. 197) o amento em até dez vezes
- A Lei 7.492/1996, que trata dos crimes contra o sistema financeiro, também prevê, o amento em até dez vezes.

7.6. MULTA EXCESSIVA

Quando a pena for excessiva, o juiz poderá reduzi-la, nos termos do art. 76, §1º da Lei 9.099/95:

> *Art. 76. § 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.*

7.7. PAGAMENTO VOLUNTÁRIO DA MULTA

A multa deve ser paga no prazo de 10 dias, contados a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 50, *caput*, do CP). O pagamento pode ser feito de forma parcelada, em prestações iguais e sucessivas. Não há, na Legislação, um número máximo de parcela, fica a critério do juiz, utiliza-se a razoabilidade.

> *Art. 50 - A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais.*

Destaca-se que os centavos não são cobrados, pois não se computam as frações (art. 11 do CP).

> *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.*

Além disso, é possível que a multa seja paga mediante desconto em folha de pagamento.

> *...ediante desconto no*
>
> *...itos*
>
> *§ 2º - O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família.*

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

7.8. EXECUÇÃO DA PENA DE MULTA

Na redação original, após o trânsito em julgado o condenado possuía o prazo de 10 dias para pagar a multa. Caso não adimplisse a obrigação, a pena de multa era convertida em pena de detenção.

> *1984 - Art. 51 - A multa converte-se em pena de detenção, quando o condenado solvente deixa de pagá-la ou frustra a sua execução.*

Em 1996, a Lei 9.268/96 alterou a redação do art. 51 do CP para prever que a pena de multa não paga deveria ser convertida em dívida de valor, sendo cobrada por meio de execução. Prevalecia que a competência para a cobrança seria da Procuradoria da Fazenda (Estadual ou Federal), perante a Vara das Execuções Fiscais, havia, inclusive, entendimento sumulado do STJ acerca do assunto.

> *1996 - Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.*

> ***Súmula 521 - STJ**: A legitimidade para a execução fiscal de multa pendente de pagamento imposta em sentença condenatória é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública. Superada.*

No final de 2018, o STF (ADI 3.150) alterou o entendimento, passando a prever que a legitimidade para a cobrança da multa seria do Ministério Público, perante a Vara das Execuções Penais, durante o prazo de 90 dias, tendo em vista que a multa possui natureza jurídica de pena. Caso o Ministério Público não promovesse a execução no prazo de 90 dias, surgiria a legitimidade concorrente da Fazenda Pública.

Em 2019, com as alterações promovidas pelo Pacote Anticrime, a redação do art. 51 do CP foi alterada, passando a prever que a multa será executada pelo juízo da execução penal, sendo considerada dívida de valor, pois não poderá ser convertida em prisão.

> *Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. (**Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019**)*

Portanto, a partir de agora a competência para a execução da pena de multa será da Vara das Execuções Penais, sendo a legitimidade exclusiva do Ministério Público, observando-se o rito da Lei de Execuções Penais.

Perceba que o entendimento do STF também se encontra superado, não mais há legitimidade concorrente após 90 dias.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

7.9. PENA DE MULTA E *HABEAS CORPUS*

O *habeas corpus* é um remédio constitucional que, conforme a Constituição Federal, deve ser utilizado apenas nos casos em que há risco ou cerceamento ao direito de liberdade de locomoção.

Como visto, a pena de multa não pode ser convertida em prisão. Desta forma, não cabe a impetração de *habeas corpus*, já que não há risco algum a liberdade de locomoção.

Nesse sentido, a Súmula 693 do STF:

> *Súmula 693 STF: Não cabe habeas corpus contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada.*

7.10. INADIMPLEMENTO DA PENA DE MULTA

Importante destacar que o inadimplemento da pena de multa obsta a extinção da punibilidade do agente.

O STF, ao julgar a ADI 3.150/DF, declarou que, à luz do preceito estabelecido pelo art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, a multa, ao lado da privação de liberdade e de outras restrições – perda de bens, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos –, é espécie de pena aplicável em retribuição e em prevenção à prática de crimes, não perdendo ela sua natureza

de sanção penal.

Diante da eficácia erga omnes e do vinculante dessa decisão, não se pode mais declarar a extinção da punibilidade pelo cumprimento integral da pena privativa de liberdade quando pendente o pagamento da multa criminal. STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 1850903-SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 28/04/2020 (Info 671).

Destaca-se que o STJ (RESp. 1.785.861/SP – TEMA 931) fixou o entendimento de que se o condenado comprovar a impossibilidade de pagar a sanção pecuniária, neste caso, será possível a extinção da punibilidade mesmo sem a quitação da multa. Bastará cumprir a pena privativa de liberdade e comprovar que não tem condições de pagar a multa.

> *Na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária, pelo condenado que comprovar impossibilidade de fazê-lo, não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade. STJ. 3ª Seção. REsp 1785861/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 24/11/2021 (Recurso Repetitivo – Tema 931).*

Sobre o tema, vale ainda mencionar o teor da Recomendação nº 425, de 8 de outubro de 2021, do Conselho Nacional de Justiça, a qual institui, no âmbito do Poder Judiciário, a Política Nacional Judicial de Atenção a Pessoas em Situação de Rua e suas interseccionalidades.

> *Art. 29. (...)*
>
> .
>
> *Parágrafo único. No curso da execução criminal, cumprida a pena privativa de liberdade e verificada a situação de rua da pessoa egressa, deve-se observar a possibilidade de extinção da punibilidade da pena de multa.*

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Impor, para os condenados pobres, o pagamento da multa como condição para a progressão de regime e para a extinção da punibilidade, frustra fundamentalmente os fins da pena e viola o princípio da igualdade (art. 5º, caput, da CF/88) segundo o qual os desiguais devem ser tratados de forma desigual. Mais ainda, desafia objetivos fundamentais da República, entre os quais o de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3, III, da Constituição).

8. LIMITES DAS PENAS

8.1. INTRODUÇÃO

Para os crimes, é disciplinada no art. 75 do CP (40 anos); para as contravenções penais, é tratada no art. 10 da Lei de Contravenções Penais (5 anos).

Vejamos os dispositivos legais:

> *CP, art. 75 O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.*
>
> *Lei das Contravenções Penais, art. 10 - A duração da pena de prisão simples não pode, em caso algum, ser superior a cinco anos*

8.2. FUNDAMENTOS

O primeiro e principal fundamento para o limite das penas encontra-se no art. 5º, XLVII, b da CF, que veda pena de caráter perpétuo.

Como segundo fundamento, temos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF). Seria indigno deixar uma pessoa cumprindo uma pena por 60 anos, não haveria qualquer perspectiva de futuro para o condenado.

Por fim, o terceiro fundamento é a ressocialização como finalidade da pena. O objetivo máximo da pena é a prevenção especial positiva (ressocializar). Assim, não haveria nenhuma perspectiva de ressocialização para o condenado a uma pena demasiadamente longa.

8.3. UNIFICAÇÃO DAS PENAS

Observe o disposto no §1º do art. 75 do CP:



penas privativas de nos, devem elas ser

.

Perceba que a unificação das penas consiste em reunir diversas penas impostas ao mesmo condenado e transformá-las em uma única pena, para que possa respeitar ao limite de 40 anos.

Obs.: os crimes devem ter sido praticados antes do início do cumprimento da pena, mas a condenação foi após.

Importante a leitura da Súmula 715 do STF, que prevê a desconsideração do limite para a concessão dos benefícios da LEP:

> *Súmula 715 STF: A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução*

Por exemplo, pena aplicada em 50 anos. O condenado somente poderá cumprir 40 anos. Entretanto, para os benefícios da Lei de Execução Penal, considerar-se-á os 50 anos.

8.3.1. Competência para unificação

Caberá ao juízo da execução penal unificar as penas, nos termos do art. 66, III, a da LEP:

> *LEP, art. 66: Compete ao Juiz da execução:*
> *(...) III – decidir sobre:*
> *a) soma ou unificação de penas*

8.3.2. Nova condenação e unificação das penas

Observe o §2º do art. 75 do CP:

> *CP, art. 75, § 2º: Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.*

Quando a condenação é por crime cometido após o início do cumprimento da pena, será feita nova unificação, desprezando-se o tempo já cumprido de pena.

Imagine, por exemplo, que o agente foi condenado a pena de 50 anos, pelo limite legal só poderá cumprir 40 anos. Após o cumprimento de 35 anos de pena, pratica um homicídio qualificado contra outro detento. A sentença pelo novo crime é proferida cinco anos após, aplicando-lhe uma pena de vinte anos. Quando proferida a sentença o condenado já havia cumprido 40 anos, não restando nada para o limite. Na nova unificação, será desconsiderado os 40 anos (50 anos – 40 anos) e soma-se a nova condenação (20 anos). O total será de 30 anos.

Imagine, por exemplo, pena aplicada em 40 anos. Um mês após o início do cumprimento da pena, o condenado pratica um homicídio qualificado, dando ensejo a uma condenação de 40 anos, um ano depois do cumprimento da pena. Assim, faltam 79 anos para que o condenado termine sua pena (39 + 40). No entanto, despreza-se o período de pena já cumprido e faz-se nova unificação, devendo cumprir mais 40.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

9. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

9.1. INTRODUÇÃO

Quando se fala em penas restritivas de direitos, é comum utilizar a expressão “penas alternativas”, que, na verdade, é gênero que possui como uma de suas espécies as penas restritivas de direitos ao lado da pena de multa.

Por penas alternativas entendem-se as medidas alternativas à prisão, que deve ser utilizada em último caso. Assim, apenas quando nenhuma outra sanção penal seja suficiente é que se deve utilizar.

A Lei 9.714/1998 facilitou a aplicação das penas restritivas de direito, com a finalidade de “fuga da pena de prisão”, seguindo as Regras de Tóquio. Já que manter um condenado na prisão é um grande gasto para o Estado e, ainda, há uma **falência da pena de prisão**, especialmente pelo seu fator criminógeno (pena de prisão não ressocializa, acaba tornando o condenado pior).

9.2. ESPÉCIES

No Código Penal as espécies de pena restritiva de direitos encontram-se no rol taxativo do art. 43. Vejamos:

> *Art. 43. As penas restritivas de direitos são:*
> *I - Prestação pecuniária;*
> *II - perda de bens e valores;*
> *III - VETADO.*
> *IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;*
> *V - interdição temporária de direitos;*
> *VI - limitação de fim de semana.*

As penas mencionadas nos incisos IV, V e VI estavam na redação originária do Código Penal. A prestação pecuniária (inciso I) e a perda de bens e valores (inciso II) foram criadas pela Lei n. 9.714/98.

Por ser um rol taxativo, não pode o juiz, no caso concreto, criar outras penas restritivas de direitos não previstas em lei.

Destaca-se que o inciso III, previa a pena de recolhimento domiciliar, mas foi vetado pelo Presidente da República por entender que a pena seria de difícil fiscalização. O veto foi contraditório, já que na lei de crimes ambientais é prevista tal hipótese e o mesmo PR sancionou.

9.3. NATUREZA JURÍDICA

Obviamente, possuem natureza jurídica de pena, nos termos do art. 5º, XLVI da CF que consagra um rol exemplificativo das penas. Assim, o legislador pode criar outras penas não previstas no referido artigo, desde que sejam compatíveis com o Constituição.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

9.4. CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Pela leitura do art. 44 do CP, podemos extrair as características fundamentais das penas restritivas de direitos (previstas no CP), quais sejam:

- Substitutividade
- Autonomia

> *Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:*

9.4.1. <u>Substitutividade</u>

As penas restritivas de direitos, no CP, não são previstas diretamente no preceito secundário dos tipos penais, que preveem as penas privativas de liberdade. Portanto, presentes dos requisitos do art. 44 do CP, o juiz poderá SUBSTITUIR a pena privativa de liberdade por uma ou mais restritivas de direitos.

A Lei de Drogas, em seu art. 28, prevê no tipo penal penas restritivas de direitos. Desta forma, não há falar em substitutividade. Vejamos:

> *Lei 11.343/06, art. 28: Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:*
> *I - advertência sobre os efeitos das drogas;*
> *II - prestação de serviços à comunidade;*
> *III - medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo*

9.4.2. <u>Autonomia</u>

Após concedida a pena restritiva de direitos, não pode o juiz cumular com uma pena privativa de liberdade, no Código Penal.

Na legislação extravagante, a exemplo do art. 302 do CTB, encontram-se exceções, em que será possível a cumulação entre uma pena restritiva de direitos e uma pena privativa de liberdade. Portanto, não há que se falar em autonomia. Observe:

> *Lei 9.503/97, art. 302: Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:*
> *Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor*

9.5. DURAÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO

Observe o art. 55 do CP:

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

> *Art. 55. As penas restritivas de direitos referidas nos incisos ~~III~~, IV, V e VI do art. 43 terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, ressalvado o disposto no § 4o do art. 46.*

A restritiva de direitos irá durar o mesmo tempo da pena privativa de liberdade. Assim, por exemplo, aplicou uma pena privativa de liberdade de 1 ano, a restritiva de direito será de 1 ano.

Salienta-se que prestação pecuniária e a perda de bens e valores não possuem prazo, pois apresentam natureza patrimonial. Desta forma, com o pagamento a pena está cumprida, o juiz irá declarar sua extinção.

9.6. REQUISITOS

Para que a pena restritiva de direitos seja aplicada, deve-se observar alguns requisitos objetivos e subjetivos, os quais são cumulativos (devem estar presentes simultaneamente). Na falta de um deles, não será possível a substituição.

Observe o art. 44 do CP:

> *Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:*
> *I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;*
> *II – o réu não for reincidente em crime doloso;*
> *III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.*

9.6.1. Requisitos objetivos

Nos requisitos objetivos analisam-se a natureza do crime e a quantidade de pena aplicada.

a) Natureza do crime

Para que possa ser substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o crime deve ser cometido sem violência à pessoa ou sem grave ameaça (art. 44, I do CP)

A violência a pessoa e a grave ameaça retiram da vítima a capacidade de resistência, mas há outros meios que também retiram sua capacidade de resistir, a exemplo de um “boa noite cinderela”.

Salienta-se que os crimes praticados com violência imprópria, de acordo com o entendimento dos Tribunais Superiores, não terão aplicação de pena restritivas de direitos, já que é, igualmente, uma forma de violência à pessoa.

Obs.: Em provas para Defensoria Pública, dependendo da fase, pode-se afirmar que é possível,

pois o legislador não proibiu expressamente. A não substituição seria analogia *in malam partem*.

Além disso, nos crimes culposos, praticados com violência à pessoa, prevalece que cabe a substituição de privativa de liberdade por restritiva de liberdades.

Obs.: Alguns setores do MP, defendem que não é possível a substituição. Ficar atentx ao posicionamento da Banca do seu concurso.

Em relação às infrações penais de menor potencial ofensivo, a exemplo de uma lesão dolosa leve, cabe a substituição. Deve-se fazer uma interpretação sistemática do Direito Penal. Como são infrações que admitem transação penal, seria ilógico não admitir.

Por fim, em regra, os crimes hediondos e equiparados têm penas superiores a 4 anos e são cometidos com violência à pessoa ou grave ameaça. No entanto, em situações excepcionais, como o tráfico de drogas tentado ou praticado por semi-imputável, bem como no porte ou a posse ilegal de arma de fogo de uso restrito ou proibido, será possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme entendimento do STF.

b) Quantidade de pena aplicada

O inciso I do art. 44 do CP prevê que a pena deve ser de até quatro anos, para os crimes dolosos sem violência a pessoa ou grave ameaça.

Havendo concurso de crimes, o total da pena não pode ultrapassar quatro anos.

Sendo crime culposo, qualquer que seja a pena.

9.6.2. Requisitos subjetivos

Referem-se à pessoa do condenado.

a) Não ser reincidente em crime doloso

Perceba que não é qualquer reincidência que impede a substituição, mas sim a reincidência em crime doloso (art. 44, II do CP). Desta forma, em tese, cabe a substituição para o reincidente em crime culposo.

O §3º do art. 44 do CP prevê que, mesmo sendo reincidente em crime doloso, desde que a medida seja socialmente recomendável e que a reincidência não seja específica (pelo mesmo crime), o juiz poderá fazer a substituição da privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

> *Art. 44, § 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.*

O que se entende por reincidente específico para os fins do § 3º do art. 44? É o indivíduo que cometeu um novo crime doloso idêntico.

- se o condenado tiver praticado um novo crime doloso idêntico: não terá direito à substituição. Ex: João foi condenado por furto simples. Depois, foi novamente

condenado por furto simples. Não terá direito à substituição porque a reincidência se operou em virtude da prática do mesmo crime.

- se o condenado tiver praticado um novo crime doloso da mesma espécie (mas que não seja idêntico): pode ter direito à substituição. Ex: Pedro foi condenado por furto simples (art. 155, caput). Depois, foi novamente condenado, mas agora por furto qualificado (art. 155, § 4º). Em tese, o juiz poderia conceder a substituição porque o furto simples e o furto qualificado são crimes da "mesma espécie", mas não são o "mesmo crime".

Logo, é preciso diferenciar crimes da mesma espécie de mesmo crime.

NÃO ESQUEÇA: o simples fato de o condenado ser reincidente em crimes da mesma espécie não impede, em absoluto, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. O juiz irá avaliar a situação e, se for socialmente recomendável, poderá conceder a medida. Por outro lado, se a reincidência for quanto ao mesmo crime o juiz estará impedido, de forma absoluta, de conceder a substituição, nos termos do art. 44, § 3º, do CP.

> *A reincidência específica tratada no art. 44, § 3º, do Código Penal somente se aplica quando forem idênticos, e não apenas de mesma espécie, os crimes praticados. STJ. 3ª Seção. AREsp 1.716.664-SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 25/08/2021 (Info 706).*

b) Princípio da suficiência

Previsto no art. 44, III do CP.

Quando a personalidade e os antecedentes do condenado indicarem que for suficiente a medida, o juiz poderá fazer a substituição. Deve levar em conta as finalidades da pena.

> *Art. 44, III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.*

9.7. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS E CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS

Em regra, os crimes hediondos e equiparados são cometidos com violência e grave ameaça ou, ainda, a pena é aplicada acima de 4 anos. Portanto, não seria possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Em relação ao tráfico privilegiado (não equiparado a hediondo), previsto no §4º da Lei de Drogas, há expressa vedação para conversão em restritiva de direitos. Vejamos:

> *Lei n. 11.343/06, art. 33, § 4º: Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, **vedada a conversão em penas restritivas de direitos**, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa*

O STF declarou a expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" inconstitucional, por entender que há violação à individualização da pena, da dignidade da pessoa

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

humana e da razoabilidade. A decisão foi proferida em controle difuso, tendo eficácia *inter partes*. Houve a comunicação ao Senado Federal, a fim de que fosse expedida uma resolução, caso assim entendesse, para conferir eficácia *erga omnes*, nos termos no art. 52, X da CF.

Em 2012, o Senado Federal expediu a Resolução nº 5/12, suspendendo a execução da expressão declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Observe:

> *Res. n. 05/12 do Senado Federal: É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS*

9.8. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO E LEI MARIA DA PENHA

A Lei Maria da Penha, em seu art. 17, prevê que é vedada a aplicação de pena de cesta básica ou de prestação pecuniária. Vejamos:

> *Lei n. 11.340/06, art. 17: É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.*

Perceba que a Lei Maria da Penha não proibiu expressamente a aplicação de pena restritiva de direitos. Houve a proibição de aplicação de penas de cestas básica ou de prestação pecuniária, bem como a substituição por uma pena que implique o pagamento isolado de uma multa.

Os Tribunais Superiores entendem que se aplicada a Lei Maria da Penha é porque o crime foi cometido com violência ou grave ameaça à mulher. Portanto, incabível a substituição por qualquer pena restritiva de direitos, uma vez que não cumpre os requisitos do art. 44 do CP.

O STF, inclusive, tem proibido a aplicação de restritiva de direitos no caso de contravenção praticada contra a mulher (Info. 884 – Dizer o Direito). Posição consagrada na Súmula 588 do STJ.

Importante!!!

Cabe substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em caso de contravenção penal envolvendo violência doméstica contra a mulher?

NÃO. Posição majoritária do STF e Súmula 588 do STJ.

SIM. Existe um precedente da 2ª Turma do STF (HC 131160, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 18/10/2016).

STF. 1ª Turma. HC 137888/MS, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 31/10/2017 (Info 884).

> *Súmula 588-STJ: A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

9.9. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS E CRIMES MILITARES

Em relação aos crimes militares, não cabe penas restritivas de direito, conforme

entendimento do STF, em razão da falta de previsão legal.

9.10. REGRAS DE SUBSTITUIÇÃO

As regras de substituição irão depender da quantidade de pena aplicada.

9.10.1. Condenação igual ou inferior a 1 ano (CP, art. 44, § 2º, 1ª parte)

> *CP, art. 44, § 2º: "Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos (...)".*

Quando o réu for condenado a uma pena de ATÉ um ano, o juiz poderá substituir por uma pena restritiva de direitos ou por uma pena de multa.

Perceba que no §2º do art. 60 do CP há previsão de que a pena deve ser de até seis meses para que possa ser substituída por pena de multa, havendo uma contradição com o disposto no §2º do art. 44 do CP, que prevê pena de até um ano. Assim, o §2º do art. 60 do CP NÃO deve ser aplicado, o legislador esqueceu de alterá-lo.

> *CP, art. 60, § 2º: "A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código"*

9.10.2. Condenação superior a 1 ano (CP, art. 44, § 2º, parte final)

> *CP, art. 44, § 2º: "(...) se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos"*

Quando superior a um ano, a pena poderá ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos

O cumprimento de duas penas restritivas de direito será:

- Cumulativo – quando as penas forem compatíveis entre si;
- Sucessivamente – quando não houver compatibilidade entre as penas restritivas de direitos.

Destaca-se que a Lei de Crimes Ambientais permite a substituição da pena privativa de liberdade, de até 4 anos, por uma única restritiva de direitos (Lei 9.605/98, art. 7º, I)

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

9.11. RECONVERSÃO OBRIGATÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE

Disciplinada pelo art. 44, §4º do CP:

> *CP, art. 44, § 4º: A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão*

Cleber Masson prefere utilizar a expressão “reconversão” no lugar de “conversão”, pois a pena originária era uma privativa de liberdade que foi convertida em uma restritiva de direitos. Assim, quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta, a pena será reconvertida (voltará para pena inicial) em privativa de liberdade.

Por exemplo, réu condenado a um ano de pena privativa de liberdade. O juiz substituiu por um ano de prestação de serviços à comunidade (restritiva de direitos). Mesmo intimado, mais de uma vez e sem justificativa, o condenado não cumpre. Neste caso, será obrigatória a reconversão pelo tempo total, um ano.

Quando o réu deixa de cumprir no meio, por exemplo, condenado a um ano de prestação de serviço à comunidade, após dez meses (sem justificativa) deixou de cumprir. Haverá a reconversão, mas será pelo tempo restante. No exemplo, teria que cumprir dois meses de pena privativa de liberdade.

Contudo, deve-se respeitar o limite mínimo de 30 dias. Ou seja, o réu cumpriu 11 meses de 20 dias, faltava apenas 10 dias e deixou de prestar serviço à comunidade, injustificadamente. Haverá a reconversão, mas a pena privativa de liberdade não será de apenas 10 dias (o que falta), mas sim de 30 dias (mínimo previsto no final do art. 44, §4º).

Trata-se de um incidente da execução penal. Portanto, é necessário o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, devendo o condenado ser ouvido pelo juiz.

Sendo uma contravenção penal, não há prazo mínimo de 30 dias, por falta de previsão legal. Perceba que o art. 44, §4º do CP refere-se apenas à detenção e à reclusão, penas para crimes. O CP nada dispõe acerca da pena de prisão simples, assim deve cumprir apenas o que falta para a pena.

Tratando-se de descumprimento das penas de prestação pecuniária ou de perda de bens e valores, deve-se aplicar um critério proporcional.

Por exemplo, o réu é condenado a pena privativa de liberdade de 1 ano, substituída por uma prestação pecuniária em favor da vítima no valor de R$ 1.000,00. O condenado deveria pagá-la em duas parcelas de R$ 500,00, tendo adimplido somente a primeira. Intimado pelo juiz para pagar a segunda, o condenado recusa-se, descumprindo a pena de forma injustificada. Consequentemente, o juiz pode convertê-la em uma pena privativa de liberdade de 6 meses (metade do tempo que falta).

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

O mesmo raciocínio vale para a perda de bens e valores.

9.12. RECONVERSÃO FACULTATIVA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE

Está prevista no §5º do art. 44 do CP:

> *CP, art. 44, § 5º: Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior*

Perceba que há duas condenações em definitivo, sendo que pela:

- 1ª Condenação – pena restritiva de direitos
- 2ª Condenação – pena privativa de liberdade por outro crime

O juiz da execução penal irá avaliar, no caso concreto, a possibilidade de cumprimento simultâneo (não será reconvertida) ou não (será reconvertida pela incompatibilidade).

Ressalta-se que a condenação posterior à pena de multa ou pela prática de contravenção penal não autorizam a reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade

9.13. INÍCIO DA EXECUÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO

Disciplinada no art. 147 da LEP. Vejamos:

> *LEP, art. 147: "Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares".*

Nos termos da LEP, o início da execução da pena restritiva de direitos depende do trânsito em julgado.

9.14. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA

9.14.1. Conceito

A prestação pecuniária é a modalidade de pena restritiva de direitos, de natureza patrimonial, que consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes, a entidade pública ou entidade privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não podendo ser inferior a um salário-mínimo e nem superior a trezentos e sessenta salários-mínimos.

> *Art. 45, § 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com*

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

> *destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário-mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários-mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.*

9.14.2. Ordem de preferência

Há no §1º do art. 45 uma ordem de preferência, observe:

1ª Vítimas ou seus descentes;

2ª Entidade pública (qualquer uma);

3ª Entidade privada com destinação social.

> *O art. 45, § 1º, do Código Penal, estabelece, em ordem sucessiva, quem são os beneficiários da prestação pecuniária substitutiva: Vítima, seus dependentes, entidade pública com destinação social ou entidade privada*

com a mesma finalidade. STJ. 6ª Turma. REsp 1905918/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 14/5/2021.

9.14.3. Características

Possui caráter unilateral, impositivo e cogente. Assim, perceba que não depende de aceitação da vítima.

9.14.4. Indenização civil antecipada e despenalização

A parte final do art. 45, §1º do CP prevê que o valor pago será deduzido do montante de eventual reparação, quando os beneficiários forem coincidentes.

> *Art. 45, § 1o A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário-mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários-mínimos.* ***O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários****.*

Imagine, por exemplo, que "A" pratica crime contra a honra de "B", que ingressa com uma ação indenizatória no cível, ao mesmo tempo da ação penal em curso. Na ação penal, "A" foi condenado a uma pena privativa de liberdade, substituída por prestação pecuniária (pena restritiva de direitos), no valor de R$ 10.000,00, adimplida posteriormente (extinção da pena). Quanto à ação cível, se:

- Condenação em R$ 20.000,00: o montante da ação penal é deduzido.
- Condenação em R$ 10.000,00: despenalização, como se a pena não existisse.

9.14.5. Forma de pagamento

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

Em regra, a prestação pecuniária é paga em dinheiro.

Contudo, havendo aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode ser paga de outra forma, nos termos do art. 45, §2º do CP:

> *CP, art. 45, § 2º: No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza*

Por exemplo, pagar com serviço de pedreiro.

9.14.6. Fiscalização

Caberá ao Ministério Público fiscalizar o cumprimento da prestação pecuniária, pois se trata de pena.

9.14.7. Prestação Pecuniária X Reparação do Dano

A prestação pecuniária, mais vantajosa à vítima, não se confunde com reparação do dano, em que é necessária a execução.

De acordo com o STJ (RESp. 1.882.059/SC – Info 714), a prestação pecuniária pode ser compensada com o montante fixado para reparação de dano (art. 387, IV, do CPP), nos casos em que ocorrer coincidência de beneficiários.

O art. 45, § 1º, do CP prevê que a prestação pecuniária tem natureza de pena (restritiva de direitos). Contudo, além disso, possui finalidade nitidamente reparatória (cível). Isso fica muito claro pela redação do dispositivo que fala que a prestação pecuniária "consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social". Tanto isso é verdade, que a jurisprudência do STJ afirma que esta pena restritiva de direitos deve manter correspondência com o prejuízo causado pelo delito, o que reforça seu caráter reparatório.

O art. 387, IV, do CPP, por sua vez, visa assegurar a reparação cível dos danos causados pela infração penal, representando nítida antecipação efetuada pelo juiz criminal. Assim, explicitada a natureza jurídica dos institutos, em razão da finalidade reparatória presente em ambas as disposições legais e, ainda, diante da coincidência de beneficiários (vítima), impõe-se a dedução do montante fixado a título de reparação de danos - art. 387, IV, do Código de Processo Penal, do que foi estipulado a critério de prestação pecuniária substitutiva - art. 45, § 1º, do Código Penal.

9.14.8. Indenização civil antecipada e despenalização

Com o intuito de facilitar a fixação, observe o quadro comparativo abaixo:

Natureza Jurídica	Pena restritiva de direitos	Pena de multa
Valor	1 a 360 salários-mínimos	10 a 360 dias multa
Beneficiários	Vítima, dependentes da vítima, entidade pública ou entidade privada com destinação social	Fundo penitenciário, nacional ou estadual

9.15. PERDA DE BENS E VALORES

9.15.1. Previsão legal

Encontra-se no §3º do art. 45 do CP, vejamos:

> *Art. 45, § 3o A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da **prática do crime** (não se aplica às contravenções penais).*

9.15.2. Conceito

É modalidade de pena restritiva de direitos, que recai sobre o patrimônio lícito do condenado, tendo como valor o montante do prejuízo causado ou do proveito obtido pelo agente ou terceiro, em função da prática do crime.

Por exemplo, causou um prejuízo de R$ 30.000,00 e possui R$50.000,00 na poupança, a

pena de perda bens e valores será no valor de R$ 30.000,00.

Ressalta-se que somente será aplicada para os crimes que possuam algum tipo de reflexo patrimonial, no sentido de prejuízo à vítima ou de proveito ao agente ou a terceiro. Além disso, a perda de bens e valores não se aplica às contravenções penais, por falta de previsão legal.

9.15.3. Princípio da intranscendência

Importante consignar que a pena de perda de bens e valores não poderá ser cobrada dos herdeiros do condenado, uma vez que a pena possui caráter personalíssimo, não podendo passar da pessoa do condenado.

É possível, contudo, que a vítima ajuíze uma ação indenizatória dos herdeiros, que será paga até o limite da força da herança.

9.15.4. Perda de bens e valores X Confisco

Doutrina sustenta que a perda de bens e valores possui conteúdo confiscatório, já que se retira do patrimônio lícito do condenado. Porém, não se trata de pena inconstitucional, já que está prevista expressamente na Constituição Federal (art. 5º, XLVI, b).

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Por fim, destaca-se que a perda de bens e valores não se confunde com o confisco, enquanto efeito da condenação.

	PERDA DE BENS E VALORES	CONFISCO (EFEITO DA CONDENAÇÃO)
Natureza Jurídica	Pena restritiva de direitos (CP, art. 45, §3º)	Efeito da condenação (CP, art. 91, II)
Patrimônio	Lícito	Ilícito

9.16. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE OU ENTIDADES PÚBLICAS

9.16.1. Previsão legal

Encontra-se nos §§1º e 2º do art. 46 do CP, *in verbis:*

> *Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superior a seis meses de privação da liberdade*
> *§ 1o A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.*
> *§ 2o A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.*

9.16.2. Conceito

É espécie de pena restritiva de direitos que consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado, em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos ou outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

9.16.3. Aplicabilidade

Dentre as penas restritivas de direitos, é considerada a mais grave, pois é aplicável às condenações superioras a seis meses de pena privativa de liberdade.

> *Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações **superior a seis meses** de privação da liberdade*

Perceba, portanto, que a prestação de serviço à comunidade só poderá ser aplicada em substituição à pena privativa de liberdade quando a condenação for superior a seis meses. Até seis meses, o juiz irá aplicar outras.

9.16.4. Forma de atribuição

O juiz da ação penal limita-se a aplicar a pena de prestação de serviço à comunidade. Caberá ao juiz da execução penal indicar o local em que os serviços serão prestados.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Ademais, serão levadas em consideração as aptidões do condenado, consagrando, assim, o caráter humanitário da pena, bem como visando sua a ressocialização.

> *Art. 46, 3º As tarefas a que se refere o § 1o serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.*

Obviamente, não se admite designação de atividade cruel, ociosa ou humilhante.

Por fim, salienta-se que o Brasil é um Estado laico, não adotando nenhuma religião oficial, mas respeitando todas. Logo, não se admite a prestação de serviços à comunidade em igrejas, templos. Igualmente, tais locais não estão previstos no §2º do art. 46 do CP.

9.16.5. Modo de cumprimento

Está disciplinado nos §§3º e 4º do art. 46 do CP. Vejamos:

> *Art. 46,*
> *§ 3o As tarefas a que se refere o § 1o serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.*
> *§ 4o Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada.*

Como, geralmente, o condenado (maior de 18 anos) trabalha, a prestação de serviço à comunidade deverá ocorrer no final de semana, a fim de que não prejudique a atividade laboral. Ademais, cada hora de tarefa corresponde a um dia de pena. Assim, por exemplo, o condenado que cumprir 7h de serviços à comunidade terá cumprido 7 dias de pena.

Destaca-se que, se a pena for superior a um ano, o condenado poderá cumprir em tempo menor, mas NUNCA poderá ser inferior à metade da pena privativa de liberdade imposta.

Imagine, por exemplo, que um condenado a pena de 14 meses comece a prestar serviço à comunidade por 7h aos sábados e 7h aos domingos. Em sete meses, terá cumprido totalmente a pena. Não poderá, contudo, cumprir a pena antes de 7 meses (metade).

O §4º é criticável pela doutrina, já que uma pena de 20 meses pode ser cumprida em 10 meses, mas uma pena de 12 meses (um ano) não pode ser cumprida em menos tempo.

9.16.6. Execução da prestação de serviço à comunidade

As tarefas na prestação de serviço à comunidade não são remuneradas e nem geram vínculo empregatício. Não se trata de trabalho propriamente dito, mas sim de cumprimento de pena.

) de serviço à

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

LEP Art. 28, § 2º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

Destaca-se que a execução será iniciada a partir do primeiro comparecimento do condenado para prestação do serviço à comunidade, nos termos do art. 149, §2º da LEP:

LEP – Art. 149, § 2º A execução terá início a partir da data do primeiro comparecimento.

Observe a integra dos arts. 149 e 150 da LEP, que disciplinam a prestação de serviço à comunidade:

Art. 149. Caberá ao Juiz da execução:
I - designar a entidade ou programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou convencionado, junto ao qual o condenado deverá trabalhar gratuitamente, de acordo com as suas aptidões;
II - determinar a intimação do condenado, cientificando-o da entidade, dias e horário em que deverá cumprir a pena;
III - alterar a forma de execução, a fim de ajustá-la às modificações ocorridas na jornada de trabalho.
*§ 1º o trabalho terá a duração de 8 (oito) horas semanais e será realizado aos sábados, domingos e feriados, ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, **nos horários estabelecidos pelo Juiz**.*
§ 2º A execução terá início a partir da data do primeiro comparecimento.

Art. 150. A entidade beneficiada com a prestação de serviços encaminhará mensalmente, ao Juiz da execução, relatório circunstanciado das atividades do condenado, bem como, a qualquer tempo, comunicação sobre ausência ou falta disciplinar.*

Ressalta-se que o relatório circunstanciado deve conter todas as atividades detalhadas, não se admite um relatório vago, impreciso, genérico. A entidade está sendo beneficiada, por isso a obrigação de enviar o relatório de forma detalhada.

9.16.7. Prestação de servico à comunidade e trabalhos forcados

A CF, em seu art. 5º, XLVII, c, proíbe a pena de trabalhos forçados. A prestação de serviço à comunidade não é um trabalho forçado, trata-se, na verdade, de um benefício ao condenado, em substituição à pena privativa de liberdade.

9.17. INTERDIÇÃO TEMPORÁRIA DE DIREITOS

O art. 47 do CP trata da interdição temporária de direitos, mais uma espécie de pena restritiva de direitos. Observe:

> *Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são:*

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

> *I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;*
> *II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público*
> *III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.*
> *IV – proibição de frequentar determinados lugares.*
> *V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.*

Pela leitura do dispositivo, é possível afirmar que se trata de uma pena restritiva de direitos específica (art. 56 do CP), uma vez que só será aplicada para os crimes cometidos em violação aos deveres funcionais. Por exemplo, médico cometeu crime no exercício da medicina, violando seus deveres.

> *Art. 56 - As penas de interdição, previstas nos incisos I e II do art. 47 deste Código, aplicam-se para todo o crime cometido no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes.*

Possui o mesmo prazo da pena privativa de liberdade.

A seguir analisaremos, de forma breve, cada um dos incisos do art. 47 do CP:

a) I - Proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;

Está relacionado à vida pública do condenado. Não se confunde com o efeito da condenação previsto no art. 92, I do CP, que é a perda do cargo público.

b) II - Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público

Está relacionada à vida privada do condenado. Por exemplo, para exercer advocacia precisa de inscrição na OAB.

c) III - Suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo

Com o advento do CTB, tal dispositivo tornou-se ineficaz. Sendo aplicada apenas para os ciclomotores (veículo de duas ou três rodas que não ultrapassa 50 cilindradas)

d) IV – Proibição de frequentar determinados lugares

É uma pena de difícil fiscalização, bem como é genérica.

e) V - Proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos

Há doutrina sustentando que é pena exclusiva para o crime previsto no art. 311-A do CP. O professor Cleber Masson discorda, afirma que se trata de pena mais ampla. Cita, como exemplo, o caso de um estelionatário.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

9.18. LIMITAÇÃO DE FINAL DE SEMANA

Encontra-se prevista no art. 48 do CP, *in verbis*:

> *Art. 48 - A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.*
> *Parágrafo único - Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas*

É uma pena de difícil aplicação, uma vez que quase não há, no Brasil, casas de albergado.

A seguir colacionamos os dispositivos da LEP que tratam sobre a limitação de final de semana.

> *Art. 93. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.*
> *Art. 94. O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga.*
> *Art. 95. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras.*
> *Parágrafo único. O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados.*

10. SUBSTITUIÇÃO CONDICIONAL DA EXECUÇÃO DA PENA: "SURSIS"

10.1. CONCEITO

É um instituto de política criminal, que se destina a evitar o recolhimento à prisão do condenado, submetendo-o à observância de certos requisitos legais e condições estabelecidas pelo juiz, perdurando estas durante tempo determinado, findo o qual, se não revogada a concessão, considera-se extinta a punibilidade.

Somente se aplica às penas de privação de liberdade, vale dizer, é um instituto subsidiário às penas restritivas de direitos.

10.2. SISTEMA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL

Há três espécies de sistemas de suspensão condicional, vejamos:

1º - SISTEMA FRANGO-BELGA: o réu é processado, reconhece-se a sua culpa, havendo

a condenação. Há a **suspensão da EXECUÇÃO da pena. Adotado no Brasil**, nos termos dos arts. 77 a 82 do CP.

2º - SISTEMA ANGLO-AMERICANO: o réu é processado, reconhece-se a sua culpa, suspende-se o processo para evitar a condenação.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

3º - SISTEMA *PROBATION OF FIRST OFFENDERS ACT*: o réu é processado, suspende-se o processo sem o reconhecimento de culpa. É o que ocorre no art. 89 da Lei 9.099/95.

10.3. NATUREZA JURÍDICA

Prevalece que é um DIREITO SUBJETIVO do réu. Preenchidos os requisitos, o juiz deve lhe conceder o sursis. Por conta disso, é permitido ao condenado renunciar ao sursis, se assim desejar.

10.4. ESPÉCIES

	SURSIS SIMPLES	SURSIS ESPECIAL	SURSIS ETÁRIO	SURSIS HUMANITÁRIO
PREVISÃO LEGAL	Art. 77, c/c art. 78, §1º.	Art. 77, c/c 78, §2º.	Art. 77, §2º.	Art. 77, §2º, in fine.
PRESSUPOSTO	1) Pena aplicada não superior a 02* anos. OBS: Considera-se o concurso de delitos.	1) Pena aplicada não superior a 02* anos. OBS: Considera-se o concurso de delitos. 2) Reparação do dano antesda sentença, salvo impossibilidade de fazê-lo 3) Circunstâncias judiciais INTEIRAMENTE favoráveis.	1) Pena aplicada não superior a 04* anos. 2) Condenado maior de 70 anos (não foi alterado pelo E. Idoso). OBS: Não interessa a saúde. OBS2: Conta-se a idade da última decisão do processo.	1) Pena aplicada não superior a 04* anos. **2) Razões de saúde** justificam. Vale dizer: Quando o tratamento ou a cura fica inviabilizado no cárcere.
	02* a 04 anos.			

PERÍODO DE SUSPENSÃO (PROVA)	OBS: O período mínimo de prova é sempre igual à pena máxima do pressuposto. OBS2: Em contravenções a suspensão será entre 01 e 03 anos**.**	02* a 04 anos. OBS: O período mínimo de prova é sempre igual à pena máxima do pressuposto.	04* a 06 anos. OBS: O período mínimo de prova é sempre igual à pena máxima do pressuposto.	04* a 06 anos. OBS: O período mínimo de prova é sempre igual à pena máxima do pressuposto.
CONDIÇÕES	São alternativas	São cumulativas (art.	Art. 78, §1º ou §2º,	Art. 78, §1º ou §2º,

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

	(art. 78, §1º), no 1º ano: a) Prestação de serviços à comunidade ou; b) Limitação de fim de semana.	78, §2º): Quanto ao 1º ano de prova: a) Proibição de frequentar determinados lugares; b) Proibição de ausentar-se da comarca sem autorização; c) Comparecimento mensal ao juízo. *Perceba: condições menos rigorosas que anterior, porque reparou (ou comprova impossibilidade) reparar o dano.	no 1º ano: Se reparar o dano: Art. 78, §2º (mesmas do especial). Se não reparar: Art. 78, §1º (mesmas do simples).	no 1º ano: Se reparar o dano: Art. 78, §2º (mesmas do especial). Se não reparar: Art. 78, §1º (mesmas do simples).
REQUISITOS	a) NÃO reincidente em crime doloso; b) Circunstâncias judiciais favoráveis (princípio da suficiência); c) Não cabível ou indicada a PRD (subsidiariedade do sursis).	a) NÃO reincidente em crime doloso; b) Circunstâncias judiciais favoráveis (princípio da suficiência);	a) NÃO reincidente em crime doloso; b) Circunstâncias judiciais favoráveis (princípio da suficiência);	a) NÃO reincidente em crime doloso; b) Circunstâncias judiciais favoráveis (princípio da suficiência);

	Exemplo: roubo simples tentado (não cabe PRD se praticado com violência ou grave ameaça, mas cabe sursis)	c) Não cabível ou indicada a PRD (subsidiariedade do sursis).	c) Não cabível ou indicada a PRD (subsidiariedade do sursis).	c) Não cabível ou indicada a PRD (subsidiariedade do sursis).

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

Perceber que o SURSIS não depende de falta de violência ou grave ameaça (como na PRD). Já a não reincidência em crime doloso é requisito comum ao 'sursis' e PRD (nesta, baseando-se no princípio da suficiência, pode não ser levada em consideração).

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:
I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;
II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;
III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.
§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.
§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.

Art. 78 - Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz.
§ 1º - No primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48).
§ 2° Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente:
a) proibição de frequentar determinados lugares;
b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;
c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Obs.: mesmo que reincidente em crime doloso, se o sujeito foi condenado no 1º crime à PENA DE MULTA, poderá receber o benefício.

10.5. SURSIS INCONDICIONADO

Não existe no Brasil "sursis" incondicionado, vale dizer, sempre se impõem condições durante o período de prova. E se o juiz se esquece de impor condições ao "sursis" e o MP não recorre, o que acontece se a concessão do "sursis" incondicionado transita em julgado? Duas Correntes:

1ª C: Não pode o juiz da execução suprir a ausência de condições, sob pena de se ofender a coisa julgada.

2ª C (STJ): Se o juiz se omite em especificar as condições na sentença, nada impede que, provocado ou de ofício, o juiz da execução especifique as condições. Não há que se falar em

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

ofensa à coisa julgada, pois esta diz respeito à concessão do sursis e não às condições, as quais podem ser alteradas no curso da execução da pena.

10.6. REVOGAÇÃO DO SURSIS

Há casos em que a revogação do sursis é obrigatória e casos em que será facultativa. Vejamos cada um deles:

REVOGAÇÃO

OBRIGATÓRIA **(ART. 81)**	1) Condenação definitiva por crime doloso Nesta hipótese, o réu deverá iniciar imediatamente o cumprimento de ambas as penas de prisão. Observações: • Não importa se o crime foi praticado antes ou depois de iniciado o período de prova. • Trata-se de revogação automática, dispensando decisão judicial ou mesmo a oitiva do beneficiado. • Em se tratando de condenação definitiva à pena de multa (pena principal e não alternativa), a jurisprudência entende não ser caso de revogação do "sursis". 2) Frustração do pagamento de multa, embora solvente Trata-se da multa aplicada conjuntamente com uma pena privativa de liberdade, cuja execução restou suspensa. Lembrando que a multa aplicada isoladamente ou cumulativamente com PRD sequer é compatível com a concessão de "sursis". 3) Não reparação do dano sem motivo justificado Como vimos, se o réu repara o dano até a sentença ou comprova a impossibilidade de fazê-lo, pode fazer jus ao "sursis" especial. Se não repara o dano até a sentença, faz jus ao "sursis" simples. Agora, se mesmo depois da sentença ele não repara o dano, INJUSTIFICADAMENTE, deverá ter a revogação da suspensão da execução. A reparação do dano é chamada pela doutrina de ***"CONDIÇÃO LEGAL INDIRETA"***. Isso, porque ela é indiretamente condição de qualquer espécie de sursis. **Não se trata de revogação automática.** O beneficiário deve ser ouvido porque ainda não reparou o dano.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

	4) descumprimento injustificado o art. 78, §1º Trata-se do descumprimento INJUSTIFICADO das condições exigidas pelo "sursis" simples: prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana. Aqui, a revogação também não é automática; o beneficiário deve ser ouvido.

FACULTATIVA **(ART. 81, §1º)**	1) Descumprimento das demais condições Refere-se ao descumprimento das condições do art. 78, §2º e 79. Antes de revogar o benefício, o réu deve ser ouvido. *Art. 78, §2º* *a) proibição de frequentar determinados lugares;* *b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;* *c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.* *Art. 79 - A sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado.* 2) condenação definitiva por crime culposo ou contravenção penal à PPL ou PRD.

Art. 81 - A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário:
I - é condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso;
II - frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano;
III - descumpre a condição do § 1º do art. 78 deste Código.
§ 1º - A suspensão poderá ser revogada se o condenado descumpre qualquer outra condição imposta ou é irrecorrivelmente condenado, por crime culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

Importante diferenciarmos revogação de cassação.

Revogação: Motivada por causa SUPERVENIENTE à concessão do benefício (art. 81).

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

orazo, o beneficiário:
oso;
multa ou não efetua,
igo.

.

§ 1º - A suspensão PODERÁ ser revogada se o condenado descumpre qualquer outra condição imposta ou é irrecorrivelmente condenado, por crime culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

Cassação: Motivada por causa ANTERIOR à concessão do benefício. Hipóteses de cassação do 'sursis'

- O beneficiário não comparece, injustificadamente, à audiência admonitória (audiência advertência das consequências do descumprimento das condições);
- O recurso contra a concessão do benefício é provido pelo tribunal. O tribunal nunca

revoga; apenas cassa.

10.7. PRORROGAÇÃO DO PERÍODO DE PROVAS

Observe o art. 81, §§2º e 3º do CP:

> *Art. 81*
> *§ 2º - Se o beneficiário está sendo processado por outro crime ou contravenção, considera-se prorrogado o prazo da suspensão até o julgamento definitivo.*
> *§ 3º - Quando facultativa a revogação, o juiz pode, ao invés de decretá-la, prorrogar o período de prova até o máximo, se este não foi o fixado.*

Como já vimos, a prorrogação pode ser uma alternativa à revogação facultativa. Entretanto, essa possibilidade desaparece quando o período de prova já foi fixado no máximo.

Além dessa hipótese, também haverá prorrogação (desta vez AUTOMÁTICA e OBRIGATÓRIA) sempre que o beneficiário for processado criminalmente durante o período de prova. Ocorre a prorrogação, pois se está diante de potencial causa de revogação obrigatória (nova condenação por crime doloso) ou facultativa (condenação por crime culposo ou contravenção à pena diferente de multa).

Obs.: Inquérito policial não gera a prorrogação do período de prova.

10.8. SURSIS SIMULTÂNEOS E SUCESSIVOS

É possível sursis sucessivos e simultâneos no caso em que o condenado, durante o período de prova, vem a ser condenado por crime culposo ou contravenção penal (à PPL ou PRD), e não tem o benefício revogado (são hipóteses de revogação facultativa).

Nesse caso, quando ele termina de cumprir o primeiro “sursis”, passa a cumprir o segundo benefício, sendo que no interregno comum dos benefícios ter-se-á o cumprimento simultâneo de ambos.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

10.9. CUMPRIMENTO DO SURSIS

> *Art. 82 - Expirado o prazo sem que tenha havido revogação, considera-se extinta a pena privativa de liberdade.*

A lei não fala em extinção de punibilidade, mas de extinção da pena privativa de liberdade. A extinção da pena é declarada em sentença, mas a efetiva ocorrência dessa extinção se constitui quando o período de prova chega ao seu término. Vale dizer: A sentença apenas declara, não constitui a extinção da pena. A doutrina afirma que o que é extinta é a punibilidade.

10.10. BENEFICIÁRIOS DO SURSIS x DIREITOS POLÍTICOS

De acordo com o art. 15, III da CF/88, ficam suspensos os direitos políticos enquanto perdurarem os efeitos da sentença condenatória, não importando a espécie de infração penal, o tipo e a quantidade da pena que foi imposta. Portanto, o sursis suspende os direitos políticos.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

CONCURSO DE CRIMES

1. CONCEITO

Trata-se do instituto pelo qual o agente, mediante uma ou mais condutas, prática dois ou mais crimes.

Perceba que no concurso de crimes pode haver unidade ou pluralidade de condutas, mas SEMPRE haverá uma pluralidade de crimes.

2. ESPÉCIES

Há três espécies de concurso de crimes previstas no Código Penal, quais sejam:

- Concurso material – art. 69 (regra geral)
- Concurso formal – art. 70 (exceção legal);
- Crime continuado – art. 71 (exceção legal).

3. SISTEMA DE APLICAÇÃO DA PENA NO CONCURSO DE CRIMES

3.1. CÚMULO MATERIAL

Opera-se a soma das penas de todos os crimes praticados pelo agente.

Por exemplo, o agente praticou três crimes, sendo condenado a pena de 1 ano, 3 anos e 5 anos por cada crime. A pena total será de 9 anos.

É aplicado para o concurso material e no concurso formal impróprio ou imperfeito, bem como no concurso de pena de multa (art. 72 do CP).

o aplicadas distinta e

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

3.2. EXASPERAÇÃO

O juiz irá aplicar apenas uma pena aumentada de determinado percentual.

É o sistema adotado no concurso formal próprio ou perfeito e no crime continuado.

3.3. ABSORÇÃO

É aquele em que o juiz aplica apenas a pena do crime mais grave que absorve todas as demais.

Não possui previsão legal. Já foi adotado pela jurisprudência nos crimes falimentares, cometidos na égide da antiga lei de falências. Na atual Lei de Falências, ainda não há jurisprudência sobre o tema.

4. CONCURSO MATERIAL

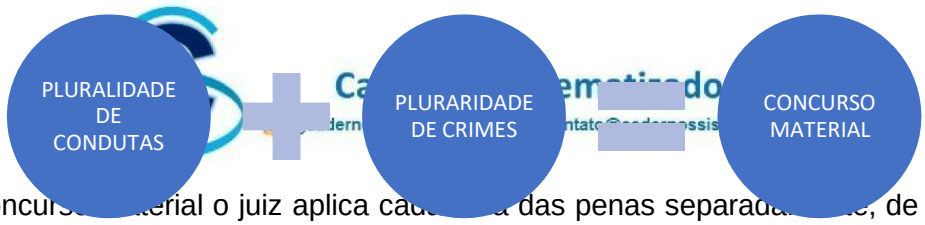
4.1. PREVISÃO LEGAL

Encontra-se previsto no art. 69 do CP, *in verbis*:

> *Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.*
> *§ 1º - Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código.*
> *§ 2º - Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.*

4.2. CONCEITO

Trata-se de espécie de concurso de crimes, prevista no art. 69 do CP, que se verifica quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, prática dois ou mais crimes, idênticos ou não.



No concurso material o juiz aplica cada uma das penas separadamente, de acordo com o critério trifásico. Após, irá somar todas as penas.

É também denominado de concurso real.

4.3. ESPÉCIES

4.3.1. Homogêneo

Ocorre quando os crimes são idênticos, por exemplo, o agente pratica dois furtos.

O Código Penal, aqui, adota o sistema do cumulo material.

4.3.2. Heterogêneo

É aquele em que os crimes são diversos. Por exemplo, o agente pratica um furto e uma receptação.

Igualmente, adota o sistema do cumulo material. Ou seja, as penas serão somadas.

4.4. MOMENTO PARA A SOMA DAS PENAS

O momento para a soma das penas irá variar:

a) Tratando-se de crime conexos, por serem objetos da mesma ação penal, há unidade processual. Assim, a soma das penas será efetuada pelo juiz, na sentença, ou pelo Tribunal, no acordão;

b) Tratando-se de crimes objetos de ações penais diversas, seja por falta de conexão ou por equívoco, a soma será feita pelo juízo da execução penal.

4.5. IMPOSIÇÃO CUMULATIVA DE PENAS DE RECLUSÃO E DETENÇÃO

Havendo imposição cumulativa de pena de reclusão e detenção, conforme o disposto na parte final do *caput*, do art. 69 do CP, deverá ser executada primeiro a pena de reclusão e, após será a pena de detenção.

Primeiro será executada a pena mais grave (reclusão) e, depois, a pena menos grave (detenção)

> *Art. 69 (...) no caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela*

4.6. CUMULAÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COM RESTRITIVA DE DIREITOS

Observe o disposto no §1º do art. 69 do CP:

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

> *Art. 69, § 1º - Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código.*

Este artigo traz a hipótese de o juiz aplicar pena privativa de liberdade e não conceder o sursis (suspensão condicional da pena privativa de liberdade). Quando isso ocorrer, será incabível a concessão de pena restritiva de direitos para outros crimes.

Apesar do dispositivo, havendo compatibilidade entre a pena privativa de liberdade não suspensa e a pena restritiva de direito será possível aplicar ambas. Por exemplo, pena privativa de liberdade em regime fechado e prestação pecuniária; pena privativa de liberdade em regime aberto e prestação de serviço à comunidade.

4.7. CUMPRIMENTO SUCESSIVO OU SIMULTÂNEO DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO

Havendo compatibilidade, podem ser cumpridas simultaneamente ou sucessivamente, nos termos do art. 69, §2º do CP.

> *Art. 69, § 2º - Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.*

5. CONCURSO FORMAL

5.1. PREVISÃO LEGAL

Encontra-se no art. 70 do CP:

> *Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.*
> *Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.*

5.2. CONCEITO

Concurso formal ou ideal é a espécie de concurso de crimes, prevista no art. 70 do CP, que se verifica quando o agente mediante uma única ação ou omissão prática dois ou mais crimes idênticos ou não.



5.3. ESPÉCIES E APLICAÇÃO DA PENA

5.3.1. Homogêneo

Caracterizado pela prática de crimes idênticos. Por exemplo, o agente, dirigindo de forma imprudente, atropela e mata duas pessoas.

5.3.2. Heterogêneo

Os crimes praticados pelo agente são diversos. Por exemplo, o agente, dirigindo de forma imprudente, atropela, mata uma pessoa e fere outra.

5.3.3. Perfeito ou próprio

Previsto na primeira parte do *caput*, do art. 70, foi criado para favorecer o réu.

> *Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.*

É aquele em que não há desígnios autônomos (dolo autônomo). Ou seja, a pluralidade de crimes não emana da vontade do agente. Perceba que, aqui, o concurso será entre um crime um doloso e os demais culposos ou, então, entre crimes todos culposos, já que não há desígnios autônomos.

Adota-se o sistema da exasperação. O juiz irá aplicar apenas uma das penas, qualquer delas, se idênticas ou a mais grave, se diversas, aumentada de 1/6 até metade.

O aumento de 1/6 até metade utiliza, como único critério, o número de crimes praticados pelo agente. Este é o entendimento pacífico tanto no STJ quanto no STF. É possível, inclusive, montar uma tabela indicativa de aumento. Vejamos:

NÚMERO DE CRIMES	AUMENTO DA PENA
2	1/6

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

3	1/5
4	1/4
5	1/3
6 ou mais	1/2

O sétimo crime em diante deve ser utilizado na primeira fase da dosimetria da pena, como circunstância judicial desfavorável.

Salienta-se que o concurso formal perfeito é causa de aumento de pena, portanto, o juiz irá utilizá-la na terceira fase da dosimetria da pena.

5.3.4. Imperfeito ou impróprio

Previsto na parte final do *caput* do art. 70.

> *Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade.* ***As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior****.*

Aqui, a pluralidade de resultados emana de desígnios autônomos. Ou seja, existe dolo do agente na produção de todos os crimes.

A aplicação da pena segue o sistema do cumulo material. Logo, o juiz irá somar as penas de todos os crimes praticados pelo agente.

5.4. TEORIAS SOBRE O CONCURSO FORMAL

5.4.1. Subjetiva

Para a Teoria Subjetiva, o concurso formal depende da unidade de desígnio. Assim, o dolo será único do começo ao fim.

5.4.2. Objetiva

Sustenta que o concurso formal depende da unidade de conduta e da pluralidade de resultados, pouco importa se há ou não unidade de desígnio.

É a teoria adotada pelo Código Penal.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

5.5. CONCURSO MATERIAL BENÉFICO OU FAVORÁVEL

Previsto no parágrafo único, do art. 70 do CP.

> *Art. 70, Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.*

Possui aplicação no tocante ao concurso formal próprio ou perfeito e no crime continuado, que adotam o sistema da exasperação.

Tanto o concurso formal perfeito quanto o crime continuado foram criados para favorecer o réu. Por isso, quando o sistema da exasperação prejudica o réu, o juiz deve aplicar o cumulo material. Geralmente, ocorre quando os crimes possuem penas muito distantes. Por exemplo, o agente pratica um homicídio qualificado e uma lesão corporal culposa.

6. CRIME CONTINUADO OU CONTINUIDADE DELITIVA

6.1. PREVISÃO LEGAL

Previsto no art. 71 do CP:

> *Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.*
> *Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.*

6.2. CONCEITO

É a espécie de concurso de crimes, prevista no art. 71 do CP, que se verifica quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pela condição do lugar, tempo e maneira de execução, os demais são havidos como continuação do primeiro.



Nada mais é do que um concurso material acompanhado de requisitos específicos.

6.3. ORIGEM HISTÓRICA

Pode-se citar:

- Glosadores italianos (Bartolo de Sassaferrato e Baldo de Ubaldi), no Século XIX;
- Práticos italianos (Júlio Claro e Próspero Farináceo), no Século XV e XVI.

É comum indicar a Lei Carolina, que vigorava na Itália, no Século XV, que previa que o agente que praticasse o terceiro furto era um ladrão famoso, portanto, deveria ser condenado à pena de morte.

Como era muito rígida, o crime continuado surgiu para abrandar o rigor da legislação.

6.4. NATUREZA JURÍDICA

Francesco Carrara desenvolveu a Teoria da Ficção Jurídica, segundo a qual o crime continuado é formado por vários crimes parcelares que, para fins de aplicação da pena, deve ser considerado como um único crime.

É adotada pelo Código Penal.

Por fim, salienta-se que a Teoria da Ficção Jurídica é utilizada APENAS para fins de aplicação da pena. Para todas as demais finalidades, o direito reconhece os crimes parcelares.

6.5. REQUISITOS DO CRIME CONTINUADO

6.5.1. <u>Pluralidade de condutas</u>

O agente deve praticar mais de uma ação ou de uma omissão.

6.5.2. <u>Pluralidade de crimes da mesma espécie</u>

O agente deve praticar mais de um crime da mesma espécie.

Há duas correntes que definem crimes de mesma espécie. Observe:

1ªCorrente – são aqueles que apresentam características comuns. Assim, pouco importa se estão ou não previstos no mesmo dispositivo legal. Entende, por exemplo, que furto mediante fraude e estelionato seriam crimes de mesma espécie. É uma boa posição para se adotar em

provas da Defensoria Pública.

2ªCorrente – são aqueles que estão previstos no mesmo tipo penal e apresentam a mesma estrutura jurídica, ou seja, ofendem os mesmos bens jurídicos. É boa para concursos do

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

MP, da Magistratura e de Delegado. É a posição amplamente majoritária, adotada pelo STF e pelo STJ.

6.5.3. Conexão temporal

É chamada pelo Código Penal de condições de tempo.

A jurisprudência entende que, **entre um crime parcelar e outro**, não pode haver intervalo de tempo superior a 30 dias.

Imagine que o agente pratique quatro crimes de furto, sempre no intervalo de tempo não superior a 30 dias. Após 90 dias do último furto, o agente pratica um quinto crime de furto. Neste caso, como será calculada a pena? Os quatro primeiros furtos possuem continuidade delitiva (exasperação), os quais estarão em concurso material com o quinto furto (cumulo material). Haverá concurso de concurso de crimes.

6.5.4. Conexão espacial

Trata-se de condições de local.

Os diversos crimes parcelares devem ser praticados na mesma cidade ou, no máximo, em cidades contíguas (próximas entre si).

Destaca-se que o Código Penal não define as condições de local, foi a jurisprudência que definiu que os crimes devem ser praticados na mesma cidade ou em cidades contiguas. É utilizado um critério territorial, não importa o tempo de deslocamento entre um ponto e outro da cidade.

6.5.5. Conexão modal

Refere-se ao modo/maneira de execução do crime.

Os crimes parcelares devem ter modo de execução semelhantes, não necessariamente idênticos.

Por exemplo, toda sexta-feira um caixa de banco retira determinada quantia do caixa do seu colega.

6.5.6. Conexão ocasional

Não está expressamente prevista no CP, mas como há a previsão de “outras condições semelhantes” o juiz está autorizado a exigir para caracterização do crime continuado, sempre com fundamentação.

Na conexão ocasional o crime posterior foi praticado em função da facilidade do crime anterior.

6.5.7. Unidade de desígnios

.

O crime continuado exige a unidade de desígnios, ou seja, para ser considerado deve haver uma empreitada previamente idealizada pelo agente?

Há duas correntes acerca do assunto, vejamos:

1ª C – Teoria Objetiva Pura ou Puramente Objetiva: sustenta que a configuração do crime continuado depende, unicamente, dos requisitos objetivos previstos no art. 71, *caput*, do CP. Assim, o crime continuado não depende da unidade de desígnios. Posição mencionada pelo Item 59 da Exposição de Motivos da Parte Geral do CP. Boa para Defensoria Pública.

Obs.: O CP não adota nenhuma teoria expressamente. A exposição de motivos não é lei, não vale como interpretação autêntica da lei penal. É considerada uma interpretação doutrinária.

2ª C – Teoria Mista ou Objetivo-Subjetiva: afirma que além dos requisitos objetivos, elencados pelo art. 71 do CP, o crime continuado depende de requisito subjetivo, qual seja: a unidade de desígnios.

Esta Teoria permite diferenciar o crime continuado da habitualidade criminosa. É a Teoria adotada pelo STF.

A adoção da teoria objetivo-subjetiva é importante para que o instituto da continuidade delitiva não seja aplicado a “criminosos profissionais”, ou seja, quando há habitualidade criminosa. Assim, se no caso concreto, percebe-se que o acusado praticou vários crimes da mesma espécie, com as mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução pelo fato de ele ser um criminoso profissional, nesses casos, a jurisprudência tem negado a aplicação do crime continuado por faltar a unidade de desígnio.

Com efeito, se o agente é uma pessoa que faz da prática criminosa sua atividade constante, fica evidente que ele não queria praticar apenas um crime (fracionado), mas sim todos eles, considerando que o crime se tornou sua profissão. Desse modo, não se aplica o crime continuado se houver habitualidade criminosa (reiteração criminosa)

6.6. ESPÉCIES DE CRIME CONTINUADO E DOSIMETRIA DA PENA

6.6.1. Simples

Previsto no art. 71, *caput,* do CP.

Significa que as penas de todos os crimes são idênticas.

Aqui, o juiz irá pegar qualquer uma das penas e aumentará de um sexto a dois terços (causa de aumento, incide na terceira fase de aplicação da pena).

6.6.2. Qualificado

Previsto no art. 71, *caput,* do CP.

As penas são distintas.

.

Aqui, o juiz irá utilizar a pena mais grave e irá aumentá-la de um sexto a dois terços (causa de aumento, incide na terceira fase de aplicação da pena).

O aumento de 1/6 até 2/3 utiliza, como único critério, o número de crimes praticados pelo agente. Este é o entendimento pacífico tanto no STJ quanto no STF. É possível, inclusive, montar uma tabela indicativa de aumento. Vejamos:

NÚMERO DE CRIMES	AUMENTO DA PENA
2	1/6
3	1/5
4	1/4
5	1/3
6	1/2
7 ou mais crimes	2/3

O oitavo crime em diante deve ser utilizado na primeira fase da dosimetria da pena, como circunstância judicial desfavorável.

6.6.3. Específico

Previsto no parágrafo único do art. 71, observe:

> *Art. 71, Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.*

Além dos requisitos comuns vistos acima, deve preencher certos requisitos específicos, são eles:

- Culpabilidade
- Antecedentes
- Conduta social
- Personalidade
- Motivos e circunstâncias do crime

Quando preenchidos tais requisitos, a pena poderá ser aumentada até o triplo. Considera-se o aumento, de acordo com o entendimento do STF e do STJ, de 1/6 até o triplo.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

.

Salienta-se que a súmula 605 do STF está superada, pois foi produzida antes da entrada em vigor do parágrafo único do art. 71 do CP. Portanto, admite-se crime contra a vida em continuidade delitiva.

Por fim, para melhor esclarecimento colacionamos a tabela feita pelo Prof. Márcio Cavalcante, disponível no Info 573 do STJ, em que há um comparativo entre as espécies de crime continuado.

SIMPLES (OU COMUM)	QUALIFICADO	ESPECÍFICO
Ocorre quando o agente pratica dois ou mais crimes que possuem a mesma pena.	Ocorre quando o agente pratica dois ou mais crimes que possuem penas diferentes.	Ocorre no caso de: · crimes dolosos; · cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; · contra vítimas diferentes.
Ex.: três furtos simples consumados; dois furtos qualificados tentados.	Ex.: dois furtos simples consumados e um tentado; um furto qualificado consumado e um tentado.	Ex.: José segue duas mulheres que caminhavam juntas e pratica estupro consumado contra uma e estupro tentado contra a outra.
Como se calcula a pena: aplica-se a pena de um só dos crimes, exasperada (aumentada) de 1/6 a 2/3.	Como se calcula a pena: aplica-se a pena do crime mais grave, exasperada (aumentada) de 1/6 a 2/3.	Como se calcula a pena: aplica-se a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, e aumenta até o triplo (3x). Obs.: apesar de não haver previsão legal, a jurisprudência entende que o aumento mínimo é de 1/6.
O critério para o aumento é *exclusivamente* o número de crimes praticados: 2 crimes — aumenta 1/6 3 crimes — aumenta 1/5 4 crimes — aumenta 1/4 5 crimes — aumenta 1/3 6 crimes — aumenta 1/2 7 ou mais — aumenta 2/3	O critério para o aumento é *exclusivamente* o número de crimes praticados: 2 crimes — aumenta 1/6 3 crimes — aumenta 1/5 4 crimes — aumenta 1/4 5 crimes — aumenta 1/3 6 crimes — aumenta 1/2 7 ou mais — aumenta 2/3	A exacerbação da pena deverá se nortear por critérios objetivos (número de infrações praticadas) e subjetivos (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e circunstâncias do crime). (STJ. 5ª Turma. HC 305.233/SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 27/10/2015)

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

6.7. CRIME CONTINUADO E CONCURSO MATERIAL BENÉFICO

O crime continuado adota o sistema da exasperação. Por isso, também pode incidir o chamado concurso material benéfico, sempre que a exasperação for prejudicial ao réu.

6.8. CRIME CONTINUADO E CRIME HABITUAL

CRIME CONTINUADO	CRIME HABITUAL
Vários delitos autônomos são considerados como um único delito, por ficção jurídica, exclusivamente, para fins de aplicação da pena	Depende da reiteração de atos indicativos do estilo de vida do agente. Cita-se, como exemplo, o exercício ilegal da medicina.

7. CONCURSO DE CRIMES E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A suspensão condicional do processo é prevista no art. 89 da Lei 9.099/95 e somente pode ser aplicada para os réus que estejam sendo acusados de crimes cuja pena mínima seja igual ou inferior a 1 ano.

Por exemplo, a pena do furto simples é de 1 a 4 anos. Logo, é possível a suspensão condicional.

Indaga-se: ***e se a pessoa tiver praticado três furtos simples, em continuidade delitiva, ela poderá ser beneficiada com a suspensão condicional do processo***? R: NÃO. Segundo entendeu a jurisprudência, para fins de suspensão, deve-se considerar a pena do crime já com o acréscimo decorrente do crime continuado.

Nesse sentido, a Súmula 723 do STF:

> *Súmula 723-STF: Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima* da *infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.*

8. CONCURSO DE CRIMES E COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL

O Juizado Especial Criminal possui competência para julgar as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 anos (art. 61 da Lei 9.099/95).

Imagine que o agente praticou, em continuidade delitiva, três crimes, cuja pena máxima para cada um deles é de 2 anos.

Cadernos Sistematizados
@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Indaga-se: ***o julgamento será de competência do Juizado?*** R: NÃO. É pacífica a jurisprudência do STJ de que, no caso de concurso de crimes, a pena considerada para fins de fixação da competência do Juizado Especial Criminal será o resultado da soma, no caso de concurso material, ou a exasperação, na hipótese de concurso formal ou crime continuado, das penas máximas cominadas aos delitos. Assim, se desse somatório resultar uma pena superior a 02 anos, fica afastada a competência do Juizado (HC 143.500/PE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 31/05/2011.

9. MULTA E CONCURSO DE CRIMES

É tratado no art. 72 do CP, *in verbis*:

> *Art. 72 - No concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente.*

Este artigo, como se percebe, adota o sistema do cúmulo material, tanto para o concurso material, concurso formal quanto para o crime continuado.

Contudo, a jurisprudência salienta que o art. 72 do CP não se aplica ao crime continuado, já que como é uma ficção jurídica para pena privativa de liberdade também deve ser considerado para a pena de multa, aplicando-se o sistema da exasperação. Assim, o STJ aplica o referido artigo apenas para o concurso material e para o concurso formal.