

Cleber Masson

# DIREITO PENAL

VOL. 1

PARTE GERAL

(arts. 1.º a 120)

## Esquemático

4.ª edição

revisada e atualizada

- Em consonância com a jurisprudência atualizada do STF e do STJ
- Gráficos e quadros esquemáticos
- Questões de Concursos Públicos

Herdeiros legítimos  
dos direitos que  
compõem os bens  
dos praticantes  
delinquentes



EDITORA  
MÉTODO

Cleber Masson

---

# DIREITO PENAL

VOL. 1

---

PARTE GERAL

**Esquemático**

**4.<sup>a</sup> edição**

revista, atualizada e ampliada



SÃO PAULO

© EDITORA MÉTODO

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Rua Dona Brígida, 701, Vila Mariana – 04111-081 – São Paulo – SP

Tel.: (11) 5080-0770 / (21) 3543-0770 – Fax: (11) 5080-0714

Visite nosso site: [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br)

[metodo@grupogen.com.br](mailto:metodo@grupogen.com.br)

Capa: Marcelo S. Brandão

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE  
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

---

Masson, Cleber Rogério

Direito penal esquematizado – Parte geral - vol. 1 / Cleber Rogério Masson. - 4.ª ed.  
rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : MÉTODO, 2011.

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-309-3440-8

1. Direito penal - Brasil - Sínteses, compêndios, etc. I. Título.

08-3790

CDU: 343(81)

---

f

A Editora Método se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

2011

Aos meus pais e à minha irmã. Com a sustentação moral e afetiva de uma família maravilhosa, encontrei forças para chegar até aqui e ir adiante.

À pequena MARIA EDUARDA, sobrinha e afilhada que consegue despertar em mim os mais verdadeiros sentimentos de alegria.

À CAROL, companheira de todos os momentos, a quem entrego minha vida.

Ao Doutor CÁSSIO JUVENAL FARIA, mestre e amigo, modelo de retidão e de brilhantismo profissional, exemplo de membro do Ministério Público e de professor que busco seguir diariamente.

A todos os estudantes de Direito e, em especial, aos candidatos de concursos públicos. Aos nossos alunos, presenciais ou via satélite, e aos nossos leitores, aos quais empresto meu apoio e minha fé nessa fase tão difícil, mas necessária, de nossas vidas. Juntos enfrentaremos e superaremos o árduo caminho que leva à vitória.

## AGRADECIMENTOS

Inúmeras pessoas são importantes durante o desenrolar de nossas vidas. Enumerá-las seria tarefa impossível, além de ingrata, em face da certeza de que erros graves seriam cometidos. Algumas pessoas e também instituições, entretanto, foram de fundamental importância para a concretização desse trabalho, a saber:

**Aloísio Masson**, mais do que um primo, o irmão que não tive. Presente em todos os momentos, de luta, de frustrações, de alegrias e de conquistas;

**Professor Doutor Damásio E. de Jesus**, reconhecido como um dos maiores penalistas de todos os tempos e mundialmente respeitado, visionário, que com seu talento revolucionou o ensino jurídico no país, por nos honrar com a oportunidade de integrar a seleta equipe de docentes do seu Complexo Jurídico;

**Valedir Ribeiro Santos**, da Editora Método (e a toda a sua equipe), por acreditar nesse trabalho, e **Adriano Koenigkam**, pelo excelente trabalho de revisão que muito enriqueceu a obra;

**Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva**, Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo e Professor Titular da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pela maestria e pelo zelo com que nos conduziu durante os trabalhos de orientação no curso de mestrado;

**Ministério Público do Estado de São Paulo**, uma das reservas morais deste país, instituição de que me orgulho por fazer parte e que prometo sempre defender;

**Estagiários e servidores do Ministério Público**, que comigo trabalham ou já trabalharam, e especialmente ao **Thiago** e ao **Gustavo**. Sou grato a todos vocês pela lealdade, pela amizade e pelo apoio constante.

E, é claro, aos colegas promotores de Justiça e professores com quem convivemos diariamente, pelo compromisso ético no desempenho de relevan-

tes funções e por estarem sempre dispostos a compartilhar seus inesgotáveis conhecimentos.

A todos os que sempre nos ajudaram, os meus sinceros agradecimentos. E que a vida lhes recompense com muita saúde, paz e alegria. Muito obrigado.

## NOTA À 4.<sup>a</sup> EDIÇÃO

Esta 4.<sup>a</sup> edição do nosso *Direito Penal Esquematizado v. 1 – Parte Geral* foi minuciosamente revista e atualizada, especialmente com as Leis 12.234/2010 (prescrição), 12.245/2010 (salas de aulas para ensino básico e profissionalizante nos estabelecimentos penais), 12.258/2010 (monitoração eletrônica) e 12.313/2010 (assistência jurídica ao preso e instalações da Defensoria Pública nos estabelecimentos prisionais).

Além disso, foram colacionados os julgados relativos à Parte Geral do Código Penal, noticiados nos *Informativos* do STF e do STJ durante o ano de 2010, e acrescentadas novas questões de concursos públicos.

A obra foi igualmente ampliada com diversas inovações doutrinárias, nacionais e estrangeiras, muitas delas já cobradas em concursos públicos, tais como a espiritualização de bens jurídicos, a teoria do direito penal quântico, o princípio da bagatela imprópria, a criminalização primária e secundária, seletividade e vulnerabilidade do Direito Penal, além de novas classificações do crime.

Finalmente, agradecemos sua confiança em nosso trabalho. Esperamos ajudá-lo em sua vitória. Um futuro brilhante e repleto de glórias está mais próximo a cada dia. Conte sempre com nossa ajuda.

Boa sorte, felicidades e muita paz.

Um forte abraço,

**Cleber Masson**

## APRESENTAÇÃO

Quando cursava a faculdade de Direito, buscava sempre conciliar a doutrina e a jurisprudência em meus estudos. A tarefa era difícil e, principalmente, dispendiosa. Livros custam caro e o acesso aos principais julgados dos Tribunais não é simples. Demanda muito tempo a localização de ementas e acórdãos, notadamente quando se pretende sistematizar a jurisprudência por assunto. Em razão disso, não raras vezes, esse estudo completo era colocado em segundo plano, o que me levava a constatar um sensível vazio acerca das matérias cujo conhecimento era necessário.

Com a colação de grau, sobreveio a preparação para o concurso público. A dificuldade, outrora existente, acentuou-se significativamente. Era preciso dominar novos assuntos a cada dia que se passava. Somavam-se a isso a elevada concorrência, que aumenta anualmente, a pressão (própria e das pessoas próximas) para a aprovação, a ansiedade inerente ao concursando e, ainda, a luta incansável contra o relógio, pois o tempo para os estudos era desproporcional à quantidade de matéria exigida pelo edital. Além disso, sabia que, depois da primeira prova, enfrentaria outra e, depois, mais outra. E, caso fracassasse, precisaria aguardar longo período até o próximo edital, o que nem sempre é possível, além de amargar a frustração da derrota.

Felizmente, depois de muita luta, a aprovação veio. E logo no primeiro concurso. No entanto, foi intensa a preparação: exigiu sacrifício, dedicação desmedida e inúmeras privações. Mas tudo valeu a pena. E como valeu. Se precisasse, trilhava todo o caminho novamente. Não há nada no mundo mais gratificante do que vencer pelo próprio esforço, do que alcançar reconhecimento e satisfação com o exercício de um trabalho que se escolheu livremente, pelo qual muito se lutou.

Mas decidi não parar por aí. Era necessário repartir com outras pessoas o conhecimento adquirido, ajudá-las a enfrentar com segurança o tortuoso



caminho que leva ao sucesso em concursos públicos. Então, comecei a lecionar em cursos preparatórios, a compartilhar os medos e angústias dos candidatos, a colher com emoção as vitórias, a festejar a tão almejada aprovação.

Depois de insistentes pedidos e de muito incentivo por parte dos alunos, surgiu a ideia de escrever um livro. Mais um desafio. Não é simples atender às expectativas dos estudantes, sejam acadêmicos ou concursandos. Reveste-se de enorme responsabilidade a tarefa de corresponder à confiança depositada na leitura de uma obra, pois todos esperam que as palavras lançadas ao papel sejam capazes de auxiliar na conquista de seus objetivos.

Após certa relutância, resolvi encarar mais essa prova da vida. E espero, sinceramente, vencê-la. O trabalho de meses resultou nessa obra que você ora nos dá o orgulho de ler.

Trata-se de um livro completo que envolve a Parte Geral do Código Penal, aí se incluindo toda a Teoria Geral do Direito Penal. Escrita em linguagem clara e didática, a obra abrange todas as questões relevantes dessa disciplina, revelando-se como suficiente para a aprovação em qualquer prova, exame ou concurso público.

Além da doutrina clássica, da história e evolução do Direito Penal, o livro aborda as mais recentes ideias penais, de diversos países e variados doutrinadores. Temas de vanguarda foram analisados, tais como o funcionalismo penal, a coculpabilidade, a teoria da imputação objetiva, a teoria do domínio do fato no concurso de pessoas, a autoria por determinação, o direito penal do inimigo, as velocidades do direito penal, o direito de intervenção, entre tantos outros.

Nas matérias controversas, foram expostas as diversas posições da doutrina e da jurisprudência, destacando-se sempre a mais aceita, bem como se indicando a melhor corrente a ser adotada em cada perfil de concurso público. Sabe-se que cada concurso público, variando conforme seu perfil, espera do candidato um pensamento coerente com a instituição cujo ingresso se pretende.

E, é claro, não podia ser olvidada a jurisprudência. De elevada incidência em concursos públicos, principalmente nos federais, é indicada a posição do Supremo Tribunal Federal e a do Superior Tribunal de Justiça, quando existentes, em cada um dos tópicos abordados nos 46 capítulos que compõem o nosso *Direito penal esquematizado – Parte geral*. Também foram abordadas as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal em matéria penal, inerentes ao instituto da remissão (Súm. 9) e à limitação ao uso de algemas (Súm. 11).

Para facilitar a compreensão da matéria, especialmente nos assuntos mais complexos, o trabalho foi ilustrado com inúmeros exemplos, sem prejuízo de gráficos e esquemas destinados à revisão do que foi lido e à assimilação

visual de cada tema. Dessa forma, o leitor muitas vezes sentir-se-á em sala de aula, como se estivesse lendo no quadro o que foi dito.

No final de cada capítulo foram inseridas questões objetivas de vários concursos públicos. Além de simular uma prova, esse recurso permite ao concursando, com a análise do número de questões acerca de cada assunto, saber quais são os pontos mais cobrados pelos examinadores.

Espero colaborar para sua aprovação. Somos amigos, unidos em torno de um mesmo ideal: sua vitória, a qual virá em breve. Agradeço pela confiança com que recebe esta obra e fico demasiadamente honrado com sua aceitação.

Críticas e sugestões serão muito bem vindas. Torço por você. Acredite, lute com todas as suas forças por seu sonho. Você é capaz!

Um forte abraço e boa sorte,

**Cleber Masson**

## PREFÁCIO

Colega de Ministério Público e de magistério, *Cleber Rogério Masson* facultou-me o privilégio de ter acesso aos originais de seu *Direito penal esquematizado – Parte geral*, assim como me concedeu a honra de escrever algumas notas, sobre o autor e a obra, á guisa de prefácio.

O autor é bacharel em Direito e mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Promotor de Justiça por vocação muito cedo despertada, ingressou no Ministério Público de São Paulo em 2000, já no primeiro concurso realizado após a colação de grau, passando a desempenhar com invulgar brilhantismo as suas funções institucionais, para tanto conciliando o seu espírito jovem e aguerrido com uma precoce e ponderada maturidade.

Estudioso do Direito Penal, logo tomou o caminho paralelo do magistério, passando a lecionar em cursos preparatórios e a vivenciar as dificuldades e as preocupações de seus alunos, candidatos a concursos públicos. Hoje empresta o seu nome á magnificência do corpo docente do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, em São Paulo.

A leitura dos originais dessa primeira parte da obra (eis que a ela se seguirá a Parte Especial) trouxe-me a certeza do acerto de sua planificação. A obra se destina, precipuamente, aos concursandos, e vem suprir uma lacuna editorial, eis que oferece, de forma consolidada e primando pela clareza de linguagem, ao lado dos ensinamentos da doutrina clássica, a análise dos temas hodiernos do Direito Penal, assim como possibilita a imediata pesquisa da jurisprudência mais atualizada do STF e do STJ, assegurando áqueles o estudo completo dessa disciplina fundamental em uma única e acessível fonte de consulta.

E nada obstante seja essa a destinação precípua da obra, a densidade e a atualização de seu conteúdo doutrinário e jurisprudencial fazem-na de molde

a tornar-se valiosa fonte de consulta também para aqueles que não têm a pretensão do concurso, mas atuam profissionalmente com o Direito Penal.

Fica a expectativa de que, para proveito de todos, concursandos ou não, também venha a lume, o quanto antes, o projetado complemento da Parte Especial.

São Paulo, setembro de 2008.

*Cássio Juvenal Faria*

Procurador de Justiça aposentado e Professor no Complexo  
Jurídico Damásio de Jesus, em São Paulo

# SUMÁRIO

## Parte I

### Teoria Geral do Direito Penal

1. DIREITO PENAL. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS .....	3
1.1. Conceito de Direito Penal .....	3
1.2. Alocação na Teoria Geral do Direito .....	4
1.3. Nomenclatura .....	4
1.4. Características do Direito Penal .....	4
1.5. Criminalização primária e criminalização secundária. Seletividade e vulnerabilidade no Direito Penal .....	5
1.6. Relações do Direito Penal com outros ramos do Direito .....	6
1.6.1. Com o Direito Processual Penal .....	6
1.6.2. Com o Direito Constitucional .....	7
1.6.3. Com o Direito Administrativo .....	7
1.6.4. Com o Direito Civil .....	8
1.6.5. Com o Direito Internacional .....	8
1.7. Funções do Direito Penal .....	9
1.7.1. Direito Penal como proteção de bens jurídicos .....	9
1.7.2. Direito Penal como instrumento de controle social .....	10
1.7.3. Direito Penal como garantia .....	10
1.7.4. Função ético-social do Direito Penal .....	10
1.7.5. Função simbólica do Direito Penal .....	11
1.7.6. Função motivadora do Direito Penal .....	11
1.7.7. Função de redução da violência estatal .....	11

1.7.8. Função promocional do Direito Penal .....	12
1.8. A ciência do Direito Penal .....	12
1.8.1. Introdução .....	12
1.8.2. Dogmática penal .....	12
1.8.3. Política criminal .....	13
1.8.4. Criminologia .....	13
1.9. Divisões do Direito Penal .....	14
1.9.1. Direito Penal fundamental ou Direito Penal primário ....	14
1.9.2. Direito Penal complementar ou Direito Penal secundário ...	15
1.9.3. Direito Penal comum .....	15
1.9.4. Direito Penal especial .....	15
1.9.5. Direito Penal geral .....	15
1.9.6. Direito Penal local .....	15
1.9.7. Direito Penal objetivo .....	15
1.9.8. Direito Penal subjetivo .....	16
1.9.9. Direito Penal material .....	16
1.9.10. Direito Penal formal .....	16
1.10. Fontes do Direito Penal .....	16
1.10.1. Introdução .....	16
1.10.2. Fontes materiais, substanciais ou de produção .....	16
1.10.3. Fontes formais, cognitivas ou de conhecimento .....	17
1.10.3.1. Fontes formais mediatas .....	17
1.11. Questões .....	19
2. PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL .....	21
2.1. Conceito .....	21
2.2. Princípios em espécie .....	22
2.2.1. Princípio da reserva legal ou da estrita legalidade .....	22
2.2.1.1 Princípio da reserva legal e mandados de criminalização .....	24
2.2.2. Princípio da anterioridade .....	24
2.2.3. Princípio da insignificância ou da criminalidade de bagatela .....	25
2.2.3.1. Princípio da insignificância e sua valoração pela autoridade policial .....	34
2.2.3.2. Princípio da insignificância imprópria ou da criminalidade de bagatela imprópria .....	35
2.2.4. Princípio da individualização da pena .....	36

2.2.5.	Princípio da alteridade .....	37
2.2.6.	Princípio da confiança .....	37
2.2.7.	Princípio da adequação social .....	38
2.2.8.	Princípio da intervenção mínima .....	38
2.2.9.	Princípio da fragmentariedade ou caráter fragmentário do Direito Penal .....	39
2.2.10.	Princípio da subsidiariedade .....	41
2.2.11.	Princípio da proporcionalidade .....	42
2.2.12.	Princípio da humanidade .....	44
2.2.13.	Princípio da ofensividade ou da lesividade .....	44
2.2.14.	Princípio da exclusiva proteção do bem jurídico .....	45
	2.2.14.1. Eleição de bens jurídicos e a teoria constitucional do Direito Penal .....	45
	2.2.14.2. A espiritualização (desmaterialização ou lique- fação) de bens jurídicos no Direito Penal .....	46
2.2.15.	Princípio da imputação pessoal .....	46
2.2.16.	Princípio da responsabilidade pelo fato .....	46
2.2.17.	Princípio da personalidade ou da intranscendência .....	47
2.2.18.	Princípio da responsabilidade penal subjetiva .....	47
2.2.19.	Princípio do <i>ne bis in idem</i> .....	48
2.2.20.	Princípio da isonomia .....	49
2.3.	Questões .....	49
3.	A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL .....	53
3.1.	O Direito Penal dos povos primitivos .....	53
	3.1.1. Introdução .....	53
	3.1.2. Vingança divina .....	54
	3.1.3. Vingança privada .....	55
	3.1.4. Vingança pública .....	56
3.2.	Idade antiga: Direito Penal grego e Direito Penal romano .....	57
	3.2.1. Direito Penal grego .....	57
	3.2.2. Direito Penal romano .....	58
3.3.	Idade Média .....	59
	3.3.1. Direito Penal germânico .....	59
	3.3.2. Direito Penal canônico .....	60
3.4.	Idade Moderna .....	62
	3.4.1. Período humanitário – O pensamento de Beccaria .....	62



4.	A HISTÓRIA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO .....	65
4.1.	Período Colonial .....	65
4.2.	Código Criminal do Império .....	66
4.3.	Período Republicano .....	67
5.	ESCOLAS PENAIS .....	69
5.1.	Escola Clássica .....	69
5.2.	Escola Positiva .....	70
5.3.	Correcionalismo Penal .....	72
5.4.	Tecnicismo Jurídico-Penal .....	73
5.5.	A defesa social .....	75
5.6.	Questão .....	77
6.	A EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA DO DIREITO PENAL .....	79
6.1.	Positivismo jurídico .....	79
6.2.	Neokantismo penal .....	80
6.3.	Garantismo penal .....	81
6.4.	Funcionalismo penal .....	82
6.4.1.	Posição de Claus Roxin – Escola de Munique .....	83
6.4.2.	Posição de Günther Jakobs – Escola de Bohn .....	84
6.5.	Novas propostas doutrinárias: Direito Penal e enfrentamento da criminalidade moderna .....	85
6.5.1.	Introdução .....	85
6.5.2.	Direito intervencionista ou de intervenção .....	87
6.5.3.	As velocidades do Direito Penal .....	90
6.5.4.	Direito Penal do inimigo .....	92
6.5.4.1.	Noções preliminares .....	92
6.5.4.2.	Conceito de inimigo .....	92
6.5.4.3.	Efeitos da aplicação da teoria do Direito Penal do inimigo .....	94
6.5.5.	Direito Penal como proteção de contextos da vida em sociedade .....	96
6.6.	Questões .....	98
7.	LEI PENAL .....	101
7.1.	Introdução .....	101
7.2.	Classificação .....	102



7.3.	Características da lei penal .....	103
7.4.	Lei penal em branco .....	104
7.5.	Interpretação da lei penal .....	105
7.5.1.	Introdução .....	105
7.5.2.	Quanto ao sujeito: autêntica, judicial ou doutrinária .....	106
7.5.3.	Quanto aos meios ou métodos: gramatical e lógica .....	106
7.5.4.	Quanto ao resultado: declaratória, extensiva e restritiva .....	107
7.5.5.	Interpretação progressiva .....	107
7.5.6.	Interpretação analógica .....	107
7.6.	Analogia .....	108
7.6.1.	Introdução .....	108
7.6.2.	Espécies .....	108
7.7.	Lei penal no tempo .....	110
7.7.1.	Introdução .....	110
7.7.2.	Direito Penal intertemporal e o conflito de leis penais no tempo .....	111
7.7.2.1.	<i>Novatio legis</i> incriminadora .....	111
7.7.2.2.	Lei penal mais grave ou <i>lex gravior</i> .....	112
7.7.2.3.	<i>Abolitio criminis</i> e lei posterior benéfica .....	112
7.7.2.4.	Combinação de leis penais ( <i>lex tertia</i> ) .....	116
7.7.2.5.	Lei penal intermediária .....	118
7.7.3.	Lei penal temporária e lei penal excepcional .....	118
7.7.4.	As leis penais em branco e o conflito de leis no tempo .....	120
7.8.	Conflito aparente de leis penais .....	122
7.8.1.	Conceito .....	122
7.8.2.	Requisitos .....	122
7.8.3.	Localização no Direito Penal .....	122
7.8.4.	Finalidade .....	123
7.8.5.	Diferença com o concurso de crimes .....	124
7.8.6.	Diferença com o conflito de leis penais no tempo .....	124
7.8.7.	Princípios para solução do conflito .....	124
7.8.7.1.	Princípio da especialidade .....	125
7.8.7.2.	Princípio da subsidiariedade .....	128
7.8.7.3.	Princípio da consunção ou da absorção .....	129
7.8.8.	Ausência de previsão legal .....	138
7.9.	Tempo do crime .....	138

7.10. Lei penal no espaço .....	140
7.10.1. Introdução .....	140
7.10.2. Princípio da territorialidade .....	141
7.10.2.1. Conceito de território .....	141
7.10.2.2. Território brasileiro por extensão .....	142
7.10.3. Outros princípios .....	142
7.10.3.1. Princípio da personalidade ou da nacionalidade .....	142
7.10.3.2. Princípio do domicílio .....	143
7.10.3.3. Princípio da defesa, real ou da proteção .....	143
7.10.3.4. Princípio da justiça universal .....	144
7.10.3.5. Princípio da representação .....	144
7.11. Lugar do crime .....	144
7.11.1. Não aplicação da teoria da ubiquidade em outras hipóteses .....	145
7.12. Extraterritorialidade .....	146
7.12.1. Introdução .....	146
7.12.2. Extraterritorialidade incondicionada .....	147
7.12.2.1. Extraterritorialidade incondicionada e o art. 8.º do Código Penal – Proibição do <i>bis in idem</i> ...	147
7.12.2.2. Extraterritorialidade incondicionada e a Lei de Tortura .....	148
7.12.3. Extraterritorialidade condicionada .....	148
7.13. Lei penal em relação às pessoas .....	149
7.13.1. Introdução .....	149
7.13.2. Imunidades diplomáticas e de chefes de governos estrangeiros .....	150
7.13.3. Imunidades parlamentares .....	151
7.13.3.1. Alocação .....	151
7.13.3.2. Introdução .....	151
7.13.3.3. Conceito e finalidade .....	152
7.13.3.4. Imunidade material ou inviolabilidade .....	152
7.13.3.5. Imunidade formal .....	154
7.13.3.6. Pessoas abrangidas pela imunidade .....	157
7.13.3.7. Suspensão e renúncia da imunidade .....	157
7.13.3.8. Imunidades e estado de sítio .....	158
7.14. Disposições finais acerca da aplicação da lei penal .....	159
7.14.1. Introdução .....	159

7.14.2. Eficácia da sentença estrangeira .....	159
7.14.3. Contagem de prazo .....	160
7.14.4. Frações não computáveis da pena .....	162
7.14.5. Legislação especial .....	163
7.15. Questões .....	163

## Parte II

### Teoria Geral do Crime

8. CRIME: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS .....	169
8.1. Conceito de crime .....	169
8.1.1. Critério material ou substancial .....	169
8.1.2. Critério legal .....	170
8.1.2.1. Crime e contravenção penal: outras distinções ..	172
8.1.2.2. Conceito legal de crime e o art. 28 da Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas .....	173
8.1.3. Critério analítico .....	175
8.1.4. Critério adotado pelo Código Penal .....	177
8.2. Ilícito penal e outros ilícitos .....	178
8.3. Sujeitos do crime .....	178
8.3.1. Sujeito ativo .....	178
8.3.1.1. A pessoa jurídica como sujeito ativo de crimes ..	179
8.3.2. Sujeito passivo .....	182
8.4. Objeto do crime .....	184
8.5. Questões .....	184
9. CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES .....	187
9.1. Introdução .....	187
9.1.1. Crimes comuns, próprios e de mão própria .....	187
9.1.2. Crimes simples e complexos .....	189
9.1.3. Crimes materiais, formais e de mera conduta .....	189
9.1.4. Crimes instantâneos, permanentes, de efeitos permanentes e a prazo .....	190
9.1.5. Crimes unissubjetivos, plurissubjetivos e eventualmente coletivos .....	191
9.1.6. Crimes de subjetividade passiva única e de dupla subje- tividade passiva .....	192
9.1.7. Crimes de dano e de perigo .....	192

9.1.8.	Crimes unissubsistentes e plurissubsistentes .....	193
9.1.9.	Crimes comissivos, omissivos e de conduta mista .....	194
9.1.10.	Crimes de forma livre e de forma vinculada .....	196
9.1.11.	Crimes mono-ofensivos e pluri-ofensivos .....	196
9.1.12.	Crimes principais e acessórios .....	197
9.1.13.	Crimes transeuntes e não transeuntes .....	197
9.1.14.	Crimes à distância, plurilocais e em trânsito .....	197
9.1.15.	Crimes independentes e conexos .....	198
9.1.16.	Crimes condicionados e incondicionados .....	198
9.1.17.	Outras classificações .....	199
9.1.17.1.	Crime gratuito .....	199
9.1.17.2.	Crime de ímpeto .....	199
9.1.17.3.	Crime exaurido .....	199
9.1.17.4.	Crime de circulação .....	199
9.1.17.5.	Crime de atentado ou de empreendimento .....	199
9.1.17.6.	Crime de opinião ou de palavra .....	200
9.1.17.7.	Crime multitudinário .....	200
9.1.17.8.	Crime vago .....	200
9.1.17.9.	Crime internacional .....	200
9.1.17.10.	Crime de mera suspeita, sem ação ou de mera posição .....	200
9.1.17.11.	Crime inominado .....	201
9.1.17.12.	Crime habitual .....	201
9.1.17.13.	Crime profissional .....	201
9.1.17.14.	Quase-crime .....	201
9.1.17.15.	Crime subsidiário .....	201
9.1.17.16.	Crime hediondo .....	201
9.1.17.17.	Crime de expressão .....	202
9.1.17.18.	Crime de intenção .....	202
9.1.17.19.	Crime de tendência ou de atitude pessoal .....	202
9.1.17.20.	Crime mutilado de dois atos ou tipos imperfeitos de dois atos .....	202
9.1.17.21.	Crime de ação violenta .....	202
9.1.17.22.	Crime de ação astuciosa .....	203
9.1.17.23.	Crime falho .....	203
9.1.17.24.	Crime putativo, imaginário ou erroneamente suposto .....	203
9.1.17.25.	Crime remetido .....	203

9.1.17.26. Crimes de responsabilidade .....	203
9.1.17.27. Crime obstáculo .....	204
9.1.17.28. Crime progressivo .....	204
9.1.17.29. Progressão criminosa .....	204
9.1.17.30. Crimes de impressão .....	204
9.1.17.31. Crimes militares .....	204
9.1.17.32. Crimes falimentares .....	205
9.1.17.33. Crimes funcionais ou <i>delicta in officio</i> .....	205
9.1.17.34. Crimes parcelares .....	205
9.1.17.35. Crimes de hermenêutica .....	206
9.2. Questões .....	206
10. FATO TÍPICO .....	209
10.1. Introdução .....	209
10.2. Conduta .....	210
10.2.1. Teoria clássica, naturalística, mecanicista ou causal .....	211
10.2.2. Teoria final ou finalista .....	213
10.2.3. Teoria cibernética .....	214
10.2.4. Teoria social .....	215
10.2.5. Teoria jurídico-penal .....	216
10.2.6. Apontamentos gerais sobre a conduta .....	216
10.2.7. Formas de conduta .....	217
10.2.8. Teorias acerca da omissão .....	218
10.2.9. Caracteres da conduta .....	218
10.2.10. Exclusão da conduta .....	219
10.3. Resultado .....	220
10.3.1. Conceito .....	220
10.3.2. Denominação .....	220
10.3.3. Espécies .....	221
10.4. Relação de causalidade ou nexa causal .....	221
10.4.1. Denominação .....	221
10.4.2. Dispositivo legal .....	222
10.4.3. Conceito .....	222
10.4.4. Âmbito de aplicação .....	222
10.4.5. Teorias .....	222
10.4.5.1. Teorias adotadas pelo Código Penal .....	223
10.4.6. Concausas .....	225

10.4.6.1. Introdução .....	225
10.4.6.2. Causas dependentes e independentes .....	225
10.4.7. Relevância da omissão .....	230
10.4.7.1. Conceito e alcance .....	230
10.4.7.2. Teoria adotada .....	231
10.4.7.3. Dever de agir: critérios existentes para sua de- finição .....	231
10.4.7.4. Poder de agir .....	232
10.4.7.5. Hipóteses de dever de agir .....	233
10.4.8. A questão da dupla causalidade .....	235
10.4.9. Teoria da imputação objetiva .....	235
10.4.9.1. Evolução histórica .....	235
10.4.9.2. Introdução .....	236
10.4.9.3. Conceito e análise dos pressupostos .....	237
10.4.9.4. A imputação objetiva para Jakobs e Roxin .....	242
10.4.9.5. Conclusões .....	243
10.5. Tipicidade .....	243
10.5.1. Conceito .....	243
10.5.2. Evolução doutrinária .....	244
10.5.2.1. Tipicidade como indício da ilicitude e o art. 386, inc. VI, do Código de Processo Penal .....	245
10.5.3. Teoria dos elementos negativos do tipo .....	246
10.5.4. Teoria da tipicidade conglobante .....	246
10.5.5. Adequação típica: conceito e espécies .....	248
10.6. Questões .....	249
11. TEORIA DO TIPO .....	253
11.1. Conceito .....	253
11.2. Espécies .....	253
11.3. Tipo legal .....	254
11.4. Funções do tipo legal .....	254
11.4.1. Função de garantia .....	254
11.4.2. Função fundamentadora .....	255
11.4.3. Função indiciária da ilicitude .....	255
11.4.4. Função diferenciadora do erro .....	256
11.4.5. Função seletiva .....	256
11.5. Estrutura do tipo legal .....	256

11.5.1. Elementos modais .....	258
11.6. Classificação doutrinária do tipo legal .....	259
11.6.1. Tipo normal e tipo anormal .....	259
11.6.2. Tipo fundamental e tipo derivado .....	259
11.6.3. Tipo fechado e tipo aberto .....	259
11.6.4. Tipo de autor e tipo de fato .....	260
11.6.5. Tipo simples e tipo misto .....	260
11.6.6. Tipo congruente e tipo incongruente .....	261
11.6.7. Tipo complexo .....	261
11.7. Questões .....	261
12. CRIME DOLOSO .....	263
12.1. Introdução .....	263
12.2. Teorias do dolo .....	263
12.2.1. Teorias adotadas pelo Código Penal .....	264
12.3. Elementos do dolo .....	264
12.4. Dolo natural e dolo normativo .....	265
12.5. Espécies de dolo .....	266
12.5.1. Dolo direto e dolo indireto .....	266
12.5.1.1. Dolo eventual e os crimes de trânsito .....	268
12.5.2. <i>Dolus bonus</i> e <i>dolus malus</i> .....	269
12.5.3. Dolo de propósito e dolo de impeto (ou repentino) .....	269
12.5.4. Dolo genérico e dolo específico .....	269
12.5.5. Dolo presumido .....	270
12.5.6. Dolo de dano e dolo de perigo .....	270
12.5.7. Dolo de primeiro grau e dolo de segundo grau .....	270
12.5.8. Dolo geral, por erro sucessivo, <i>dolus generalis</i> ou <i>aberratio causae</i> .....	271
12.5.9. Dolo antecedente, dolo atual e dolo subsequente .....	272
12.6. O dolo nas contravenções penais .....	273
12.7. Questões .....	274
13. CRIME CULPOSO .....	275
13.1. Introdução .....	275
13.2. Fundamento da punibilidade da culpa .....	276
13.3. Conceito de crime culposos .....	277
13.4. Elementos do crime culposos .....	277

13.4.1. Conduta voluntária .....	278
13.4.2. Violação do dever objetivo de cuidado .....	278
13.4.2.1. Apontamentos gerais .....	278
13.4.2.2. Modalidades de culpa .....	279
13.4.3. Resultado naturalístico involuntário .....	281
13.4.4. Nexo causal .....	281
13.4.5. Tipicidade .....	282
13.4.6. Previsibilidade objetiva .....	282
13.4.7. Ausência de previsão .....	284
13.5. Espécies de culpa .....	284
13.5.1. Culpa inconsciente e culpa consciente .....	284
13.5.2. Culpa própria e culpa imprópria .....	285
13.5.3. Culpa mediata ou indireta .....	286
13.5.4. Culpa presumida .....	287
13.6. Graus de culpa .....	287
13.7. Compensação de culpas .....	288
13.8. Concorrência de culpas .....	289
13.9. Caráter excepcional do crime culposo .....	289
13.10. Exclusão da culpa .....	290
13.11. Questões .....	291
14. CRIME PRETERDOLOSO .....	293
14.1. Conceito .....	293
14.2. Relação entre dolo e culpa .....	294
<sup>f</sup> 14.3. <i>Versari in re illicita</i> .....	294
14.4. Crimes qualificados pelo resultado .....	294
14.5. Questão .....	296
15. ERRO DE TIPO .....	299
15.1. Introdução .....	299
15.2. Previsão legal .....	299
15.3. Erro e ignorância: distinção e tratamento .....	300
15.4. Conceito .....	300
15.4.1. Erro de tipo e crimes omissivos impróprios .....	301
15.5. Espécies .....	301
15.6. Efeitos .....	301



15.7. Erro de tipo e crime putativo por erro de tipo .....	302
15.8. Descriminantes putativas .....	303
15.9. Erro determinado por terceiro .....	305
15.9.1. Erro determinado por terceiro e concurso de pessoas ...	306
15.10. Erro de tipo accidental .....	307
15.10.1. Erro sobre a pessoa ou <i>error in persona</i> .....	307
15.10.2. Erro sobre o objeto .....	308
15.10.3. Erro sobre as qualificadoras .....	308
15.10.4. Erro sobre o nexa causal ou <i>aberratio causae</i> .....	308
15.10.5. Erro na execução ou <i>aberratio ictus</i> .....	309
15.10.5.1. Espécies de erro na execução .....	310
15.10.6. Resultado diverso do pretendido, <i>aberratio delicti</i> ou <i>aberratio criminis</i> .....	311
15.10.6.1. Espécies .....	312
15.11. Gráfico conclusivo .....	312
15.12. Questões .....	313
16. <i>ITER CRIMINIS</i> .....	315
16.1. Conceito .....	315
16.2. Fase interna: cogitação .....	316
16.3. Fase externa .....	316
16.3.1. Preparação .....	316
16.3.2. Fase externa: execução .....	317
16.3.3. Transição dos atos preparatórios para os atos executó- rios .....	318
16.3.4. Fase externa: consumação .....	320
16.4. O exaurimento .....	321
16.5. Questão .....	321
17. TENTATIVA .....	323
17.1. Dispositivo legal .....	323
17.2. Conceito .....	323
17.3. Denominação .....	324
17.4. Elementos .....	324
17.5. Natureza jurídica .....	324
17.6. Teorias sobre a punibilidade da tentativa .....	325
17.7. Teoria adotada pelo Código Penal .....	326

17.7.1. Critério para diminuição da pena .....	326
17.8. Tentativa e crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais....	327
17.9. Tentativa e diminuição da pena no Código Penal Militar.....	328
17.10. Espécies de tentativa .....	328
17.10.1. Tentativa branca ou incruenta .....	328
17.10.2. Tentativa cruenta ou vermelha .....	328
17.10.3. Tentativa perfeita, acabada ou crime falho .....	328
17.10.4. Tentativa imperfeita, inacabada ou tentativa propriamente dita .....	329
17.11. Tentativa e crimes de ímpeto .....	329
17.12. Tentativa e dolo eventual .....	330
17.13. Inadmissibilidade da tentativa .....	330
17.14. Crimes punidos somente na forma tentada .....	334
17.15. Questões .....	334
18. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA E ARREPENDIMENTO EFICAZ .....	337
18.1. Dispositivo legal .....	337
18.2. Distinção com a tentativa .....	337
18.3. Fundamento .....	337
18.4. Natureza jurídica .....	338
18.5. Desistência voluntária .....	338
18.6. Arrependimento eficaz .....	339
18.7. Requisitos .....	340
18.8. Motivos .....	340
18.9. Efeito .....	341
18.10. Incompatibilidade com os crimes culposos .....	341
18.11. Adiamento da prática do crime .....	341
18.12. Comunicabilidade da desistência voluntária e do arrependimento eficaz .....	342
18.13. Tentativa qualificada .....	342
18.14. Questões .....	343
19. ARREPENDIMENTO POSTERIOR .....	345
19.1. Conceito .....	345
19.2. Alocação do instituto .....	345
19.3. Natureza jurídica .....	346

19.4. Extensão do benefício .....	346
19.5. Fundamentos .....	346
19.6. Requisitos .....	347
19.7. Comunicabilidade do arrependimento posterior no concurso de pessoas .....	348
19.8. Critério para redução da pena .....	348
19.9. Recusa do ofendido em aceitar a reparação do dano ou a resti- tuição da coisa .....	349
19.10. Dispositivos especiais acerca da reparação do dano .....	349
19.10.1. Peculato culposo .....	349
19.10.2. Juizados Especiais Criminais .....	350
19.10.3. Apropriação indébita previdenciária .....	350
19.10.4. Súmula 554 do Supremo Tribunal Federal .....	350
19.11. Questões .....	351
20. CRIME IMPOSSÍVEL .....	353
20.1. Conceito .....	353
20.2. Natureza jurídica .....	353
20.3. Teorias sobre o crime impossível .....	354
20.4. Espécies de crime impossível .....	356
20.5. Momento adequado para aferição da inidoneidade absoluta .....	357
20.6. Aspectos processuais inerentes ao crime impossível .....	358
20.7. Crime putativo e crime impossível .....	359
20.7.1. Conceito de crime putativo .....	359
20.7.2. Espécies de crime putativo .....	359
20.7.3. Diferença entre crime impossível e crime putativo .....	361
20.8. Questões .....	362
21. ILICITUDE .....	365
21.1. Conceito .....	365
21.2. Ilicitude formal e ilicitude material .....	365
21.3. Concepção unitária .....	366
21.4. Terminologia .....	366
21.5. Ilícito e injusto .....	367
21.6. Ilicitude genérica e ilicitude específica .....	368
21.7. Ilicitude objetiva e ilicitude subjetiva .....	369

21.8. Ilicitude penal e ilicitude extrapenal .....	369
21.9. Causas de exclusão da ilicitude .....	370
21.9.1. Introdução .....	370
21.9.2. Nomenclatura .....	370
21.9.3. Previsão legal .....	371
21.9.4. Elementos objetivos e subjetivos das causas de exclusão da ilicitude .....	371
21.9.5. Causas de exclusão da ilicitude e aspectos processuais ..	373
21.9.6. Causas supralegais de exclusão da ilicitude .....	373
21.9.6.1. Consentimento do ofendido .....	374
21.9.7. Visão geral .....	378
21.10. Questões .....	378
22. ESTADO DE NECESSIDADE .....	381
22.1. Dispositivo legal .....	381
22.2. Conceito .....	381
22.3. Natureza jurídica .....	382
22.4. Teorias .....	383
22.5. Requisitos .....	384
22.5.1. Situação de necessidade .....	385
22.5.1.1. Perigo atual .....	385
22.5.1.2. Perigo não provocado voluntariamente pelo agente .....	385
22.5.1.3. Ameaça a direito próprio ou alheio .....	387
22.5.1.4. Ausência do dever legal de enfrentar o perigo ...	388
22.5.2. Fato necessitado .....	389
22.5.2.1. Inevitabilidade do perigo por outro modo .....	389
22.5.2.2. Proporcionalidade .....	390
22.6. Causa de diminuição da pena .....	390
22.7. Espécies de estado de necessidade .....	390
22.7.1. Quanto ao bem sacrificado .....	390
22.7.2. Quanto à titularidade do bem jurídico preservado .....	391
22.7.3. Quanto à origem da situação de perigo .....	391
22.7.4. Quanto ao aspecto subjetivo do agente .....	391
22.8. Estado de necessidade recíproco .....	392
22.9. Casos específicos de estado de necessidade .....	392

22.10. Comunicabilidade do estado de necessidade .....	393
22.11. Estado de necessidade e crimes permanentes e habituais .....	393
22.12. Estado de necessidade e erro na execução .....	393
22.13. Estado de necessidade e dificuldades econômicas .....	394
22.14. Questões .....	394
23. LEGÍTIMA DEFESA .....	397
23.1. Fundamento .....	397
23.2. Dispositivo legal .....	398
23.3. Natureza jurídica e conceito .....	398
23.4. Requisitos legais .....	398
23.4.1. Agressão injusta .....	399
23.4.2. Agressão atual ou iminente .....	400
23.4.3. Agressão a direito próprio ou alheio .....	400
23.4.4. Reação com os meios necessários .....	401
23.4.5. Uso moderado dos meios necessários .....	403
23.5. Legítima defesa e vingança .....	403
23.6. Desafio e legítima defesa .....	404
23.7. Espécies de legítima defesa .....	404
23.7.1. Quanto á forma de reação .....	404
23.7.2. Quanto à titularidade do bem jurídico protegido .....	404
23.7.3. Quanto ao aspecto subjetivo de quem se defende .....	404
23.7.4. Legítima defesa da honra .....	405
23.7.5. Legítima defesa presumida .....	406
23.7.6. Legítima defesa sucessiva .....	407
23.8. Legítima defesa contra a multidão .....	407
23.9. Legítima defesa contra pessoa jurídica .....	407
23.10. Legítima defesa nas relações familiares .....	407
23.11. Legítima defesa e <i>aberratio ictus</i> .....	408
23.12. Legítima defesa de terceiro e consentimento do ofendido .....	408
23.13. Diferença entre estado de necessidade e legítima defesa .....	409
23.14. Existência simultânea de legítima defesa e de estado de necessi- dade .....	409
23.15. Legítima defesa e relação com outras excludentes: admissibili- dade .....	410
23.16. Legítima defesa e relação com outras excludentes: inadmissibili- dade .....	411

23.17. Legítima defesa e desobediência civil: distinção .....	412
23.18. Questões .....	412
24. ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL .....	415
24.1. Dispositivo legal .....	415
24.2. Natureza jurídica .....	415
24.3. Conceito .....	415
24.4. Fundamento .....	416
24.5. Dever legal .....	416
24.6. Destinatários da excludente .....	417
24.7. Limites da excludente .....	417
24.8. Estrito cumprimento de dever legal e crimes culposos .....	417
24.9. Comunicabilidade da excludente da ilicitude .....	418
24.10. Questões .....	418
25. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO .....	419
25.1. Dispositivo legal .....	419
25.2. Natureza jurídica .....	419
25.3. Conceito .....	419
25.4. Limites da excludente .....	420
25.5. Costumes .....	421
25.6. Distinções entre estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito .....	422
25.7. Lesões em atividades esportivas .....	422
25.8. Intervenções médicas ou cirúrgicas .....	422
25.9. Ofendículas .....	423
25.10. Meios mecânicos predispostos de defesa da propriedade .....	424
25.11. Exercício regular de direito e utilização de cadáver para estudos e pesquisas científicas .....	424
25.12. Questão .....	425
26. EXCESSO .....	427
26.1. Introdução .....	427
26.2. Dispositivo legal e alcance .....	427
26.3. Conceito .....	428
26.4. Espécies .....	428
26.4.1. Doloso, culposo, acidental ou exculpante .....	428

26.4.2. Intensivo e extensivo .....	429
26.5. Legítima defesa e excesso .....	430
26.6. Exemplo de quesitos em crime de competência do Tribunal do Júri, incluindo o excesso .....	431
26.7. Questões .....	432
27. CULPABILIDADE .....	435
27.1. Introdução .....	435
27.2. Conceito .....	436
27.3. Culpabilidade pelo fato .....	437
27.4. Fundamento da culpabilidade .....	437
27.5. Evolução do conceito de culpabilidade .....	437
27.5.1. Teoria psicológica .....	437
27.5.2. Teoria normativa ou psicológico-normativa .....	439
27.5.3. Teoria normativa pura, extrema ou estrita .....	440
27.5.4. Teoria limitada .....	441
27.6. Teoria adotada pelo Código Penal .....	442
27.7. Teoria funcional da culpabilidade .....	443
27.8. Tipo positivo e tipo negativo de culpabilidade .....	443
27.9. Culpabilidade .....	444
27.10. Culpabilidade formal e culpabilidade material .....	445
27.11. Graus de culpabilidade .....	445
27.12. Dirimentes .....	445
27.13. Questões .....	446
28. IMPUTABILIDADE PENAL .....	449
28.1. Introdução .....	449
28.2. Conceito .....	450
28.3. Momento para constatação da imputabilidade .....	450
28.4. Sistemas ou critérios para identificação da inimputabilidade .....	450
28.5. Causas de inimputabilidade .....	451
28.6. Menoridade .....	452
28.6.1. Menor de 18 anos de idade e a emancipação civil .....	452
28.6.2. Redução da maioridade penal .....	452
28.6.3. Crimes permanentes e superveniência da maioridade penal .....	453

28.6.4. Menoridade penal e crimes militares .....	453
28.7. Inimputabilidade por doença mental .....	453
28.7.1. Doente mental e intervalos de lucidez .....	454
28.8. Inimputabilidade por desenvolvimento mental incompleto .....	454
28.9. Inimputabilidade por desenvolvimento mental retardado .....	454
28.10. A perícia médica .....	455
28.11. Efeitos da inimputabilidade .....	456
28.12. Imputabilidade diminuída ou restrita .....	456
28.12.1. Dispositivo legal .....	456
28.12.2. Nomenclatura .....	457
28.12.3. Conceito .....	457
28.12.4. Sistema adotado .....	458
28.12.5. Natureza jurídica .....	458
28.12.6. Efeitos .....	458
28.13. Emoção e paixão .....	459
28.13.1. Apontamento histórico .....	459
28.13.2. Introdução e critério utilizado pelo Código Penal .....	459
28.13.3. Emoção e paixão: conceitos e distinções .....	460
28.13.4. Efeitos .....	461
28.13.5. Emoção e paixão patológicas .....	461
28.13.6. Espécies .....	461
28.13.7. Disposições especiais no Código Penal .....	461
28.13.8. A questão do homicídio passional .....	462
28.14. Embriaguez .....	463
28.14.1. Conceito .....	463
28.14.2. Denominação .....	463
28.14.3. Embriaguez crônica ou patológica, ou alcoolismo crôni- co .....	463
28.14.4. Períodos, fases ou etapas da embriaguez .....	464
28.14.5. Espécies de embriaguez .....	464
28.14.5.1. Quanto à intensidade .....	464
28.14.5.2. Quanto à origem .....	465
28.14.6. Embriaguez acidental completa e medida de segurança .....	466
28.14.7. Prova da embriaguez .....	466
28.14.7.1. Prova da embriaguez e o Código de Trânsito Brasileiro .....	466



28.14.8. A teoria da <i>actio libera in causa</i> .....	469
28.15. Questões .....	472
29. POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE .....	475
29.1. Introdução .....	475
29.2. Evolução .....	475
29.3. Critérios para determinação do objeto da consciência da ilicitude ....	476
29.4. Exclusão .....	477
29.4.1. Erro de proibição .....	477
29.4.1.1. Introdução .....	477
29.4.1.2. Desconhecimento da lei (" <i>ignorantia legis</i> ") ...	477
29.4.1.3. Conceito de erro de proibição .....	478
29.4.1.4. Efeitos: escusável e inescusável .....	479
29.4.1.5. Critérios para identificação da escusabilidade ou inescusabilidade do erro de proibição .....	480
29.4.1.6. Espécies de erro de proibição: direto, indireto e mandamental .....	481
29.4.1.7. Erro de proibição e crime putativo por erro de proibição .....	482
29.4.1.8. Diferença entre erro de tipo e erro de proibição .....	482
29.4.1.9. O erro de tipo que incide sobre a ilicitude do fato .....	483
29.5. Questões .....	483
30. EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA .....	485
30.1. Conceito .....	485
30.2. Causas supralegais de exclusão da culpabilidade .....	486
30.2.1. Origem histórica .....	486
30.2.2. Situação atual: admissibilidade e fundamentos .....	486
30.3. Coação moral irresistível .....	488
30.3.1. Dispositivo legal e incidência .....	488
30.3.2. Fundamento .....	488
30.3.3. Requisitos .....	488
30.3.4. Efeitos .....	489
30.3.5. Temor reverencial .....	490
30.4. Obediência hierárquica .....	491
30.4.1. Dispositivo legal .....	491

30.4.2. Conceito .....	491
30.4.3. Fundamentos .....	491
30.4.4. Requisitos .....	491
30.4.5. Efeitos .....	492
30.5. Questões .....	493
31. CONCURSO DE PESSOAS .....	495
31.1. Tratamento legislativo .....	495
31.2. Denominação .....	495
31.3. Conceito .....	496
31.4. Requisitos .....	496
31.4.1. Pluralidade de agentes culpáveis .....	496
31.4.2. Relevância causal das condutas para a produção do resultado .....	498
31.4.3. Vínculo subjetivo .....	498
31.4.4. Unidade de infração penal para todos os agentes .....	499
31.4.5. Existência de fato punível .....	501
31.5. Autoria .....	501
31.5.1. Teorias .....	501
31.5.2. Teoria adotada pelo Código Penal .....	504
31.6. Punibilidade no concurso de pessoas .....	504
31.7. Cooperação dolosamente distinta .....	505
31.8. Modalidades de concurso de pessoas: coautoria e participação ...	506
31.8.1. Coautoria .....	506
31.8.1.1. Coautoria, crimes próprios e crimes de mão própria .....	507
31.8.1.2. O executor de reserva .....	508
31.8.1.3. Coautoria sucessiva .....	508
31.8.1.4. Coautoria em crimes omissivos .....	508
31.8.1.5. A autoria mediata .....	509
31.8.1.6. Autoria por determinação .....	512
31.8.1.7. Autoria de escritório .....	513
31.8.2. Participação .....	513
31.8.2.1. Espécies .....	514
31.8.2.2. Punição do partícipe: teorias da acessoriedade .....	516
31.8.2.3. Participação de menor importância .....	518
31.8.2.4. Participação impunível .....	519

31.8.2.5. Participação por omissão .....	520
31.8.2.6. Convivência .....	520
31.8.2.7. Participação sucessiva .....	521
31.8.2.8. Participação em cadeia ou participação da participação .....	521
31.8.2.9. Participação em ação alheia .....	521
31.9. Circunstâncias incomunicáveis: o art. 30 do Código Penal .....	522
31.9.1. Distinção entre elementares e circunstâncias .....	522
31.9.2. Espécies de elementares e de circunstâncias .....	523
31.9.3. Condições de caráter pessoal .....	523
31.9.4. As regras do art. 30 do Código Penal .....	523
31.9.5. Elementares personalíssimas e a questão do estado puerperal no infanticídio .....	524
31.10. O excesso no mandato criminal .....	525
31.11. Questões diversas .....	526
31.11.1. Autoria colateral .....	526
31.11.2. Autoria incerta .....	526
31.11.3. Autoria desconhecida .....	528
31.12. Concurso de pessoas e crimes multitudinários .....	528
31.13. Concurso de pessoas e crimes culposos .....	530
31.13.1. Coautoria e crimes culposos .....	530
31.13.2. Participação e crimes culposos .....	531
31.14. Questões .....	531

### Parte III

#### TEORIA GERAL DA PENA

32. PENA: ASPECTOS GERAIS .....	537
32.1. Sanção penal .....	537
32.2. Conceito .....	537
32.3. Princípios .....	538
32.4. Teorias e finalidades .....	540
32.4.1. Teoria absoluta e finalidade retributiva .....	541
32.4.2. Teoria relativa e finalidades preventivas .....	542
32.4.3. Teoria mista ou unificadora e dupla finalidade: retribuição e prevenção .....	544
32.5. Função social da pena .....	545

32.6. Fundamentos da pena .....	545
32.7. Cominação das penas .....	546
32.8. Classificação das penas .....	547
32.8.1. Quanto ao bem jurídico do condenado atingido pela pena .....	547
32.8.2. Quanto ao critério constitucional .....	548
32.8.3. Quanto ao critério adotado pelo Código Penal .....	548
32.9. Abolicionismo penal .....	549
32.10. Justiça restaurativa .....	551
32.11. Teoria das janelas quebradas (“broken windows theory”) .....	553
32.12. Questão .....	554
33. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE .....	557
33.1. Conceito .....	558
33.2. Espécies .....	558
33.3. Regimes penitenciários .....	558
33.4. Fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade .....	558
33.4.1. Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e crimes hediondos ou equiparados .....	559
33.5. Competência para execução da pena privativa de liberdade .....	560
33.6. Jurisdicionalização da execução penal .....	560
33.7. Pena de reclusão .....	560
33.8. Pena de detenção .....	562
33.9. Pena de prisão simples .....	563
33.10. Diferenças entre reclusão e detenção .....	563
33.11. Pena privativa de liberdade aplicada no mínimo legal e regime prisional mais rigoroso .....	564
33.12. Impossibilidade de modificação, pelo juízo da execução, do regime prisional equivocadamente fixado na decisão condenatória .....	565
33.13. Obrigatoriedade de prévia execução das penas mais graves .....	565
33.14. Progressão de regimes .....	565
33.14.1. Proibição da progressão “por saltos” .....	567
33.14.2. Progressão e crimes contra a Administração Pública .....	568
33.14.3. Progressão e crimes hediondos ou equiparados .....	568
33.14.4. Requisito temporal para progressão em caso de execução conjunta por crime hediondo e crime comum .....	571

33.14.5. Progressão e nova condenação .....	572
33.14.6. Processamento do pedido de progressão .....	573
33.14.7. Progressão e prática de falta grave .....	575
33.14.8. Progressão e <i>habeas corpus</i> .....	576
33.14.9. Progressão e vinculação com o crime organizado .....	576
33.14.10. Progressão de regime prisional, condenado estrangeiro e processo de expulsão em trâmite .....	576
33.15. Regressão .....	579
33.15.1. Regressão “por saltos” .....	582
33.15.2. Regressão a regime mais grave do que o fixado na sentença condenatória .....	582
33.15.3. Regressão cautelar .....	583
33.16. Execução provisória .....	583
33.16.1. Execução provisória e réu em liberdade .....	585
33.16.2. Execução provisória de penas restritivas de direitos .....	586
33.16.3. Execução provisória e prisão especial .....	586
33.17. Autorizações de saída .....	586
33.17.1. Permissão de saída .....	586
33.17.2. Saída temporária .....	587
33.17.2.1. Saída temporária e monitoração eletrônica ....	589
33.17.2.2. Saídas temporárias automatizadas .....	589
33.18. Regras do regime fechado .....	590
33.18.1. Local de cumprimento da pena .....	592
33.18.2. Regime disciplinar diferenciado (RDD) .....	593
33.19. Regras do regime semiaberto .....	596
33.19.1. Falta de vagas no regime semiaberto .....	596
33.20. Regras do regime aberto .....	597
33.20.1. Regime aberto e prestação de serviços à comunidade ....	598
33.20.2. Legislação local .....	599
33.20.3. Prisão albergue domiciliar .....	599
33.20.4. Regime aberto e ausência de Casa do Albergado .....	601
33.20.4.1. Prisão domiciliar e monitoração eletrônica ....	602
33.20.5. Regime aberto e crimes militares .....	602
33.21. Regime especial .....	603
33.21.1. Execução penal, mães presas e filhos recém-nascidos ....	603
33.22. Direitos do preso .....	604

33.22.1. A questão da visita íntima .....	604
33.22.2. Limitação ao uso de algemas .....	605
33.23. Trabalho do preso .....	606
33.24. Legislação especial .....	607
33.25. Remição .....	607
33.25.1. Prática de falta grave e perda dos dias remidos .....	609
33.25.1.1. Perda dos dias remidos e proporcionalidade .....	610
33.25.2. Ausência de trabalho por inexistência de condições no estabelecimento prisional .....	611
33.25.3. Estudo e remição .....	611
33.26. Detração penal .....	611
33.26.1. Competência para aplicação da detração penal .....	612
33.26.2. Detração penal e penas restritivas de direitos .....	612
33.26.3. Detração penal e pena de multa .....	612
33.26.4. Detração penal e suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade ( <i>sursis</i> ) .....	613
33.26.5. Detração penal e prescrição .....	613
33.26.6. Detração penal e regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade .....	614
33.26.7. Detração penal e prisão provisória em outro processo ...	614
33.27. Questões .....	615
34. APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE .....	619
34.1. Conceito .....	619
34.2. Pressuposto .....	620
34.3. Sistemas ou critérios para aplicação da pena .....	620
34.4. Elementares e circunstâncias .....	621
34.4.1. Classificação das circunstâncias .....	622
34.5. Agravantes genéricas e causas de aumento da pena .....	623
34.6. Causas de aumento da pena e qualificadoras .....	623
34.7. Atenuantes genéricas e causas de diminuição da pena .....	623
34.8. O critério trifásico .....	624
34.9. A primeira fase da dosimetria da pena: fixação da pena-base .....	626
34.9.1. Culpabilidade .....	629
34.9.2. Antecedentes .....	630
34.9.3. Conduta social .....	631
34.9.4. Personalidade do agente .....	632

34.9.5. Motivos do crime .....	632
34.9.6. Circunstâncias do crime .....	632
34.9.7. Consequências do crime .....	633
34.9.8. Comportamento da vítima .....	633
34.10. A segunda fase da dosimetria da pena: agravantes e atenuantes genéricas .....	633
34.10.1. Reincidência (art. 61, I, do CP) .....	636
34.10.1.1. Introdução .....	636
34.10.1.2. Conceito .....	637
34.10.1.3. Requisitos .....	637
34.10.1.4. Natureza jurídica .....	640
34.10.1.5. Prova da reincidência .....	640
34.10.1.6. Espécies .....	641
34.10.1.7. Validade da condenação anterior para fins de reincidência .....	642
34.10.1.8. Extinção da punibilidade do crime anterior ....	643
34.10.1.9. Terminologias: reincidente, primário e tecnicamente primário .....	643
34.10.1.10. Efeitos da reincidência .....	644
34.10.1.11. Crimes militares próprios, crimes políticos e a reincidência .....	645
34.10.1.12. Reincidência e maus antecedentes .....	646
34.10.2. Ter o agente cometido o crime (art. 61, II, do CP) .....	646
34.10.2.1. Por motivo fútil ou torpe (alínea "a") .....	646
34.10.2.2. Para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime (alínea "b") .....	647
34.10.2.3. À traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido (alínea "c") ..	648
34.10.2.4. Com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum (alínea "d") .	648
34.10.2.5. Contra descendente, ascendente, irmão ou cônjuge (alínea "e") .....	649
34.10.2.6. 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 (alínea "f") .....	650
34.10.2.7. Com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão (alínea "g") .....	651

34.10.2.8. Contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida (alínea “h”) .....	652
34.10.2.9. Quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade (alínea “i”) .....	652
34.10.2.10. Em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido (alínea “j”) .....	653
34.10.2.11. Em estado de embriaguez preordenada (alínea “j”) .....	653
34.10.3. Agravantes no concurso de pessoas (art. 62 do CP) .....	653
34.10.3.1. Promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes (inciso I) .....	654
34.10.3.2. Coage ou induz outrem à execução material do crime (inciso II) .....	654
34.10.3.3. Instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal (inciso III) ..	655
34.10.3.4. Executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa (inciso IV) ..	655
34.10.4. Atenuantes genéricas (arts. 65 e 66 do CP) .....	655
34.10.4.1. Ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença (inciso I) .....	655
34.10.4.2. O desconhecimento da lei (inciso II) .....	657
34.10.4.3. Ter o agente (inciso III) .....	657
34.10.4.4. Atenuantes inominadas (art. 66 do CP) .....	661
34.10.5. Concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas .....	662
34.10.5.1. Concurso entre reincidência e confissão espontânea .....	663
34.11. A terceira fase da dosimetria da pena: causas de aumento (majorantes) e de diminuição (minorantes) .....	663
34.12. Questões .....	665
35. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS .....	669
35.1. Conceito .....	669
35.2. Espécies .....	670
35.3. Natureza jurídica .....	670
35.4. Duração das penas restritivas de direitos .....	671



35.5. Requisitos .....	672
35.5.1. Requisitos objetivos .....	672
35.5.2. Requisitos subjetivos .....	674
35.6. Crimes hediondos e equiparados e penas restritivas de direitos ...	675
35.6.1. A problemática relacionada ao tráfico de drogas .....	676
35.7. Violência doméstica ou familiar contra a mulher e pena restritiva de direitos .....	677
35.8. Penas restritivas de direitos e crimes militares .....	677
35.9. Momento da substituição .....	677
35.10. Regras da substituição .....	678
35.11. Reconversão obrigatória da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade .....	679
35.11.1. Reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade e princípio da boa-fé objetiva .....	680
35.12. Reconversão facultativa da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade .....	681
35.13. Início da execução das penas restritivas de direitos .....	681
35.14. Penas restritivas de direitos em espécie .....	682
35.14.1. Classificação .....	682
35.14.2. Prestação pecuniária .....	682
35.14.2.1. Prestação pecuniária e pena de multa: distinções .....	685
35.14.3. Perda de bens e valores .....	685
35.14.3.1. Perda de bens e valores e confisco como efeito da condenação: distinções .....	686
35.14.4. Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas .....	686
35.14.4.1. Execução da prestação de serviços à comunidade .....	688
35.14.4.2. Prestação de serviços à comunidade e trabalhos forçados .....	688
35.14.4.3. Prestação de serviços à comunidade e crimes ambientais .....	689
35.14.4.4. Ausência de local adequado para execução da prestação de serviços à comunidade .....	689
35.14.5. Interdição temporária de direitos .....	689
35.14.5.1. Proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo .....	690

35.14.5.2. Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público .....	691
35.14.5.3. Suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo .....	691
35.14.5.4. Proibição de frequentar determinados lugares .....	692
35.14.6. Limitação de fim de semana .....	693
35.15. Questões .....	694
36. PENA DE MULTA .....	697
36.1. Conceito .....	697
36.2. Fundo Penitenciário .....	697
36.3. Critério adotado para a pena de multa .....	698
36.4. Aplicação da pena de multa .....	698
36.5. Valor ineficaz da pena de multa .....	700
36.6. Multa excessiva .....	700
36.7. Multa irrisória .....	700
36.8. Pagamento voluntário da multa .....	700
36.9. Execução da pena de multa .....	701
36.10. Causas suspensivas e interruptivas da prescrição da pena de multa .....	703
36.11. Pena de multa e <i>habeas corpus</i> .....	703
36.12. Multa e correção monetária .....	704
36.13. Suspensão da execução da multa .....	704
36.14. Multa substitutiva .....	704
36.15. Súmula 171 do Superior Tribunal de Justiça .....	705
36.16. Pena de multa na Lei de Drogas .....	705
36.17. Pena de multa e violência doméstica e familiar contra a mulher .....	706
36.18. Questões .....	707
37. CONCURSO DE CRIMES .....	709
37.1. Conceito .....	709
37.2. Espécies .....	709
37.3. Sistemas de aplicação da pena no concurso de crimes .....	710
37.3.1. Sistema do cúmulo material .....	710
37.3.2. Sistema da exasperação .....	710

37.3.3. Sistema da absorção .....	710
37.4. Concurso material .....	711
37.4.1. Conceito e dispositivo legal .....	711
37.4.2. Espécies .....	712
37.4.3. Momento adequado para a soma das penas .....	712
37.4.4. Imposição cumulativa de penas de reclusão e detenção .....	712
37.4.5. Cumulação de pena privativa de liberdade com restritiva de direitos .....	712
37.4.6. Cumprimento sucessivo ou simultâneo de penas restritivas de direitos .....	713
37.4.7. Concurso material de crimes e concessão de fiança .....	713
37.4.8. Concurso material e suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/1995) .....	713
37.5. Concurso formal .....	713
37.5.1. Conceito e dispositivo legal .....	713
37.5.2. Espécies .....	714
37.5.2.1. Homogêneo e heterogêneo .....	714
37.5.2.2. Perfeito e imperfeito .....	714
37.5.3. Aplicação da pena no concurso formal .....	715
37.5.4. Concurso material benéfico .....	716
37.5.5. Teorias sobre o concurso formal .....	717
37.6. Crime continuado .....	717
37.6.1. Conceito e dispositivo legal .....	717
37.6.2. Origem histórica .....	718
37.6.3. Natureza jurídica .....	718
37.6.4. Requisitos do crime continuado .....	719
37.6.4.1. Pluralidade de condutas .....	719
37.6.4.2. Pluralidade de crimes da mesma espécie .....	720
37.6.4.3. Conexão temporal .....	721
37.6.4.4. Conexão espacial .....	721
37.6.4.5. Conexão modal .....	721
37.6.4.6. Conexão ocasional .....	722
37.6.4.7. Crime continuado e unidade de designio .....	722
37.6.5. Espécies de crime continuado e dosimetria da pena .....	723
37.6.6. Concurso material benéfico .....	725
37.6.7. Crime continuado e conflito de leis no tempo .....	725
37.6.8. Crime continuado e prescrição .....	725

37.6.9. Crime continuado e suspensão condicional do processo	726
37.6.10. Crime continuado e crime habitual: diferenças	727
37.7. Multa no concurso de crimes	727
37.8. Apontamentos diversos sobre o concurso de crimes	728
37.8.1. Concurso de crimes moderado ou limitado	728
37.8.2. Concurso de concursos de crimes ou concorrência de concursos	728
37.8.3. Concurso de crimes e competência dos Juizados Especiais Criminais	729
37.8.4. Concurso entre crimes e contravenções penais	729
37.9. Questões	729
38. LIMITE DAS PENAS	733
38.1. Introdução	733
38.2. Fundamentos	734
38.3. Unificação de penas	734
38.4. Competência para unificação das penas	735
38.5. Nova condenação e unificação das penas	735
38.6. Fuga do réu e cumprimento da pena unificada	736
39. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA	737
39.1. Origem histórica	737
39.2. Sistemas	738
39.3. Conceito	738
39.4. Natureza jurídica	739
39.5. Requisitos	739
39.5.1. Requisitos objetivos	740
39.5.2. Requisitos subjetivos	741
39.6. Momento adequado para concessão do <i>sursis</i>	742
39.7. Espécies de <i>sursis</i>	742
39.8. Condições	743
39.9. <i>Sursis</i> incondicionado	743
39.10. Período de prova	744
39.11. Fiscalização das condições impostas durante o período de prova	745
39.12. Revogação	745
39.12.1. Revogação obrigatória	746

39.12.2. Revogação facultativa .....	747
39.12.3. Revogação do <i>sursis</i> e do livramento condicional .....	748
39.13. Revogação do <i>sursis</i> e prévia oitiva do condenado .....	749
39.14. Revogação obrigatória do <i>sursis</i> pela condenação irrecurível por crime doloso durante o curso do prazo e término do período de prova .....	749
39.15. Cassação do <i>sursis</i> .....	750
39.16. <i>Sursis</i> sucessivos .....	750
39.17. <i>Sursis</i> simultâneos .....	750
39.18. Prorrogação do período de prova .....	751
39.19. Término do período de prova e possibilidade de sua prorrogação e revogação do benefício .....	752
39.20. Extinção da pena .....	752
39.21. <i>Sursis</i> e crimes hediondos ou equiparados .....	752
39.22. <i>Sursis</i> para estrangeiros que estejam no Brasil em caráter temporário .....	753
39.23. <i>Sursis</i> e suspensão dos direitos políticos .....	754
39.24. <i>Sursis</i> e <i>habeas corpus</i> .....	754
39.25. <i>Sursis</i> e detração penal .....	754
39.26. <i>Sursis</i> e indulto .....	755
39.27. <i>Sursis</i> e regime penitenciário .....	755
39.28. Questões .....	756
40. LIVRAMENTO CONDICIONAL .....	759
40.1. Evolução histórica .....	759
40.2. Conceito .....	759
40.3. Natureza jurídica .....	760
40.4. Diferenças com o <i>sursis</i> .....	760
40.5. Juízo competente para concessão do livramento condicional .....	762
40.6. Egresso .....	762
40.7. Requisitos .....	762
40.7.1. Requisitos objetivos .....	762
40.7.2. Requisitos subjetivos .....	765
40.8. Rito do livramento condicional .....	768
40.9. Condições .....	770
40.10. Revogação do livramento condicional .....	771

40.10.1. Revogação obrigatória .....	771
40.10.1.1. Inciso I .....	772
40.10.1.2. Inciso II .....	773
40.10.2. Revogação facultativa .....	774
40.11. Suspensão do livramento condicional .....	775
40.12. Prorrogação do período de prova .....	776
40.13. Extinção da pena .....	778
40.14. Questões diversas sobre livramento condicional .....	778
40.14.1. Livramento condicional insubsistente .....	778
40.14.2. Livramento condicional e <i>habeas corpus</i> .....	779
40.14.3. Livramento condicional humanitário .....	779
40.14.4. Livramento condicional cautelar .....	779
40.14.5. Livramento condicional para estrangeiros que estejam no Brasil em caráter temporário .....	780
40.15. Questões .....	781
41. EFEITOS DA CONDENAÇÃO .....	783
41.1. Introdução .....	783
41.2. Pressuposto .....	783
41.3. Divisão dos efeitos da condenação .....	784
41.3.1. Efeitos principais .....	784
41.3.2. Efeitos secundários .....	784
41.3.2.1. Efeitos secundários de natureza penal .....	784
41.3.2.2. Efeitos secundários de natureza extrapenal pre- vistas no Código Penal .....	785
41.4. Efeitos da condenação previstos fora do Código Penal .....	793
41.4.1. Suspensão dos direitos políticos .....	793
41.4.2. Perda do mandato do Deputado Federal ou Senador .....	793
41.4.3. Rescisão contratual na Justiça do Trabalho .....	794
41.4.4. Lei de Licitações .....	794
41.4.5. Lei de Falências .....	794
41.4.6. Lei de Tortura .....	795
41.4.7. Lei de Drogas .....	795
41.4.8. Crimes resultantes de preconceitos de raça e de cor .....	795
41.5. Quadro esquemático .....	796
41.6. Questões .....	796



42. REABILITAÇÃO .....	799
42.1. Conceito .....	799
42.2. Origem histórica .....	799
42.3. Natureza jurídica .....	800
42.4. Modalidades de reabilitação no Código Penal .....	800
42.4.1. Sigilo das condenações: art. 93, <i>caput</i> , parte final .....	800
42.4.2. Efeitos secundários de natureza extrapenal e específicos da condenação: art. 93, parágrafo único .....	801
42.4.2.1. Perda de cargo, função pública ou mandato eletivo .....	801
42.4.2.2. Incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela .....	802
42.4.2.3. Inabilitação para dirigir veículo .....	802
42.5. Reabilitação e reincidência .....	802
42.6. Pressuposto e requisitos da reabilitação .....	803
42.6.1. Pressuposto .....	803
42.6.2. Requisitos .....	803
42.6.2.1. Requisitos objetivos .....	803
42.6.2.2. Requisitos subjetivos .....	805
42.7. Pedido de reabilitação .....	805
42.8. Revogação da reabilitação .....	806
42.9. Reabilitação e <i>habeas corpus</i> .....	806
42.10. Questões .....	807
43. MEDIDAS DE SEGURANÇA .....	809
43.1. Conceito .....	809
43.2. Distinções entre pena e medida de segurança .....	810
43.3. Princípios das medidas de segurança .....	811
43.3.1. Legalidade .....	811
43.3.2. Anterioridade .....	811
43.3.3. Jurisdicionalidade .....	811
43.4. Requisitos para aplicação .....	811
43.5. Conceito de periculosidade .....	812
43.6. Espécies de periculosidade .....	812
43.7. Aplicação da medida de segurança .....	813
43.8. Espécies de medidas de segurança .....	814
43.9. Prazo mínimo da medida de segurança .....	815

43.10. Prazo máximo da medida de segurança .....	815
43.11. Execução das medidas de segurança .....	817
43.12. Medida de segurança provisória ou preventiva .....	819
43.13. Conversão do tratamento ambulatorial para internação .....	820
43.14. Desinternação progressiva .....	820
43.15. Conversão da pena em medida de segurança .....	821
43.16. Direitos do internado .....	822
43.17. Medidas de segurança na Lei de Drogas .....	823
43.18. Adolescente infrator e medidas de segurança .....	823
43.19. Questões .....	824
44. AÇÃO PENAL .....	827
44.1. Introdução .....	827
44.2. Conceito .....	827
44.3. Características .....	828
44.4. Classificação da ação penal .....	828
44.4.1. Divisão com base na tutela jurisdicional invocada .....	828
44.4.2. Divisão subjetiva .....	829
44.5. Condições da ação penal .....	829
44.5.1. Condições genéricas .....	829
44.5.1.1. Possibilidade jurídica do pedido .....	829
44.5.1.2. Legitimidade <i>ad causam</i> ou legitimidade para agir .....	830
44.5.1.3. Interesse processual .....	830
44.5.1.4. Justa causa .....	831
44.5.2. Condições específicas ou condições de procedibilidade ..	832
44.6. Ação penal pública .....	833
44.6.1. Princípios .....	833
44.6.2. Ação penal pública incondicionada .....	835
44.6.3. Ação penal pública condicionada .....	835
44.6.3.1. Representação do ofendido e requisição do Ministro da Justiça: natureza jurídica .....	835
44.6.3.2. Representação do ofendido .....	836
44.7. Ação penal privada .....	841
44.7.1. Prazo .....	842
44.7.2. Princípios .....	842
44.7.3. Espécies .....	844





44.7.3.1. Ação penal exclusivamente privada ou ação penal privada propriamente dita .....	844
44.7.3.2. Ação penal privada personalíssima .....	844
44.7.3.3. Ação penal privada subsidiária da pública .....	844
44.7.3.4. Ação penal privada concorrente .....	845
44.8. Ação penal nos crimes complexos .....	846
44.9. Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual: crimes contra a liberdade sexual e crimes sexuais contra vulnerável .....	846
44.10. Ação penal e crime de lesão corporal praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher .....	848
44.11. Questões .....	850
45. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE .....	853
45.1. Introdução .....	853
45.2. O art. 107 do Código Penal .....	854
45.3. Momento de ocorrência: antes ou depois do trânsito em julgado da condenação .....	855
45.4. Efeitos .....	855
45.5. Extinção da punibilidade nos crimes acessórios, complexos e conexos .....	856
45.6. Análise do art. 107 do Código Penal .....	857
45.6.1. Morte do agente (inciso I) .....	857
45.6.2. Anistia, graça e indulto (inciso II) .....	858
45.6.2.1. Anistia .....	858
45.6.2.2. Graça .....	860
45.6.2.3. Indulto .....	861
45.6.3. <i>Abolitio criminis</i> (inciso III) .....	863
45.6.4. Prescrição, decadência e preempção (inciso IV) .....	864
45.6.4.1. Prescrição .....	864
45.6.4.2. Decadência .....	864
45.6.4.3. Preempção .....	866
45.6.5. Renúncia ao direito de queixa ou perdão aceito nos crimes de ação privada (inciso V) .....	868
45.6.5.1. Renúncia ao direito de queixa .....	868
45.6.5.2. Perdão aceito .....	869
45.6.6. Retratação do agente, nos casos em que a lei a admite (inciso VI) .....	870
45.6.7. Inciso VII – Revogado pela Lei 11.106/2005 .....	871

45.6.8. Inciso VIII – Revogado pela Lei 11.106/2005 .....	872
45.6.9. Perdão judicial (inciso IX) .....	872
45.6.9.1. Introdução .....	872
45.6.9.2. Natureza jurídica .....	873
45.6.9.3. Aplicabilidade .....	874
45.6.9.4. Incomunicabilidade .....	874
45.6.9.5. Natureza jurídica da sentença concessiva do perdão judicial .....	874
45.6.9.6. Distinção entre perdão judicial e escusas abso- lutórias .....	876
45.6.9.7. Distinção entre perdão judicial e perdão do ofendido .....	877
45.7. Questões .....	877
46. PRESCRIÇÃO .....	881
46.1. Introdução .....	881
46.2. Origem histórica .....	882
46.3. Conceito .....	882
46.4. Fundamentos .....	883
46.5. Natureza jurídica .....	884
46.6. Alocação .....	884
46.7. Imprescritibilidade penal .....	885
46.8. Diferenças entre prescrição e decadência .....	887
46.9. Espécies de prescrição .....	887
46.9.1. Introdução .....	887
46.9.2. Efeitos da prescrição e competência para sua declaração ....	888
46.10. Prescrição da pena privativa de liberdade .....	889
46.10.1. Prescrição da pretensão punitiva propriamente dita ou prescrição da ação penal .....	889
46.10.1.1. Dispositivo legal .....	889
46.10.1.2. Fundamento .....	890
46.10.1.3. Cálculo .....	890
46.10.1.4. Termo inicial .....	895
46.10.1.5. Termo inicial da prescrição da pretensão punitiva e regra especial da Lei de Falências .....	897
46.10.1.6. Causas interruptivas .....	897
46.10.1.7. Comunicabilidade das causas interruptivas da prescrição da pretensão punitiva .....	901

46.10.1.8. Causa especial de interrupção da prescrição da pretensão punitiva nos crimes falimentares ....	902
46.10.1.9. Causas impeditivas .....	902
46.10.1.10. Natureza do rol das causas impeditivas e suspensivas previstas no Código Penal .....	904
46.10.1.11. Causas impeditivas e suspensivas da prescrição da pretensão punitiva previstas fora do Código Penal .....	904
46.10.2. Prescrição superveniente, intercorrente ou subsequente ..	905
46.10.2.1. Conceito .....	905
46.10.2.2. Cálculo .....	905
46.10.2.3. Termo inicial .....	906
46.10.2.4. Motivos para sua ocorrência .....	906
46.10.2.5. Momento adequado para o seu reconhecimento .....	907
46.10.2.6. Redução da pena imposta pela sentença e pendência de recurso da acusação .....	907
46.10.3. Prescrição retroativa .....	907
46.10.3.1. Origem .....	907
46.10.3.2. Cálculo .....	908
46.10.3.3. Termo inicial .....	909
46.10.3.4. Momento adequado para o seu reconhecimento .....	911
46.10.4. Prescrição da pretensão executória ou prescrição da condenação .....	912
46.10.4.1. Conceito .....	912
46.10.4.2. Forma de contagem .....	912
46.10.4.3. Termo inicial .....	913
46.10.4.4. Causas interruptivas .....	914
46.10.4.5. Incomunicabilidade das causas interruptivas da prescrição da pretensão executória .....	915
46.10.4.6. Causa impeditiva da prescrição da pretensão executória .....	916
46.10.4.7. Prescrição da pretensão executória e indulto .....	916
46.10.5. Prescrição virtual, projetada, antecipada, prognóstica ou retroativa em perspectiva .....	916
46.11. Prescrição das penas restritivas de direitos .....	919
46.12. Prescrição e detração penal .....	920
46.13. Prescrição das medidas de segurança .....	921
46.14. Prescrição e absorção de penas .....	922

46.15. Prescrição no concurso de crimes .....	922
46.16. Prescrição da pena de multa .....	924
46.17. Prescrição na legislação penal especial .....	925
46.17.1. Lei de Drogas – Lei 11.343/2006 .....	925
46.17.2. Código Penal Militar – Decreto-lei 1.001/1969 .....	926
46.17.3. Prescrição e Estatuto da Criança e do Adolescente .....	926
46.18. Falta grave na Lei de Execução Penal e prescrição de infração disciplinar .....	926
46.19. Questões .....	927
BIBLIOGRAFIA .....	931
GABARITOS .....	943

PARTE I  
TEORIA GERAL DO DIREITO PENAL



## DIREITO PENAL: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Sumário: 1.1. Conceito de Direito Penal – 1.2. Alocação na Teoria Geral do Direito – 1.3. Nomenclatura – 1.4. Características do Direito Penal – 1.5. Criminalização primária e criminalização secundária. Seletividade e vulnerabilidade no Direito Penal – 1.6. Relações do Direito Penal com outros ramos do Direito: 1.6.1. Com o Direito Processual Penal; 1.6.2. Com o Direito Constitucional; 1.6.3. Com o Direito Administrativo; 1.6.4. Com o Direito Civil; 1.6.5. Com o Direito Internacional – 1.7. Funções do Direito Penal: 1.7.1. Direito Penal como proteção de bens jurídicos; 1.7.2. Direito Penal como instrumento de controle social; 1.7.3. Direito Penal como garantia; 1.7.4. Função ético-social do Direito Penal; 1.7.5. Função simbólica do Direito Penal; 1.7.6. Função motivadora do Direito Penal; 1.7.7. Função de redução da violência estatal; 1.7.8. Função promocional do Direito Penal – 1.8. A ciência do Direito Penal: 1.8.1. Introdução; 1.8.2. Dogmática penal; 1.6.3. Política criminal; 1.8.4. Criminologia – 1.9. Divisões do Direito Penal: 1.9.1. Direito Penal fundamental ou Direito Penal primário; 1.9.2. Direito Penal complementar ou Direito Penal secundário; 1.9.3. Direito Penal comum; 1.9.4. Direito Penal especial; 1.9.5. Direito Penal geral; 1.9.6. Direito Penal local; 1.9.7. Direito Penal objetivo; 1.9.8. Direito Penal subjetivo; 1.9.9. Direito Penal material; 1.9.10. Direito Penal formal – 1.10. Fontes do Direito Penal: 1.10.1. Introdução; 1.10.2. Fontes materiais, substanciais ou de produção; 1.10.3. Fontes formais, cognitivas ou de conhecimento – 1.11. Questões.

### 1.1. CONCEITO DE DIREITO PENAL

Direito Penal é o conjunto de princípios e leis destinados a combater o crime e a contravenção penal, mediante a imposição de sanção penal. Na lição de Aníbal Bruno:

O conjunto das normas jurídicas que regulam a atuação estatal nesse combate contra o crime, através de medidas aplicadas aos criminosos, é o Direito Penal. Nele se definem os fatos puníveis e se cominam as respectivas sanções – os dois grupos dos seus componentes essenciais, tipos penais e sanções. É um Direito que se distingue entre os outros pela gravidade das sanções que impõe e a severidade de sua estrutura, bem definida e rigorosamente delimitada.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. I, p. 11-12.

## 1.2. ALOCAÇÃO NA TEORIA GERAL DO DIREITO

Cuida-se de ramo do Direito Público, por ser composto de regras indisponíveis e obrigatoriamente impostas a todas as pessoas. Além disso, o Estado é o titular exclusivo do direito de punir e figura como sujeito passivo constante nas relações jurídico-penais.

## 1.3. NOMENCLATURA

Discute-se em seara doutrinária a terminologia mais adequada. Deve-se falar em Direito Penal ou em Direito Criminal?

A expressão **Direito Penal** induz à ideia de pena, de um direito inerente exclusivamente à pena. Por outro lado, **Direito Criminal** traz à tona um direito relativo ao crime.

Alega-se a insuficiência da denominação Direito Penal, uma vez que não abrangeria a medida de segurança, uma das espécies de sanção penal. Destarte, seria mais coerente falar em Direito Criminal, mais abrangente, porque enfatiza o crime, e não diretamente a pena. Foi a opção adotada pelo Código Criminal do Império de 1830.

Como crime e pena guardam estreita relação, ambas as denominações são aceitáveis. Contudo, é manifesta a preferência por Direito Penal, não só no Brasil, mas também em outros países.<sup>2</sup>

Atualmente, todavia, afigura-se mais apropriado falar em **Direito Penal**, pois o Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei ordinária, instituiu o Código Penal em vigor.<sup>3</sup> Para Basileu Garcia: “E forte motivo de ordem prática nos submete ao critério dominante. Possuímos um Código Penal, não um Código Criminal. Deve ser aceito, pois, para título da matéria, o sugerido pela lei positiva”<sup>4</sup>

Se não bastasse, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 22, I, adotou também a expressão **Direito Penal**.

## 1.4. CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL

Sustentava Magalhães Noronha: “é o Direito Penal ciência cultural normativa, valorativa e finalista”<sup>5</sup>

<sup>2</sup> É o caso de *Derecho Penal*, na Espanha e na Argentina, de *Droit Pénal*, na França, e de *Diritto Penale*, na Itália.

<sup>3</sup> O Código Penal é também chamado de *pergamínio penal*. Essa denominação foi utilizada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nos autos da Apelação Criminal 2006.009105-4, Rel. José Carlos Carstens Köhler, j. 20.03.2007.

<sup>4</sup> GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. 37. tir. São Paulo: Max Limonad, 1975. v. 1, t. 1, p. 7-8.

<sup>5</sup> NORONHA, Edgard. *Direito penal*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 5.

É, em primeiro lugar, uma **ciência**. Suas normas e regras estão sistematizadas por um emaranhado de princípios, que compõem a **dogmática jurídico-penal**.<sup>6</sup>

Além disso, é **cultural**, pois pertence à classe das ciências do “dever ser”, ao contrário das ciências naturais, que cultuam o “ser”.

É **normativa**, porque tem como objeto o estudo da lei penal, ou seja, o Direito positivo.

**Valorativa**, porque estabelece a sua própria escala de valores, a qual varia em conformidade com o fato que lhe dá conteúdo. O Direito Penal valoriza hierarquicamente as suas normas.

Ainda, é **finalista**, uma vez que se preocupa com a proteção de bens jurídicos fundamentais. Sua missão é prática, e não simplesmente teórica ou acadêmica.

Se não bastasse, convém mencionar que o Direito Penal tem natureza **constitutiva** (autônoma, autonomista ou originária), mas também **sancionatória**. Ou, como prefere Zaffaroni, é “predominantemente sancionador e excepcionalmente constitutivo”.<sup>7</sup>

**Sancionador** porque não cria bens jurídicos, mas acrescenta uma proteção penal aos bens jurídicos disciplinados por outras áreas do Direito. O Direito Administrativo, por exemplo, protege os bens públicos, mas o Direito Penal cria diversos crimes contra a Administração Pública para reforçar esta tutela.

Nada obstante, pode ser **constitutivo**, ainda que excepcionalmente, quando protege interesses não regulados em outras áreas do Direito, tais como o uso indevido de drogas e a crueldade contra os animais, indicando a independência do Direito Penal no tocante às demais áreas do Direito.

Destaca-se, ainda, como característica do Direito Penal o seu **caráter fragmentário**, pois não tutela todos os valores ou interesses, mas somente os mais importantes para a manutenção e o desenvolvimento do indivíduo e da sociedade.

## 1.5. CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA E CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA, SELETIVIDADE E VULNERABILIDADE NO DIREITO PENAL

A atividade de criminalização, desempenhada pelo Estado, desenvolve-se em duas etapas, denominadas respectivamente de criminalização primária e criminalização secundária.

<sup>6</sup> Dogmática penal encarada como a visão das leis penais em vigor, o Direito em vigor. É o que ensina CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Estrutura do direito penal*. 2. ed. São Paulo: Jose Bushatsky, 1976. p. 115.

<sup>7</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal*. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1991. p. 57.



**Criminalização primária** é o ato e o efeito de sancionar de uma lei primária material, que incrimina ou permite a punição de determinadas pessoas. Trata-se de ato formal, fundamentalmente programático, pois, quando se estabelece que uma conduta deve ser punida, enuncia-se um programa, o qual deve ser cumprido pelos entes estatais (policías, Ministério Público, Poder Judiciário etc.).

De seu turno, **criminalização secundária** é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas. Verifica-se quando os órgãos estatais detectam um indivíduo, a quem se atribui a prática de um ato primariamente criminalizado, sobre ele recaindo a persecução penal. Para Zaffaroni, a criminalização secundária possui duas características: **seletividade** e **vulnerabilidade**, pois há forte tendência de ser o poder punitivo exercido precipuamente sobre pessoas previamente escolhidas em face de suas fraquezas, a exemplo dos moradores de rua, prostitutas e usuários de drogas.<sup>8</sup>

## 1.6. RELAÇÕES DO DIREITO PENAL COM OUTROS RAMOS DO DIREITO

O Direito é uno. O ordenamento jurídico, com efeito, é composto pelo conjunto de normas e princípios em vigor. Sua divisão em blocos se dá estritamente para fins didáticos.

Dessa forma, o Direito Penal se relaciona com todos os demais ramos jurídicos. Interessam-nos, contudo, somente aqueles mais úteis para o seu estudo técnico e a sua aplicação teórica. Vejamos:

### 1.6.1. Com o Direito Processual Penal

É pelo processo penal que as leis penais se concretizam, servindo de suporte para a sua aplicação.

Praticada uma infração penal, cabe ao Estado identificar o seu autor, a fim de lhe impor a sanção penal correspondente, por meio de regras preestabelecidas, as quais compõem o Direito Processual Penal.

A finalidade precípua do Direito Processual Penal é, portanto, garantir a efetiva e justa incidência ao caso concreto das leis penais objetivas.

Com efeito, as leis penais, mormente as de índole incriminadora, somente podem ser aplicadas com respeito ao devido processo legal: *nulla poena sine iudicio* (CF, art. 5.º, LIV).

Em síntese, o processo é o instrumento adequado para o exercício da jurisdição. O Direito Penal precisa do direito processual, porque este último

<sup>8</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal. Parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 08.

permite verificar, caso a caso, se concorrem os requisitos genéricos do fato punível (conduta, tipicidade, antijuricidade, culpabilidade e punibilidade), assim como os específicos de cada tipo penal.<sup>9</sup>

São tão íntimas as suas relações que o Direito Penal e o Direito Processual Penal disciplinam em conjunto diversas matérias, tais como ação penal, decadência e reabilitação, entre outras.

Em nosso sistema jurídico, os princípios e regras processuais penais estão contidos na Constituição Federal, no Código de Processo Penal e na legislação extravagante.

### 1.6.2. Com o Direito Constitucional

As regras e princípios constitucionais são os **parâmetros de legitimidade** das leis penais e delimitam o **âmbito de sua aplicação**. O Direito Penal deve se harmonizar com as liberdades, as garantias e os direitos estatuidos pela Constituição Federal, pois nela encontram o seu fundamento de validade.

Dessa forma, qualquer lei, penal ou não, elaborada ou aplicada em descompasso com o texto constitucional, não goza de validade. Exemplo: o art. 5.º, XLVII, *a*, da Constituição Federal proíbe, em situação de normalidade, a pena de morte. Consequentemente, o Direito Penal não pode criar ou impor a pena capital, seja por apelo da população, seja a pedido do próprio condenado.

O Direito Penal desempenha **função complementar** das normas constitucionais. Destarte, a tipificação penal do homicídio tem o propósito de resguardar o direito constitucional à vida, o crime de calúnia protege a honra, e assim por diante.

Conclui-se, pois, que a definição de condutas criminosas é válida apenas quando alberga valores constitucionalmente consagrados. É o que se convencionou chamar de **teoria constitucionalista do delito**.

### 1.6.3. Com o Direito Administrativo

Direito Administrativo é o conjunto de normas e princípios que regulam a organização e o funcionamento da Administração Pública, bem como as suas relações com os particulares no exercício das atividades de interesse público.

Os arts. 312 a 359 do Código Penal disciplinam os crimes contra a Administração Pública.

Diversas outras leis também foram editadas para a tutela penal dos interesses da Administração Pública, como é o caso da Lei 8.666/1993 – Lei de Licitações –, e da Lei 8.137/1990 – Crimes contra a Ordem Tributária.

<sup>9</sup> GOMES, Luiz Flávio; PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia; BIANCHINI, Alice. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2007. v. 1, p. 72.

O art. 327 do Código Penal fornece o conceito de funcionário público para fins penais, que não guarda necessária identidade com o conceito apresentado pelo Direito Administrativo.

Essa relação se evidencia com a tarefa de prevenção e investigação de crimes pelas Polícias, bem como com a execução da sanção penal imposta ao condenado em estabelecimentos prisionais, missões reservadas à Administração Pública.

E, como lembra Aníbal Bruno: “Considere-se ainda que, à proporção que a pena for acentuando a sua finalidade de recuperação social do criminoso, mais próximo da ciência da administração irá ficando o Direito Penal”.<sup>10</sup>

De outra banda, o Direito Administrativo se socorre aos conceitos penais de dolo e culpa nas ocorrências dos ilícitos administrativos.

Por derradeiro, merecem destaque as leis penais em branco heterogêneas, em que o preceito primário deve ser complementado por atos administrativos, tal como se dá nos crimes previstos na Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas.

#### 1.6.4. Com o Direito Civil

As leis civis há longa data se relacionam com as leis penais. Nas civilizações antigas, inclusive, confundiam-se entre si. Separaram-se em face da necessidade de especialização, na medida em que as sociedades cresceram e se desenvolveram.

A relação do Direito Penal com o Direito Civil se torna mais nítida quando se trata de crimes contra o patrimônio, em que conceitos como propriedade, posse, detenção e coisa são utilizados pelos dois ramos do Direito.

Também os crimes contra o casamento dependem de conhecimentos referentes a regras inerentes ao Direito de Família.

Se não bastasse, a diferença entre o Direito Penal e o Direito Civil é de grau, e não de essência; é dizer, se o ato ilícito merecer maior reprimenda por violar interesses indispensáveis ao indivíduo ou à sociedade, será cabível a atuação do Direito Penal. Se, contudo, a infração possuir menor gravidade, reserva-se ao Direito Civil a reparação do dano. Essa distinção justifica, inclusive, o princípio da insignificância ou da criminalidade de bagatela.

Anote-se que um mesmo fato pode desencadear a atuação dos dois ramos do Direito. Exemplo: o crime de dano (CP, art. 163) pode ensejar tanto uma sanção penal como também uma reprimenda civil (CC, art. 186).

#### 1.6.5. Com o Direito Internacional

Fala-se atualmente em Direito Penal Internacional e em crimes internacionais, como corolário do desenvolvimento tecnológico e da globalização,

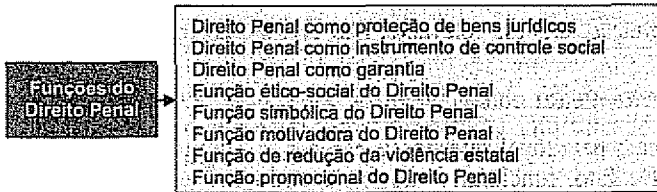
<sup>10</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. I, p. 48.

fatores modernos que permitem um contato próximo e acelerado entre pessoas que estão espacialmente distantes entre si. É o caso do tráfico internacional de armas ou do tráfico internacional de pessoas.

Essa relação se acentua com o estudo do instituto da extradição, pois não raras vezes os criminosos fogem para outro país com a finalidade de evitar a aplicação da lei penal, permanecendo na impunidade, bem como das imunidades diplomáticas e das penas cumpridas no estrangeiro.

## 1.7. FUNÇÕES DO DIREITO PENAL

O Direito Penal não se constitui em disciplina meramente acadêmica. Cuida-se, ao contrário, de importante instrumento para a convivência dos homens em sociedade. Mas não é só. Possui, atualmente, diversas funções. Vejamos as principais:



### 1.7.1. Direito Penal como proteção de bens jurídicos

O Direito Penal tem como função a **proteção de bens jurídicos**, isto é, valores ou interesses reconhecidos pelo Direito e imprescindíveis à satisfação do indivíduo ou da sociedade.<sup>11</sup>

Apenas os interesses **mais relevantes** são erigidos à categoria de bens jurídicos penais, em face do caráter fragmentário e da subsidiariedade do Direito Penal. O legislador **seleciona**, em um Estado Democrático de Direito, os bens especialmente relevantes para a vida social e, por isso mesmo, merecedores da tutela penal.

Dessa forma, a noção de bem jurídico acarreta na realização de um **juízo de valor positivo** acerca de determinado objeto ou situação social e de sua importância para o desenvolvimento do ser humano. E, para coibir e reprimir as condutas lesivas ou perigosas a bens jurídicos fundamentais, a lei penal se utiliza de rigorosas formas de reação, quais sejam, penas e medidas de segurança.

<sup>11</sup> Para uma análise minuciosa do assunto: ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luis Callegari e Nereu Jose Giacomelli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

A proteção de bens jurídicos é a **missão precípua**, que fundamenta e confere legitimidade ao Direito Penal. Em conformidade com a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

O respeito aos bens jurídicos protegidos pela norma penal é, primariamente, interesse de toda a coletividade, sendo manifesta a legitimidade do Poder do Estado para a imposição da resposta penal, cuja efetividade atende a uma necessidade social.<sup>12</sup>

### 1.7.2. Direito Penal como instrumento de controle social

Ao Direito Penal é também reservado o controle social ou a preservação da paz pública, compreendida como a ordem que deve existir em determinada coletividade. Dirige-se a todas as pessoas, embora nem todas elas se envolvam com a prática de infrações penais. Ao contrário, apenas a minoria envereda pelo caminho da criminalidade, seja por questões morais, seja pelo receio de aplicação da lei penal.

Essa função, embora relevante, não tem se mostrado plenamente eficaz.<sup>13</sup>

### 1.7.3. Direito Penal como garantia

Por mais paradoxal que possa parecer, o Direito Penal tem a função de garantia. De fato, funciona como um **escudo** aos cidadãos, uma vez que só pode haver punição caso sejam praticados os fatos expressamente previstos em lei como infração penal. Por esse motivo, Franz von Liszt dizia: “o Código Penal é a Magna Carta do delinquente”.

### 1.7.4. Função ético-social do Direito Penal

Também conhecida como **função criadora** ou **configuradora dos costumes**, tem origem na estreita vinculação existente tradicionalmente entre a matéria penal e os valores éticos fundamentais de uma sociedade.

Busca-se um **efeito moralizador**, almejando assegurar um “mínimo ético” que deve reinar em toda a comunidade.

Sua atuação prática é indiscutível. É o caso das leis penais sobre crimes fiscais e contra o meio ambiente, as quais, sem dúvida alguma, contribuíram para criar uma conscientização e reprovação moral e social acerca destes comportamentos.

O Direito Penal desempenha a **função “educativa”** em relação aos cidadãos, fomentando valores ético-sociais, mesmo no tocante a bens que ainda não tenham sido assumidos pela sociedade como fundamentais.

<sup>12</sup> AgRg no REsp 887.240/MG, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6.ª Turma, j. 26.04.2007.

<sup>13</sup> REALE, Miguel. *Instituições de direito penal – parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1, p. 11.



Discute-se em doutrina se o Estado tem legitimidade para proceder a tarefas educativas com o emprego do Direito Penal, em face do radicalismo da intervenção punitiva. Prevalece o entendimento de que o Estado deve sim educar seus cidadãos, mas não com o emprego do Direito Penal, pois a maturidade moral se alcança pela interação social, e não com estruturas autoritárias de coação.

### 1.7.5. Função simbólica do Direito Penal

A função simbólica é inerente a todas as leis, não dizendo respeito somente às de cunho penal. Não produz efeitos externos, mas somente na mente dos governantes e dos cidadãos.

Em relação aos primeiros, acarreta a sensação de terem feito algo para a proteção da paz pública. No tocante aos últimos, proporciona a falsa impressão de que o problema da criminalidade se encontra sob o controle das autoridades, buscando transmitir à opinião pública a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido.

Manifesta-se, comumente, no direito penal do terror, que se verifica com a inflação legislativa, criando-se exageradamente figuras penais desnecessárias, ou então com o aumento desproporcional e injustificado das penas para os casos pontuais (hipertrofia do Direito Penal).

A função simbólica deve ser afastada, pois, em curto prazo, cumpre funções educativas e promocionais dos programas de governo, tarefa que não pode ser atribuída ao Direito Penal. Além disso, em longo prazo resulta na perda de credibilidade do ordenamento jurídico, bloqueando as suas funções instrumentais.

Como pontuado por Ney Moura Teles: “querer combater a criminalidade com o Direito Penal é querer eliminar a infecção com analgésico”.<sup>14</sup>

### 1.7.6. Função motivadora do Direito Penal

O Direito Penal motiva os indivíduos a não violarem suas normas, mediante a ameaça de imposição cogente de sanção na hipótese de ser lesado ou colocado em perigo determinado bem jurídico. É como se as leis penais dissessem: “não matar”, “não roubar”, “não furtar” etc.

### 1.7.7. Função de redução da violência estatal

O Direito Penal moderno apresenta uma nova finalidade, qual seja, a de reduzir ao mínimo a própria violência estatal, já que a imposição de pena, embora legítima, representa sempre uma agressão aos cidadãos.

<sup>14</sup> TELES, Ney Moura. *Direito penal* – parte geral. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1, p. 46.

Destarte, deve-se buscar de forma constante a incriminação de condutas somente nos casos estritamente necessários, em homenagem ao direito à liberdade constitucionalmente reservado a todas as pessoas.<sup>15</sup>

### 1.7.8. Função promocional do Direito Penal

Para essa teoria, o Direito Penal não deve se preocupar em manter os valores da sociedade em que se insere. Ao revés, destina-se a atuar como instrumento de transformação social.

Não deve o Direito Penal constituir-se em empecilho ao progresso, mas sim em ferramenta que auxilie a dinamizar a ordem social e promover as mudanças estruturais necessárias para a evolução da comunidade.

## 1.8. A CIÊNCIA DO DIREITO PENAL

### 1.8.1. Introdução

O crime, o criminoso e a sanção penal são objeto de estudo de diversas ciências, também denominadas **enciclopédia de ciências penais**.<sup>16</sup>

Não há consenso em doutrina sobre o número e a variedade dessas ciências penais, pois se discute o caráter autônomo de cada uma delas. Por tal motivo, e também por serem as mais importantes para provas e concursos públicos, estudaremos a dogmática, a criminologia e a política criminal.

### 1.8.2. Dogmática penal

A palavra dogmática deriva de “dogma”, pois para o intérprete os princípios e regras ordenados metodicamente pelo Direito Penal são regras absolutas a que deve se vincular.

A dogmática penal tem a missão de conhecer o sentido das normas e princípios jurídico-penais positivos e desenvolver de modo sistemático o conteúdo do Direito Penal. Tem as normas positivas como ponto de partida para solução dos problemas.

O direito é parte componente da cultura humana e deve ser interpretado de modo que lhe permita cumprir as tarefas éticas, sociais e econômicas da atualidade. Nesse sentido, a **dogmática penal é a interpretação, sistematização e aplicação lógico-racional do Direito Penal**.

<sup>15</sup> Por não ser a abordagem minuciosa de propostas internacionais o objetivo da presente obra, indicamos aos interessados a leitura de SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Reimpresión. Barcelona: Bosch, 2002. p. 241-310.

<sup>16</sup> CEREZO MIR, José. *Derecho penal – parte geral*. São Paulo: RT, 2007. p. 91.

Não deve, entretanto, ser confundida com o **dogmatismo**, é dizer, aceitação cega e sem críticas de uma verdade absoluta e imutável, incompatível com a própria ideia de ciência.

### 1.8.3. Política criminal

Cuida-se de ciência independente, que tem por objeto a **apresentação de críticas e propostas para a reforma do Direito Penal em vigor**. Para Basileu Garcia, “constitui uma ponte entre a teoria jurídico-penal e a realidade”.<sup>17</sup>

Visa a análise crítica e metajurídica do direito positivo, no sentido de **ajustá-lo aos ideais jurídico-penais e de justiça**.

Encontra-se intimamente relacionada com a dogmática, uma vez que na interpretação e aplicação da lei penal interferem critérios de política criminal.

Baseia-se em considerações filosóficas, sociológicas e políticas, e também de oportunidade, em sintonia com a realidade social, para propor modificações no sistema penal vigente.

As leis penais são frutos de uma determinada vontade política manifestada pelos cidadãos por intermédio de seus representantes junto aos Poderes do Estado. Na instituição ou adoção de princípios e regras refletidas pelo sistema penal de um povo estão as marcas sensíveis de sua civilização e cultura, razão pela qual pode-se falar em *leis que pegam* e *leis que não pegam* como demonstração da afinidade ou do divórcio entre os interesses dos indivíduos e a vontade do Estado.

A política criminal é o **filtro** para revelar esses fenômenos.

Para Franz von Liszt, compete à Política Criminal fornecer e avaliar os critérios para se apreciar o valor do Direito vigente e revelar qual deve vigorar. Cabe também a ela ensinar-nos a compreender o Direito à luz de considerações extraídas dos fins a que ele se dirige e a aplicá-lo nos casos singulares em atenção a esses fins.

Em suma, essa ciência analisa de forma crítica a dinâmica dos fatos sociais e, comparando-a com o sistema penal vigente, propõe inclusões, exclusões ou mudanças, visando atender o ideal de justiça, colaborando, pois, com a Dogmática Penal.

### 1.8.4. Criminologia

Para Antonio Garcia-Pablos de Molina, a criminologia é uma **ciência empírica e interdisciplinar**, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, e trata

<sup>17</sup> GARCIA, Basileu. Op. cit., p. 37.



de ministrar uma informação válida e contrastada sobre a gênese, dinâmica e variações principais do crime, contemplando-o como problema individual e social, assim como sobre os programas para sua prevenção especial, as técnicas de intervenção positiva no homem delincente e os ~~diversos~~ modelos ou sistemas de resposta ao delito.<sup>18</sup>

Ocupa-se das circunstâncias humanas e sociais relacionadas com o surgimento, a prática e a maneira de evitar o crime, assim como do tratamento dos criminosos. Para a maioria dos autores, Lombroso foi o fundador da criminologia moderna.<sup>19</sup>

O Direito Penal se dedica ao estudo das consequências jurídicas do delito. A Criminologia, por seu turno, preocupa-se com os aspectos sintomáticos, individuais e sociais do crime e da criminalidade, isto é, aborda cientificamente os fatores que podem conduzir o homem ao crime.

Ao fornecer informações sobre o delincente, o delito, a vítima e o controle social (objetos da Criminologia), ela contribui com o estudo das causas do crime.

O Direito Penal é uma disciplina normativa que declara “o que deve ser”. Por sua vez, a Criminologia é uma ciência empírica que estuda “o que é”.

## 1.9. DIVISÕES DO DIREITO PENAL

### 1.9.1. Direito Penal fundamental ou Direito Penal primário

Engloba o conjunto de normas e princípios gerais, aplicáveis inclusive às leis penais especiais, desde que estas não possuam disposição expressa em sentido contrário (art. 12 do Código Penal). É composto pelas normas da Parte Geral do Código Penal e, excepcionalmente, por algumas de amplo conteúdo, previstas na Parte Especial, como é o caso do conceito de domicílio (art. 150, §§ 4.º e 5.º) e de funcionário público (art. 327).

Essa denominação, amplamente aceita pela doutrina, já foi utilizada inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça:

O Direito Penal reúne o Código Penal e as leis especiais. O Código, por sua vez, é a matriz dessa área jurídica, denominado, por isso, de direito penal fundamental, válido para todo o Direito Penal, a não ser que lei especial disponha diferentemente.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia. *Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos*. 6. ed. Santiago: LexisNexis, 2008. p. 1.

<sup>19</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: Aproximación desde un margen*. Tercera reimpressão. Bogotá: Temis, 2003. p. 99.

<sup>20</sup> REsp 71.521/MG, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6.ª Turma, j. 19.12.1996.

### **1.9.2. Direito Penal complementar ou Direito Penal secundário**

É o conjunto de normas que integram o acervo da legislação penal extravagante. Exemplos: Lei 9.455/1997 (crimes de tortura), Lei 8.137/1990 (crimes de sonegação fiscal), Lei 4.898/1965 (crimes de abuso de autoridade), Lei 7.492/1986 (crimes contra o sistema financeiro nacional), entre tantas outras.

### **1.9.3. Direito Penal comum**

Aplica-se indistintamente a todas as pessoas. É o caso do Código Penal, e também de diversas leis especiais, tais como o Decreto-lei 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais), a Lei 1.521/1951 (Crimes contra a Economia Popular) e a Lei 11.343/2006 (Drogas), etc., sujeitos à aplicação pela Justiça Comum.

### **1.9.4. Direito Penal especial**

Aplica-se apenas às pessoas que preenchem certas condições legalmente exigidas. Exemplo: Código Penal Militar (Decreto-lei 1.001/1969), Lei 1.079/1950 (crimes de responsabilidade do Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República, Governadores e Secretários dos Estados) e Decreto-lei 201/1967 (responsabilidade dos prefeitos e vereadores).

### **1.9.5. Direito Penal geral**

Tem incidência em todo o território nacional. É o produzido pela União, ente federativo com competência legislativa privativa para tanto (CF, art. 22, I).

### **1.9.6. Direito Penal local**

Aplica-se somente sobre parte delimitada do território nacional. É o Direito Penal elaborado pelos Estados-membros, desde que autorizados por lei complementar a legislar sobre questões específicas (CF, art. 22, parágrafo único).

### **1.9.7. Direito Penal objetivo**

É o conjunto de leis penais em vigor, ou seja, todas as já produzidas e ainda não revogadas.

### 1.9.8. Direito Penal subjetivo

É o direito de punir, o *ius puniendi*, exclusivo do Estado, o qual nasce no momento em que é violado o conteúdo da lei penal incriminadora.

### 1.9.9. Direito Penal material

Também conhecido como **substantivo**, por ele se entende a totalidade de leis penais em vigor. É o Direito Penal propriamente dito.

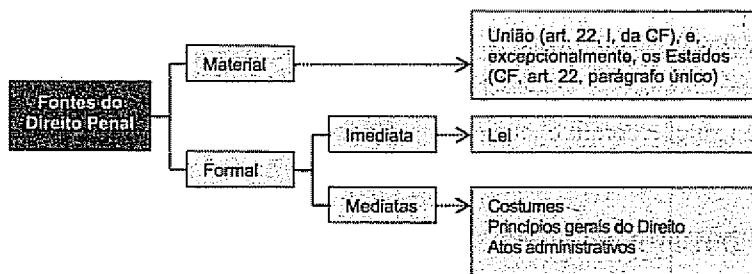
### 1.9.10. Direito Penal formal

Denominado ainda de **adjetivo**, é o grupo de leis processuais penais em vigor. É o Direito Processual Penal.

## 1.10. FONTES DO DIREITO PENAL

### 1.10.1. Introdução

No Direito Penal, fonte representa não só a **origem**, mas também a **forma de manifestação** da lei penal. Por tal motivo, as fontes são divididas em formais ou materiais.



### 1.10.2. Fontes materiais, substanciais ou de produção

São os órgãos constitucionalmente encarregados de elaborar o Direito Penal. Essa tarefa é precipuamente da União, nos moldes do art. 22, I, da Constituição Federal.

Não se pode olvidar, ainda, que lei complementar da União pode autorizar os Estados-membros a legislar sobre **questões específicas**, de interesse local (CF, art. 22, parágrafo único).

### 1.10.3. Fontes formais, cognitivas ou de conhecimento

São os modos pelos quais o Direito Penal se revela. Subdividem-se em:

a) **Fonte formal imediata:** é a lei, regra escrita concretizada pelo Poder Legislativo em consonância com a forma determinada pela Constituição Federal. Enseja a produção da norma e torna obrigatório o seu cumprimento.

É a **única** fonte formal imediata, pois somente a lei pode criar crimes e cominar penas.

b) **Fontes formais mediatas ou secundárias:** são os costumes, os princípios gerais do Direito e os atos administrativos.

Há entendimentos no sentido de que a doutrina, a jurisprudência e os tratados internacionais seriam também fontes formais mediatas do Direito Penal. Cabem algumas observações.

A doutrina, por mais abalizada e respeitada que seja, é na verdade um estudo científico, e não se reveste de obrigatoriedade.

De igual modo, a jurisprudência revela o entendimento dos tribunais, servindo como vetor ao aplicador do Direito. Não tem natureza cogente, salvo quando representativa de **súmula vinculante** oriunda do Supremo Tribunal Federal, conforme previsto no art. 103-A da Constituição Federal.

Por fim, os tratados internacionais, ainda que deles o Brasil seja signatário, precisam obedecer a procedimento complexo para ingressarem no ordenamento jurídico. Só depois de cumpridas as fases perante os Poderes Legislativo e Executivo é que terão força de lei ordinária ou de emenda constitucional, dependendo da matéria que seja seu objeto e de seu *quorum* de aprovação (CF, art. 5.º, § 3.º).

Por questões didáticas, estudaremos inicialmente as fontes mediatas, reservando maior espaço à análise da lei penal.

#### 1.10.3.1. Fontes formais mediatas

##### 1.10.3.1.1. Costume

É a reiteração de uma conduta, de modo constante e uniforme, por força da convicção de sua obrigatoriedade.

Possui dois elementos, um **objetivo**, relativo ao fato (reiteração da conduta) e outro **subjetivo**, inerente ao agente (convicção da obrigatoriedade). Ambos devem estar presentes cumulativamente.

O costume não se confunde com o hábito. Deveras, o último, ainda que praticado reiteradamente, não impõe ao agente a convicção da sua obrigato-

riedade. Dirigir ao volante apenas com uma das mãos pode ser um hábito de diversos motoristas, mas jamais um costume. Ninguém, certamente, reputa tal conduta como obrigatória.

No Direito Penal, o costume nunca pode ser empregado para criar delitos ou aumentar penas. Como já visto, a lei é a única e exclusiva fonte formal imediata.

Os costumes se dividem em três blocos:

a) *secundum legem* ou *interpretativo*: auxilia o intérprete a esclarecer o conteúdo de elementos ou circunstâncias do tipo penal. No passado, pode ser lembrada a expressão “mulher honesta”, a qual era compreendida de diversas formas ao longo do território nacional.

Exemplo atual é o conceito de ato obsceno, previsto no art. 233 do Código Penal e mutável de acordo com as condições regionais e culturais de cada sociedade. Utilizar um biquíni de pequenas proporções em uma praia é atividade normal, mas seria repudiada e até mesmo considerada criminosa caso uma mulher dele se valesse no interior de uma igreja em cidade interiorana extremamente conservadora;

b) *contra legem* ou *negativo*: contraria a lei, mas não tem o condão de revogá-la. É o caso da contravenção penal de jogo do bicho, definida pelo art. 58 do Decreto-lei 3.688/1941. Como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

Jogo do bicho. Impossibilidade de absolvição em razão do costume. [...] O sistema jurídico brasileiro não admite possa uma lei perecer pelo desuso, porquanto, assentado no princípio da supremacia da lei escrita (fonte principal do direito), sua obrigatoriedade só termina com sua revogação por outra lei. Noutros termos, significa que não pode ter existência jurídica o costume *contra legem*.<sup>21</sup>

Com efeito, uma lei somente pode ser revogada por outra lei, nos termos do art. 2.º, § 1.º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. É o que se denomina de **princípio da continuidade das leis**;

c) *praeter legem* ou *integrativo*: supre a lacuna da lei e somente pode ser utilizado na seara das normas penais não incriminadoras, notadamente para possibilitar o surgimento de causas supralegais de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. Menciona-se, frequentemente, a circuncisão empregada como rito religioso pelos israelitas.

<sup>21</sup> REsp 30.705/SP, rel. Min. Adhemar Maciel, 6.ª Turma, j. 14.03.1995.

### 1.10.3.1.2. Princípios gerais do Direito

São os valores fundamentais que inspiram a elaboração e a preservação do ordenamento jurídico.

No campo penal, em face do império da lei como fonte formal imediata exclusiva, os princípios não podem, em hipótese alguma, ser utilizados para tipificação de condutas ou cominação de penas. Sua atuação se reserva ao âmbito das normas penais não incriminadoras.

### 1.10.3.1.3. Atos da Administração Pública

Os atos administrativos, no Direito Penal, funcionam como complemento de algumas leis penais em branco, como adiante se verá.

## III. QUESTÕES

### 1. (21.º Procurador da República – MPF) Assinale a alternativa correta:

- (A) todos os princípios do chamado direito penal liberal estão explicitamente enunciados na Constituição brasileira;
- (B) a Constituição de 1988 tem um compromisso com o princípio da intervenção mínima;
- (C) são consequências decorrentes do princípio da culpabilidade a responsabilidade objetiva pelos simples resultado e a culpabilidade como limite da pena;
- (D) a doutrina dominante afirma que o escopo imediato e primordial do direito penal reside na proteção de bens jurídicos essenciais ao indivíduo e a comunidade.

### 2. (24.º Promotor de Justiça – MPU/MPDFT) Assinale a opção incorreta:

- (A) A ideia de bem jurídico funciona como importante critério limitador na formação do tipo penal, orientando a elaboração das leis penais.
- (B) A política criminal é responsável pela seleção dos bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente, escolhendo o caminho para efetivar tal tutela.
- (C) Todos os bens juridicamente protegidos foram postos sob a tutela específica do direito penal.
- (D) A criminologia tem como objetivo o estudo das causas do crime, as medidas recomendadas para tentar evitá-lo, a pessoa do delinquente e os caminhos para sua recuperação.

### 3. (Promotor de Justiça – MP/SP – 2010) A exposição de motivos da Parte Geral do Código Penal Brasileiro, ao referir-se à finalidade da individualização da pena, à vista de sua necessidade e eficácia para reprobção e prevenção do crime, afirma que “nesse conceito se define a Política Criminal preconizada no Projeto, da qual se deverão extrair todas as suas lógicas consequências”. A partir de tal afirmativa, assinale a alternativa correta:

- (A) o Código Penal Brasileiro adotou a concepção da pena como imperativo categórico, a qual se amolda à teona da prevenção geral negativa.
- (B) o procedimento de aplicação da pena adotado pelo Código Penal (art. 59) tem como fundamento único o princípio da retribuição.

- (C) a concepção da pena como medida de prevenção de delitos, acolhida pelo Código Penal (art. 59), amolda-se às chamadas teorias absolutas.
- (D) o procedimento de aplicação da pena adotado pelo Código Penal (art. 59) tem como fundamento único o princípio da prevenção especial.
- (E) o Código Penal adotou como um dos fundamentos da aplicação da pena o princípio da prevenção geral (art. 59), preconizado pelas teorias relativas.
4. (3.º Concurso Defensoria Pública/SP – FCC) Assinale a alternativa correta.
- (A) Compete ao direito penal atender os anseios sociais de punição para pacificar conflitos.
- (B) O recurso à pena no direito penal garantista está condicionado ao princípio da máxima intervenção, máximas garantias.
- (C) Cabe ao direito penal limitar a violência da intervenção punitiva do Estado.
- (D) O discurso jurídico-penal de justificação deve se pautar na ampla possibilidade de solução dos conflitos pelo direito penal.
- (E) A legitimação da intervenção penal se deve, também, a seletividade do sistema penal.
5. (MP/GO – 2010) O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos diz respeito ao escopo do direito penal. Sobre referido princípio é incorreto afirmar:
- (A) Opera na fase de aplicação da pena exclusivamente.
- (B) Pela orientação do mencionado princípio, não pode haver delito sem que haja lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico determinado.
- (C) Também denominado princípio da ofensividade ou da lesividade, condiciona que a tutela penal somente é legítima quando socialmente necessária, imprescindível para assegurar as condições de vida, levando-se em conta a dignidade e liberdade da pessoa humana.
- (D) Para tal princípio, o bem jurídico tutelável deve sempre ter em conta as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados, notadamente em virtude do caráter limitativo da tutela penal.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

Obs.: Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no *site* [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

## PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

**Sumário:** 2.1. Conceito – 2.2. Princípios em espécie: 2.2.1. Princípio da reserva legal ou da estrita legalidade; 2.2.2. Princípio da anterioridade; 2.2.3. Princípio da insignificância ou da criminalidade de bagatela; 2.2.4. Princípio da individualização da pena; 2.2.5. Princípio da alteridade; 2.2.6. Princípio da confiança; 2.2.7. Princípio da adequação social; 2.2.8. Princípio da intervenção mínima; 2.2.9. Princípio da fragmentariedade ou caráter fragmentário do Direito Penal; 2.2.10. Princípio da subsidiariedade; 2.2.11. Princípio da proporcionalidade; 2.2.12. Princípio da humanidade; 2.2.13. Princípio da ofensividade ou da lesividade; 2.2.14. Princípio da exclusiva proteção do bem jurídico; 2.2.15. Princípio da imputação pessoal; 2.2.16. Princípio da responsabilidade pelo fato; 2.2.17. Princípio da personalidade ou da intranscendência; 2.2.18. Princípio da responsabilidade penal subjetiva; 2.2.19. Princípio do *ne bis in idem*; 2.2.20. Princípio da isonomia – 2.3. Questões.

### 2.1. CONCEITO

Princípios são os valores fundamentais que inspiram a criação e a manutenção do sistema jurídico. Na clássica definição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 807-808.



No Direito Penal, os princípios têm a função de **orientar o legislador ordinário**, no intuito de limitar o poder punitivo estatal mediante a imposição de garantias aos cidadãos.

A quantidade e a denominação dos princípios penais variam entre os doutrinadores. Vejamos os principais e de forte incidência em provas e concursos públicos.

## 2.2. PRINCÍPIOS EM ESPÉCIE

### 2.2.1. Princípio da reserva legal ou da estrita legalidade

Encontra-se previsto no art. 5.º, XXXIX, da Constituição Federal, bem como no art. 1.º do Código Penal. Trata-se de **cláusula pétrea**. Assim, ainda que seja extirpado do Código Penal, o princípio da reserva legal continuará atuando como vetor do sistema, por força do mandamento constitucional.

Preceitua, basicamente, a **exclusividade da lei** para a criação de delitos (e contravenções penais) e cominação de penas, possuindo indiscutível dimensão democrática, pois representa a aceitação pelo povo, representado pelo Congresso Nacional, da opção legislativa no âmbito criminal. De fato, não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal (*nullum crimen nulla poena sine lege*). É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a Direito Penal (CF, art. 62, inc. I, alínea b).

Em face da alteração do art. 62 da Lei Suprema pela Emenda Constitucional 32/2001, é proibida a edição de medida provisória em matéria penal, seja ela prejudicial (o que já era pacífico em sede jurisprudencial) ou mesmo favorável ao réu. O texto constitucional é cristalino e não autoriza conclusão em sentido contrário.

Seu mais seguro antecedente histórico é a Magna Carta de João sem Terra, imposta pelos barões ingleses em 1215, ao estabelecer em seu art. 39 que nenhum homem livre poderia ser submetido à pena sem prévia lei em vigor naquela terra. Posteriormente, foi desenvolvido nos moldes atuais por Paul Johan Anselm Ritter von Feuerbach, com base em sua **teoria da coação psicológica**. Para ele, toda imposição de pena pressupõe uma lei penal. Somente a ameaça de um mal por meio da lei fundamenta a noção e a possibilidade jurídica da pena.<sup>2</sup>

Aplica-se não somente ao crime, mas também às **contravenções penais**. Com efeito, a palavra “crime” foi utilizada em sentido genérico tanto pelo Código Penal como pela Constituição Federal. E, ainda, o art. 1.º do

<sup>2</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 15. ed. rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 92.

Decreto-lei 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais) diz que se aplicam às contravenções as regras gerais do Código Penal quando não houver disposição em sentido contrário, a qual ~~inexiste~~.

O princípio da reserva legal possui ~~dois~~ fundamentos, um de natureza jurídica e outro de fundamento político.

O fundamento **jurídico** é a **taxatividade, certeza ou determinação**, pois implica, por parte do legislador, a determinação precisa, ainda que mínima,<sup>3</sup> do conteúdo do tipo penal e da sanção penal a ser aplicada, bem como, da parte do juiz, na máxima vinculação ao mandamento legal, inclusive na apreciação de benefícios legais. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

O princípio da reserva legal atua como expressiva limitação constitucional ao aplicador judicial da lei, cuja competência jurisdicional, por tal razão, não se reveste de idoneidade suficiente para lhe permita a ordem jurídica ao ponto de conceder benefícios proibidos pela norma vigente, sob pena de incidir em domínio reservado ao âmbito de atuação do Poder Legislativo.<sup>4</sup>

O fundamento **político** é a **proteção do ser humano** em face do arbítrio do poder de punir do Estado. Enquadra-se, destarte, entre os **direitos fundamentais de 1.ª geração**.

A denominação do princípio merece especial cautela nos concursos públicos. A doutrina consagrou, corretamente, as expressões **reserva legal** e **estrita legalidade**, pois somente se admite **lei em sentido material** (matéria reservada à lei) e **formal** (lei editada em consonância com o processo legislativo previsto na Constituição Federal).

Contudo, algumas provas adotam rotineiramente o termo **legalidade**, o que não é correto, pois nele se enquadram quaisquer das espécies normativas elencadas pelo art. 59 da Constituição Federal, e não apenas a lei.

O melhor caminho, assim, é a coerência. Se as alternativas, em provas objetivas, apontarem somente o princípio da legalidade, adote essa nomenclatura, até mesmo por exclusão. Por outro lado, no confronto entre legalidade e reserva legal ou estrita legalidade, fique com os últimos.

Se a prova for dissertativa ou oral, argumente sobre o assunto, sempre de forma equilibrada, até porque geralmente não se conhecem as preferências da banca examinadora. Em hipóteses de risco, a posição fundada no equilíbrio sempre é a melhor a ser seguida.

<sup>3</sup> Por esse motivo, é perfeitamente compatível com as leis penais em branco, com os tipos penais abertos e com os crimes culposos. A Constituição Federal e o Código Penal não impõem ao tipo penal a definição de todos os elementos da conduta criminosa, mas apenas dos mais relevantes, podendo os demais ser transferidos a outras leis, a atos administrativos, ou, finalmente, à interpretação do magistrado.

<sup>4</sup> HC 92.010/ES, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª Turma, j. 21.02.2008.

### 2.2.1.1 Princípio da reserva legal e mandados de criminalização<sup>5</sup>

A Constituição Federal brasileira, seguindo o modelo de algumas constituições europeias, como as da Alemanha, Espanha, Itália, França e da própria Comunidade Europeia, estabelece mandados explícitos e implícitos de criminalização (ou penalização). Cuida-se de hipóteses de obrigatória intervenção do legislador penal.

Com efeito, os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral.

Os mandados de criminalização explícitos contidos na Constituição Federal são encontrados nos artigos 5.º, incisos XLII (racismo), XLIII (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos) e XLIV (ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático), e § 3.º (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), 7.º, inciso X (retenção dolosa do salário dos trabalhadores), 227, § 4.º (abuso, violência e exploração sexual da criança ou adolescente), 225 (condutas lesivas ao meio ambiente).

Há, também, mandados implícitos de criminalização, podendo ser citado o exemplo do necessário e urgente combate eficaz à corrupção eleitoral.

Alguns dos mandados de criminalização já foram atendidos pelo legislador ordinário de modo satisfatório (é o caso da Lei 8.072/1990, que definiu os crimes hediondos, e, juntamente com os assemelhados, a eles conferiu tratamento mais severo); outros de forma insuficiente; vários simplesmente ignorados. E, dentre os olvidados pelo legislador, destaca-se a tipificação legal do terrorismo, crime equiparado aos hediondos e ainda não definido a contento.<sup>6</sup>

### 2.2.2. Princípio da anterioridade

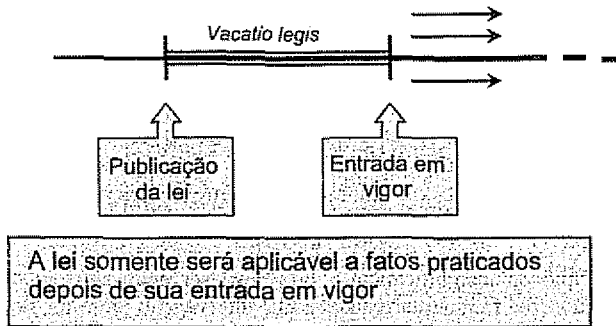
Decorre também do art. 5.º, XXXIX, da Constituição Federal, e do art. 1.º do Código Penal, quando estabelecem que o crime e a pena devem estar definidos em lei **prévia** ao fato cuja punição se pretende.

A lei penal produz efeitos a partir de sua entrada em vigor. Não pode retroagir, salvo se beneficiar o réu.

<sup>5</sup> Esses ensinamentos foram extraídos de: PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 161-166.

<sup>6</sup> Não se desconheça que a Lei 7.170/1983 (Lei de Segurança Nacional), em seu artigo 20, fala em "atos de terrorismo", porém não define terrorismo e tampouco quais sejam esses atos que o identificariam.

É proibida a aplicação da lei penal inclusive aos fatos praticados durante seu período de *vacatio*. Embora já publicada e vigente, a lei ainda não estará em vigor e não alcançará as condutas praticadas em tal período.<sup>7</sup>



### 2.2.3. Princípio da insignificância ou da criminalidade de bagatela

O princípio da insignificância ou da criminalidade de bagatela surgiu inicialmente no Direito Civil, derivado do brocardo *de minimus non curat praetor*. Em outras palavras, o Direito Penal não deve se ocupar de assuntos irrelevantes, incapazes de lesar o bem jurídico. Na década de 70 do século passado, foi incorporado ao Direito Penal pelos estudos de Claus Roxin.

Funciona como **causa de exclusão da tipicidade**, desempenhando uma **interpretação restritiva do tipo penal**. Para o Supremo Tribunal Federal, a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica constituem os **requisitos de ordem objetiva** autorizadores da aplicação desse princípio.<sup>8</sup>

Entretanto, o reduzido valor patrimonial do objeto material não autoriza, por si só, o reconhecimento da criminalidade de bagatela. Exigem-se também **requisitos subjetivos**. Na esteira da orientação do Superior Tribunal de Justiça:

Há que se conjugar a importância do objeto material para a vítima, levando-se em consideração a sua condição econômica, o valor sentimental do bem, como também as circunstâncias e o resultado do crime, tudo de modo a determinar, subjetivamente, se houve relevante lesão.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Entendimento pacífico, consagrado inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do Inq. 1.879/DF, rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, j. 10.09.2003.

<sup>8</sup> HC 92.961/SP, rel. Min. Eros Grau, 2.ª Turma, j. 11.12.2007. Assim também para o STJ: HC 63.139/PB, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma, j. 31.10.2007, noticiado no *Informativo* 338; e RHC 24.326/MG, rel. Min. Paulo Gallotti, 6.ª Turma, j. 17.03.2009, noticiado no *Informativo* 387.

<sup>9</sup> HC 60.949/PE, rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 20.11.2007. Do mesmo modo: STJ: REsp 708.324/RS, rel. originário Min. Hamilton Carvalhido, rel. para o acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma,

Exemplificativamente, o Superior Tribunal de Justiça não admitiu a incidência desse princípio na tentativa de furto de cartucho de tinta para impressora, avaliado em R\$ 27,50, haja vista que, no caso concreto, “não obstante o ínfimo valor do bem que se tentou subtrair, o alto grau de reprovação da conduta não permite a aplicação do princípio da insignificância, pois perpetrada dentro da penitenciária em que o agente cumpria pena por crime anterior, o que demonstra seu total desrespeito à atuação estatal”.<sup>10</sup>

Com a caracterização desse princípio, opera-se tão somente a **tipicidade formal**, isto é, adequação entre o fato praticado pelo agente e a lei penal incriminadora. **Não há, entretanto, tipicidade material**, compreendida como o juízo de subsunção capaz de lesar ou ao menos colocar em perigo o bem jurídico penalmente tutelado. Para o Supremo Tribunal Federal:

O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.<sup>11</sup>

Em síntese, o princípio da insignificância tem força suficiente para descaracterizar, no plano material, a própria tipicidade penal, autorizando inclusive a **concessão de ofício de habeas corpus** pelo Poder Judiciário.<sup>12</sup> E, para o Supremo Tribunal Federal, **o trânsito em julgado da condenação não impede seu reconhecimento**.<sup>13</sup>

O princípio da insignificância tem aplicação a qualquer espécie de delito que com ele seja compatível, ainda que excepcionalmente, e não apenas aos crimes contra o patrimônio. Imagine-se, por exemplo, a existência de peculato na apropriação de uma folha de papel em branco, ou ainda de um clipe de metal, hipóteses de crime contra a Administração Pública nas quais, em nossa opinião, tem incidência o postulado.<sup>14</sup> Na linha do raciocínio

j. 11.03.2008, noticiado no *Informativo* 348.

<sup>10</sup> HC 163.435/DF, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª Turma, j. 28.09.2010, noticiado no *Informativo* 449.

<sup>11</sup> HC 92.463/RS, rel. Min. Celso de Mello, 2.ª Turma, j. 16.10.2007. Em igual sentido: STJ: HC 89.357/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 11.03.2008, 5.ª Turma, noticiado no *Informativo* 348.

<sup>12</sup> STF: HC 97.836/RS, rel. Min. Celso de Mello, 2.ª Turma, j. 19.05.2009, noticiado no *Informativo* 547.

<sup>13</sup> HC 95.570/SC, rel. Min. Dias Toffoli, 1.ª Turma, j. 01.08.2010, noticiado no *Informativo* 589.

<sup>14</sup> O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, não admite o princípio da insignificância na seara dos crimes contra a Administração Pública: “É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, porque a norma busca

do Superior Tribunal de Justiça, há que se afastar reflexões que ultrapassem critérios dogmáticos. A política criminal somente pode ser invocada para privilegiar o arco de liberdades do cidadão, mas nunca restringi-lo.<sup>15</sup>

Na seara dos crimes praticados por terceiros, é de se ressaltar um julgado do Superior Tribunal de Justiça no qual se entendeu que o princípio da insignificância não se aplica aos crimes contra a Administração Pública, pois o que se busca resguardar não é somente o ajuste patrimonial, mas a moral administrativa.<sup>16</sup>

O princípio da insignificância também incide nos crimes contra a ordem tributária. A propósito, em ação penal instaurada pela suposta prática do crime de descaminho (CP, art. 334), em decorrência do fato de haver o acusado iludido impostos devidos pela importação de mercadorias, os quais totalizariam o montante de R\$ 5.118,60 (cinco mil cento e dezoito reais e sessenta centavos), o Supremo Tribunal Federal reconheceu o cabimento do princípio da insignificância.

Sustentou, no caso, que a Lei 10.522/2002, com a redação dada pela Lei 11.033/2004 [“Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). § 1.º Os autos de execução a que se refere este artigo serão reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem os limites indicados.”], leva à conclusão de inadmissibilidade de ser uma conduta irrelevante no âmbito administrativo e simultaneamente típica no Direito Penal, que somente deve atuar quando extremamente necessário para a tutela do bem jurídico protegido, quando falharem os outros meios de proteção e não forem suficientes as tutelas estabelecidas nos demais ramos do Direito.<sup>17</sup>

No tocante ao crime de apropriação indébita previdenciária, o qual, nada obstante capitulado entre os crimes contra o patrimônio, apresenta

---

resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas a moral administrativa, o que torna inviável afirmação do desinteresse estatal à sua repressão” – REsp 1.062.533/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5.ª Turma, j. 05.02.2009. No mesmo sentido: HC 132.021/PB, rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), 6.ª Turma, j. 20.10.2009, noticiado no *Informativo* 412. É também o entendimento da Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, consubstanciado na tese n.º 290 do Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais: “Crime de peculato – Princípio da insignificância – Inaplicabilidade. É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo”.

<sup>15</sup> HC 91.511-MS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma, j. 25.09.2008, noticiado no *Informativo* 369.

<sup>16</sup> HC 132.021/PB, rel. Min. Celso Limongi, 6.ª Turma, j. 20.10.2009, noticiado no *Informativo* 412.

<sup>17</sup> HC 92.438/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2.ª Turma, j. 19.08.2008, noticiado no *Informativo* 516. E também: RHC 96.545/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 16.06.2009, noticiado no *Informativo* 551; e HC 96.661/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, 1.ª Turma, j. 23.06.2009, noticiado no *Informativo* 552. Como destacado em outro julgado, o princípio da insignificância emerge “do valor sonegado diante da grandeza do Estado e do custo de sua máquina, não se compreendendo movimentá-la para cobrar o tributo devido” (HC 96.412/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, 1.ª Turma, j. 26.10.2010, noticiado no *Informativo* 606). É também a posição reinante no STJ: REsp 1.112.748/TO, rel. Min. Felix Fischer, 3.ª Seção, j. 09.09.2009, noticiado no *Informativo* 406.

indiscutível natureza tributária, o Supremo Tribunal rechaçou o princípio da insignificância, com fundamento no valor supraindividual do bem jurídico tutelado, o que torna irrelevante o pequeno valor das contribuições sociais desviadas da Previdência Social.<sup>18</sup>

Mas esse princípio não é admitido em crimes praticados com emprego de violência à pessoa ou grave ameaça, pois os reflexos daí resultantes não podem ser considerados insignificantes, ainda que a coisa subtraída apresente infimo valor econômico. Especificamente no tocante ao roubo, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Não há como aplicar, ao crime de roubo, o princípio da insignificância, pois, tratando-se de delito complexo, em que há ofensa a bens jurídicos diversos (o patrimônio e a integridade da pessoa), é inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão.<sup>19</sup>

Anote-se, porém, ser a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firme no sentido de impedir o princípio da insignificância no tocante aos crimes previstos na Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas: “É pacífica a jurisprudência desta Corte Suprema no sentido de não ser aplicável o princípio da insignificância ou bagatela aos crimes relacionados a entorpecentes, seja qual for a qualidade do condenado”.<sup>20</sup>

E para o Superior Tribunal de Justiça: “Segundo precedentes do STF e do STJ, o delito de tráfico de drogas não comporta a incidência do princípio da insignificância, visto que se cuida de delito de perigo abstrato praticado contra a saúde pública. Dessa forma, para esse específico fim, é irrelevante a pequena quantidade da substância apreendida (no caso, 0,2 decigramas de crack)”.<sup>21</sup>

Esse princípio, urge destacar, sequer pode ser aplicado em relação ao crime definido no art. 28 da Lei 11.343/2006 (porte de droga para consumo pessoal), pois tal medida “seria equivalente a liberar o porte de pequenas quantidades de droga *contra legem*”.<sup>22</sup>

Nessa linha de pensamento, igualmente não há espaço para o princípio da insignificância em relação ao crime de posse de droga em estabelecimento militar, definido no art. 290 do Decreto-lei 1.001/1969 – Código Penal Militar. Para o Supremo Tribunal Federal:

<sup>18</sup> HC 100.938/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 22.6.2010, noticiado no *Informativo* 592.

<sup>19</sup> HC 60.185/MG, rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 03.04.2007. E ainda: REsp 1.159.735/MG, rel. Min. Amaldo Esteves Lima, 5.ª Turma, j. 15.06.2010, noticiado no *Informativo* 439. É também a jurisprudência consolidada no âmbito do STF: HC 97.190/GO, rel. Min. Dias Toffoli, 1.ª Turma, j. 10.8.2010, noticiado no *Informativo* 595.

<sup>20</sup> HC 91.759/MG, rel. Min. Menezes Direito, 1.ª Turma, j. 09.10.2007.

<sup>21</sup> HC 155.391/ES, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma, j. 02.09.2010, noticiado no *Informativo* 445. E também: HC 122.682/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 18.11.2010, noticiado no *Informativo* 456.

<sup>22</sup> STJ: HC 130.677/MG, rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), 6.ª Turma, j. 04.02.2010, noticiado no *Informativo* 421.

Assentou-se que a prática da conduta prevista no referido dispositivo legal fenderia as instituições militares, a operacionalidade das Forças Armadas, além de violar os princípios da hierarquia e da disciplina na própria interpretação do tipo penal. (...) Em seguida, reputou-se inaplicável, no âmbito do tipo previsto no art. 290 do CPM, o princípio da insignificância. No ponto, após discorrer que o referido postulado tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada, concluiu-se que o entorpecente no interior das organizações militares assumiria enorme gravidade, em face do perigo que acarreta, uma vez que seria utilizado, no serviço, armamento de alto poder ofensivo, o que afetaria, diretamente, a operacionalidade da tropa e a segurança dos quartéis, independentemente da quantidade da droga encontrada, e agrediria, dessa forma, os valores básicos das instituições militares.<sup>23</sup>

Também não se admite o postulado da insignificância no tocante ao crime de tráfico internacional de arma de fogo, pois cuida-se de crime de perigo abstrato e atentatório à segurança pública. Como já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

A objetividade jurídica da norma penal transcende a mera proteção da moralidade pessoal, para alcançar também a tutela da liberdade individual e do corpo social como um todo, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança coletiva que a lei propicia. No caso em exame, a proibição da conduta pela qual o paciente está sendo processado visa, especialmente, combater e prevenir o tráfico internacional de armas e munições, cuja maior clientela é o crime organizado transnacional, que, via de regra, abastece o seu arsenal por meio do mercado ilegal, nacional ou internacional, de armas. Mostra-se irrelevante, no caso, cogitar-se da mínima ofensividade da conduta (em face da quantidade apreendida), ou, também, da ausência de periculosidade da ação, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado concreto da ação, o que também afasta a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância.<sup>24</sup>

O Supremo Tribunal Federal já permitiu a incidência do princípio da insignificância a crime envolvendo droga em relação a militar, com fulcro na **dignidade da pessoa humana**. Pela sua elevada importância, é válida a transcrição do julgado:

Paciente, militar, preso em flagrante dentro da unidade militar, quando fumava um cigarro de maconha e tinha consigo outros três. Condenação por posse e uso de entorpecentes. Não aplicação do princípio da insignificância, em prol da saúde, disciplina e hierarquia militares. A mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do

<sup>23</sup> HC 94.685/CE, rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, j. 11.11.2010, noticiado no *Informativo* 608.

<sup>24</sup> HC 97.777/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 26.10.2010, noticiado no *Informativo* 606.



comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica constituem os requisitos de ordem objetiva autorizadores da aplicação do princípio da insignificância. A Lei n. 11.343/2006 – nova Lei de Drogas – veda a prisão do usuário. Prevê, contra ele, apenas a lavratura de termo circunstanciado. Preocupação, do Estado, em mudar a visão que se tem em relação aos usuários de drogas. Punição severa e exemplar deve ser reservada aos traficantes, não alcançando os usuários. A estes devem ser oferecidas políticas sociais eficientes para recuperá-los do vício. O Superior Tribunal Militar não cogitou da aplicação da Lei n. 11.343/2006. Não obstante, cabe a esta Corte fazê-lo, incumbindo-lhe confrontar o princípio da especialidade da lei penal militar, óbice à aplicação da nova Lei de Drogas, com o princípio da dignidade humana, arrolado na Constituição do Brasil de modo destacado, incisivo, vigoroso, como princípio fundamental (art. 1.º, III). Paciente jovem, sem antecedentes criminais, com futuro comprometido por condenação penal militar quando há lei que, em vez de apenar – Lei n. 11.343/2006 –, possibilita a recuperação do civil que praticou a mesma conduta. Exclusão das fileiras do Exército: punição suficiente para que restem preservadas a disciplina e hierarquia militares, indispensáveis ao regular funcionamento de qualquer instituição militar. A aplicação do princípio da insignificância no caso se impõe, a uma, porque presentes seus requisitos, de natureza objetiva: a duas, em virtude da dignidade da pessoa humana.<sup>25</sup>

Essa questão, contudo, é deveras polêmica. Em outro *habeas corpus*, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal pela inaplicabilidade, no âmbito do tipo previsto no art. 290 do CPM, do princípio da insignificância, pois o entorpecente no interior das organizações militares assume enorme gravidade, em face do perigo que acarreta, uma vez que é utilizado, no serviço, armamento de alto poder ofensivo, o que afeta, diretamente, a operacionalidade da tropa e a segurança dos quartéis, independentemente da quantidade da droga encontrada, e agride, dessa forma, os valores básicos das instituições militares.<sup>26</sup>

O cabimento do princípio deve ser analisado em cada **caso concreto**, de acordo com as suas especificidades, e não no plano abstrato. A propósito, o Superior Tribunal de Justiça não admitiu a bagatela na hipótese em que se obteve dos cofres públicos, mediante fraude, valores decorrentes de recebimento de benefício do programa assistencial Bolsa Família.<sup>27</sup>

O Supremo Tribunal Federal, de igual modo, não aceitou o princípio da insignificância no tocante ao crime previsto no artigo 289, § 1.º, do Código Penal, em que o sujeito foi condenado por portar 10 cédulas falsas, cada uma com valor facial de R\$ 5,00. Considerou-se que o agente, ao fazer circular as

<sup>25</sup> HC 92.961/SP, rel. Min. Eros Grau, 2.ª Turma, j. 11.12.2007. No mesmo sentido: HC 101.759/MG, rel. Min. Celso de Mello, 2.ª Turma, j. 10.08.2010, noticiado no *Informativo* 595.

<sup>26</sup> HC 94.685/CE, rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, j. 30.10.2008, noticiado no *Informativo* 526. Essa posição veio a ser reafirmada, acrescentando-se que “o uso de drogas e o dever militar senam inconciliáveis, dado que a disposição em si para manter o vício implicaria inafastável pecha de reprovabilidade cívico-profissional por afetar tanto a saúde do próprio usuário quanto pelo seu efeito no moral da corporação e no conceito social das Forças Armadas” (HC 103.684/DF, rel. Min. Ayres Britto, Plenário, j. 21.10.2010, Plenário, noticiado no *Informativo* 605).

<sup>27</sup> HC 85.739/PR, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 26.11.2007.

notas falsas, sem comprovar a sua boa-fé, incorrera no crime de falsificação de moeda, cujo bem jurídico tutelado é a fé pública. E esse tipo penal não tem como pressuposto a ocorrência de prejuízo econômico, objetivamente quantificável, mas a proteção de um bem intangível, que corresponde à credibilidade do sistema financeiro, sem prejuízo da confiança que a população deposita em sua moeda.<sup>28</sup>

As condições pessoais da vítima podem influir no cabimento do princípio da insignificância. De fato, esse postulado não foi reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça em relação a fato criminoso ocorrido contra vítima analfabeta e de 68 anos de idade, que teve seu dinheiro sacado do bolso de sua calça, em via pública, em plena luz do dia, por existir interesse estatal na repressão de condutas desse quilate.<sup>29</sup>

Com efeito, a análise da extensão do dano causado ao ofendido é imprescindível para aquilatar o cabimento do princípio da insignificância. A propósito, o Supremo Tribunal Federal não reconheceu este princípio em furto de bicicleta que, embora de valor ínfimo, foi subtraída de pessoa humilde e de poucas posses, que a utilizava para se deslocar ao seu local de trabalho, revelando a relevância do bem para seu proprietário e a repercussão extensiva da conduta em seu patrimônio.<sup>30</sup>

Não se pode confundir a criminalidade de bagatela com as **infrações penais de menor potencial ofensivo**, definidas pelo art. 61 da Lei 9.099/1995. Nessas últimas, tanto não há falar em insignificância da conduta que a situação foi expressamente prevista no art. 98, I, da Constituição Federal, e regulamentada posteriormente pela legislação ordinária, revelando a existência de gravidade suficiente para justificar a intervenção estatal.

O princípio da insignificância é aplicável às infrações penais de menor potencial ofensivo (contravenções penais e crimes com pena máxima em abstrato igual ou inferior a dois anos, cumulada ou não com multa). É cabível, também, nos **crimes de médio potencial ofensivo**, ou seja, com **pena mínima igual ou inferior a um ano**, qualquer que seja a pena máxima, dos quais o principal exemplo é o furto simples (CP, art. 155, *caput*).

E, em alguns casos, também incide em **crimes de elevado potencial ofensivo** (pena mínima superior a um ano e pena máxima superior a dois anos), desde que praticado sem violência à pessoa ou grave ameaça, a exemplo do furto qualificado pelo concurso de pessoas.<sup>31</sup>

Atualmente, esse postulado é admitido pela doutrina e pela jurisprudência dominantes, postura que tende a se acentuar cada vez mais. Deve ser utilizado

<sup>28</sup> HC 93.251/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 05.08.2008, noticiado no *Informativo* 514; e HC 96.153/MG, rel. Min. Cármen Lúcia, 1.ª Turma, j. 26.05.2009, noticiado no *Informativo* 548. O STJ contempla igual entendimento: HC 132.614/MG, rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 01.06.2010, noticiado no *Informativo* 437.

<sup>29</sup> REsp 835.553/RS, rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 20.03.2007.

<sup>30</sup> HC 96.003/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 02.06.2009, noticiado no *Informativo* 549.

<sup>31</sup> STJ: HC 163.004/MG, rel. Min. Og Fernandes, 6.ª Turma, j. 05.08.2010, noticiado no *Informativo* 441.

com firmeza em exames da OAB e também em concursos que exigem posições mais favoráveis ao réu, tais como os das Defensorias Públicas. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já reconheceu o princípio da insignificância a um réu **reincidente**, por se tratar de causa de exclusão da tipicidade, que em nada se relaciona com a dosimetria da pena:

O ora paciente subtraiu um boné avaliado em R\$ 50,00, o qual foi devolvido à vítima. Porém, diante da comprovação de seus maus antecedentes e de sua reincidência, foi condenado, por furto simples, à pena de um ano e seis meses de reclusão. Diante disso, é certo não se lhe aplicar a benesse do furto privilegiado. Contudo, o delito pode ser considerado como de reduzido potencial ofensivo, a merecer a incidência do princípio da insignificância, que não pode ser obstado por sua reincidência ou maus antecedentes, visto que apenas jungido ao bem jurídico tutelado e ao tipo do injusto. Com esse entendimento, que prevaleceu em razão do empate na votação, a Turma, ao prosseguir o julgamento, concedeu a ordem de *habeas corpus*.<sup>32</sup>

Em outras palavras, firmou-se jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “condições pessoais desfavoráveis, maus antecedentes, reincidência e ações penais em curso não impedem a aplicação desse princípio”.<sup>33</sup> É também o entendimento do Supremo Tribunal Federal.<sup>34</sup>

Até mesmo nos concursos de ingresso na carreira do Ministério Público, nos quais geralmente se exigem posições mais rigorosas, o princípio em análise vem sendo aceito. Nesse diapasão, foi consagrado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, nos autos do Protocolado 57.486/2007 – art. 28 do CPP, assim entendendo a Egrégia Procuradoria-Geral de Justiça: “Furto simples de três quilos de carne. Valor inferior a 10% do salário-mínimo. Réu primário. Princípio da insignificância. Cabimento”.<sup>35</sup>

Cumpre distinguir, no tocante ao delito de furto, em que tem frequente incidência, o princípio da insignificância do **furto privilegiado**. Neste, a coisa é de pequeno valor (inferior a um salário-mínimo), enquanto naquele seu valor é irrelevante para o Direito Penal, por não colocar em risco o bem jurídico penalmente tutelado. Confira-se o seguinte julgado:

No âmbito do furto, não há que se confundir bem de pequeno valor com o de valor insignificante. O primeiro pode caracterizar privilégio (art. 155, § 2.º, do CP), com a previsão, pela lei penal, de pena mais branda compatível com a pequena gravidade da conduta. O segundo, necessariamente, exclui o crime diante da ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado (princípio da

<sup>32</sup> HC 96.929/MS, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG), j. 08.04.2008, noticiado no *Informativo* 351.

<sup>33</sup> HC 163.004/MG, rel. Min. Og Fernandes, 6.ª Turma, j. 05.08.2010, noticiado no *Informativo* 441.

<sup>34</sup> HC 104.468/MS, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.ª Turma, j. 26.10.2010, noticiado no *Informativo* 606.

<sup>35</sup> Fonte: *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, 13 jun. 2007, caderno relativo ao Ministério Público. Disponível em: <www.mp.sp.gov.br>. Acesso em: 8 jan. 2008.

insignificância). No caso dos autos, houve o furto consumado de uma carteira contendo um talonário de cheques e sessenta reais em dinheiro, pelo que não há que se falar em irrelevância da conduta. A subtração de bens cujo valor é considerado ínfimo não é indiferente para o Direito Penal, visto que a opção por não reprimir tal conduta representaria incentivo a esses pequenos delitos que, juntos, trariam a desordem social.<sup>36</sup>

Façamos, agora, uma breve incursão na seara dos interesses metaindividuais.

Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em interessante julgado, pela maceitabilidade do princípio da insignificância em ato de improbidade administrativa. Com efeito, o bem jurídico que a Lei de Improbidade (Lei 8.429/1992) busca salvaguardar é, por excelência, a moralidade administrativa, que deve ser, objetivamente, considerada: ela não comporta relativização a ponto de permitir “só um pouco” de ofensa. Daí não se aplicar o princípio da insignificância às condutas judicialmente reconhecidas como improbas, pois não existe ofensa insignificante ao princípio da moralidade. Vige, em nosso sistema jurídico, o princípio da indisponibilidade do interesse público, a que o Poder Judiciário também está jungido.<sup>37</sup>

No que concerne aos crimes ambientais, o Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou acerca do delito de apetrecho proibido para pesca (Lei 9.605/1998, art. 34, parágrafo único, II):

Consta da denúncia que o paciente foi flagrado ao pescar em represa mediante a utilização de uma rede de *nylon*, apetrecho de uso proibido. Vem daí a imputação do crime previsto no art. 34, parágrafo único, II, da Lei n. 9.605/1998. Anote-se que foram encontrados com ele apenas dois quilos de peixes de variadas espécies. Quanto a isso, vê-se da norma incriminadora que se trata de crime formal (crime de perigo abstrato), delito que prescinde de resultado danoso específico (no caso, ao meio ambiente). Porém, apesar de não se desconhecer que o enquadramento da lei de crimes ambientais no ordenamento jurídico brasileiro ainda é tema tormentoso a causar inúmeras discussões jurídicas, sobretudo quanto à configuração dos delitos penais nela insculpidos, chegando alguns a entender até que os princípios nela edificados, tais como os da prevenção e da precaução, sobrepõem-se aos próprios princípios penais de garantia ao cidadão, destaca-se que a hipótese em apreço resolve-se mesmo pela pouca invasão naquilo que a sociedade, mediante o ordenamento jurídico, espera quanto à proteção de sua existência, visto que há um mínimo de probabilidade de a conduta do paciente atingir o bem jurídico tutelado na espécie, a fauna aquática. Daí não se hesitar em consignar a presença da insignificância

<sup>36</sup> STJ: REsp 746.854/RS, rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 28.02.2008, noticiado no *Informativo* 346. Em igual sentido: REsp 984.723-RS, Rel. Min. Og Fernandes, 2.ª Turma, j. 11.11.2008, noticiado no *Informativo* 376; HC 135.495/DF, rel. Min. Laurita Vaz, 1.ª Turma, j. 29.09.2009, noticiado no *Informativo* 409; e HC 135.451/RS, rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 15.08.2009, noticiado no *Informativo* 407.

<sup>37</sup> REsp 892.818-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2.ª Turma, j. 11.11.2008, noticiado no *Informativo* 376.

a ponto de, ao reconhecer a atipicidade material da conduta, conceder a ordem para trancar a ação penal por falta de justa causa.<sup>39</sup>

Cumpra destacar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal aceita a utilização do princípio da insignificância no campo dos atos infracionais, isto é, crimes e contravenções penais cometidos por crianças ou adolescentes (Lei 8.069/1990 – ECA, art. 103).<sup>39</sup>

Finalmente, o Supremo Tribunal Federal já autorizou, em caráter excepcional, o princípio da insignificância no tocante ao delito de rádio comunitária clandestina (Lei 9.472/1997, art. 183), pois o serviço de radiodifusão utilizado pela emissora não apresentava capacidade para interferir, de modo relevante, nos demais meios de comunicação. No caso concreto, a rádio era operada em pequena cidade do interior gaúcho, distante de outras emissoras de rádio e televisão e de aeroportos.

Além disso, acrescentou-se que, em comunidades localizadas no interior de tão vasto país, nas quais o acesso à informação não seria amplo como nos grandes centros, as rádios comunitárias surgiriam como importante meio de divulgação de notícias de interesse local, de modo que não se vislumbraria reprovabilidade social da conduta. Ademais, observou-se que fora pleiteada ao Ministério das Comunicações a autorização para execução do serviço de radiodifusão em favor da mencionada rádio. Concluiu-se que, em virtude da irrelevância do comportamento praticado e da ausência de resultado lesivo, a matéria não deveria ser resolvida na esfera penal e sim nas instâncias administrativas.<sup>40</sup>

### *2.2.3.1. Princípio da insignificância e sua valoração pela autoridade policial*

A quem compete valorar a incidência do princípio da insignificância? Em outros termos, a autoridade policial pode deixar de efetuar a prisão em flagrante, por reputar presente a criminalidade de bagatela?

O Superior Tribunal de Justiça entende que somente o Poder Judiciário é dotado de poderes para efetuar o reconhecimento do princípio da insignificância. Destarte, a autoridade policial está obrigada a efetuar a prisão em flagrante, cabendo-lhe submeter imediatamente a questão à autoridade judiciária competente. Como já se decidiu, no momento em que toma conhecimento de um delito, surge para a autoridade policial o dever legal de agir e efetuar

<sup>39</sup> HC 93.859/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma, j. 13.08.2009, noticiado no *Informativo* 402.

<sup>39</sup> HC 98.381/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 20.10.2009, noticiado no *Informativo* 564. Na mesma direção: HC 102.655/RS, rel. Min. Celso de Mello, 2.ª Turma, j. 22.05.2010, noticiado no *Informativo* 592.

<sup>40</sup> HC 104.530/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 28.09.2010, noticiado no *Informativo* 602.

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.<sup>41</sup>

Com o devido respeito, ousamos discordar desta linha de pensamento, por uma simples razão: o princípio da insignificância afasta a tipicidade do fato. Logo, se o fato é atípico para a autoridade judiciária, também apresenta igual natureza para a autoridade policial.

Não se pode conceber, exemplificativamente, a obrigatoriedade da prisão em flagrante no tocante à conduta de subtrair um único pãozinho, avaliado em poucos centavos, do balcão de uma padaria, sob pena de banalização do Direito Penal e do esquecimento de outros relevantes princípios, tais como o da intervenção mínima, da subsidiariedade, da proporcionalidade e da lesividade.

Para nós, o mais correto é agir com prudência no caso concreto, acolhendo o princípio da insignificância quando a situação fática efetivamente comportar sua incidência.

### 2.2.3.2. *Princípio da insignificância imprópria ou da criminalidade de bagatela imprópria*

De acordo com esse princípio, sem previsão legal no Brasil, inexistente legitimidade na imposição da pena nas hipóteses em que, nada obstante a infração penal esteja indiscutivelmente caracterizada, a aplicação da reprimenda desponte como desnecessária e inoportuna.

Em outras palavras, infração (crime ou contravenção penal) de bagatela imprópria é aquela que surge como relevante para o Direito Penal, pois apresenta desvalor da conduta e desvalor do resultado. O fato é típico e ilícito, o agente é dotado de culpabilidade e o Estado possui o direito de punir (punibilidade).

Mas, após a prática do fato, a pena revela-se incabível no caso concreto, pois diversos fatores recomendam seu afastamento, tais como: sujeito com personalidade ajustada ao convívio social (primário e sem antecedentes criminais), colaboração com a Justiça, reparação do dano causado à vítima, reduzida reprovabilidade do comportamento, reconhecimento da culpa, ônus provocado pelo fato de ter sido processado ou preso provisoriamente etc.

A análise da pertinência da bagatela imprópria há de ser realizada, obrigatoriamente, na situação fática, e jamais no plano abstrato. Nesse contexto, o fato real deve ser confrontado com um princípio basilar do Direito Penal, qual seja, o da **necessidade da pena**, consagrado no art. 59, *caput*, do Código Penal. O juiz, levando em conta as circunstâncias simultâneas

<sup>41</sup> HC 154.949/MG, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 03.08.2010, noticiado no *Informativo* 441.

e posteriores ao fato típico e ilícito cometido por agente culpável, deixa de aplicar a pena, pois falta interesse para tanto. Exemplo: “A” cometeu o crime furto privilegiado (CP, art. 155, § 2.º). Dois anos depois do fato, sem ter ainda se verificado a prescrição, nota-se que ele não apresentou nenhum outro deslize em seu comportamento, razão pela qual a pena quicã revele-se prescindível para atender às finalidades do Direito Penal.

Veja-se que, ao contrário do que se verifica no princípio da insignificância (própria), o sujeito é regularmente processado. A ação penal precisa ser iniciada, mas a análise das circunstâncias do fato submetido ao crivo do Poder Judiciário recomenda a exclusão da pena.

Finalmente, é de se observar que a bagatela imprópria tem como pressuposto inafastável a não incidência do princípio da insignificância (própria). Com efeito, se o fato não era merecedor da tutela penal, em decorrência da sua atipicidade, descabe enveredar pela discussão acerca da necessidade ou não de pena.

#### 2.2.4. Princípio da individualização da pena

Expressamente indicado pelo art. 5.º, XLVI, da Constituição Federal, repousa no princípio de justiça segundo o qual se deve distribuir a cada indivíduo o que lhe cabe, de acordo com as circunstâncias específicas do seu comportamento – o que em matéria penal significa a aplicação da pena levando em conta não a norma penal em abstrato, mas, especialmente, os aspectos subjetivos e objetivos do crime.<sup>42</sup>

O princípio da individualização desenvolve-se em três planos: legislativo, judicial e administrativo.

No prisma **legislativo**, é respeitado quando o legislador descreve o tipo penal e estabelece as sanções adequadas, indicando precisamente seus limites, mínimo e máximo, e também as circunstâncias aptas a aumentar ou diminuir as reprimendas cabíveis.

A individualização **judicial** complementa a legislativa, pois aquela não pode ser extremamente detalhista, nem é capaz de prever todas as situações da vida concreta que possam aumentar ou diminuir a sanção penal. É efetivada pelo juiz, quando aplica a pena utilizando-se de todos os instrumentais fornecidos pelos autos da ação penal, em obediência ao sistema trifásico delineado pelo art. 68 do Código Penal (pena privativa de liberdade), ou ainda ao sistema bifásico inerente à sanção pecuniária (CP, art. 49).

Finalmente, a individualização **administrativa** é efetuada durante a execução da pena, quando o Estado deve zelar por cada condenado de forma

<sup>42</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 145.

singular, mediante tratamento penitenciário ou sistema alternativo no qual se afigure possível a integral realização das finalidades da pena: punição, prevenção geral e especial e ressocialização.

### 2.2.5. Princípio da alteridade

Criado por Claus Roxin, esse princípio proíbe a incriminação de atitude meramente interna do agente, bem como do pensamento ou de condutas moralmente censuráveis, incapazes de invadir o patrimônio jurídico alheio. Em síntese, **ninguém pode ser punido por causar mal apenas a si próprio**, pois uma das características inerentes ao Direito Penal moderno repousa na necessidade de intersubjetividade nas relações penalmente relevantes.<sup>43</sup>

Como já advertia Stuart Mill, citado por Raúl Cervini:

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 insuficiente.<sup>44</sup>

Nesse princípio se fundamenta a impossibilidade de punição da autolesão, bem como a atipicidade da conduta de consumir drogas, uma vez que o crime tipificado pelo art. 28 da Lei 11.343/2006 tem a saúde pública como objetividade jurídica.

### 2.2.6. Princípio da confiança

Bastante difundido no Direito Penal espanhol, trata-se de requisito para a existência do fato típico e se baseia na premissa de que todos devem esperar por parte das demais pessoas comportamentos responsáveis e em consonância com o ordenamento jurídico, almejando evitar danos a terceiros.

Deve-se confiar que o comportamento dos outros se dará de acordo com as regras da experiência, levando-se em conta um juízo estatístico alicerçado naquilo que normalmente acontece (*id quod plerumque accidit*).

Foi desenvolvido inicialmente pela jurisprudência para enfrentar os problemas resultantes dos crimes praticados na direção de veículo automotor. Atualmente, sua utilização é bastante ampla, notadamente nos setores em que exista atuação conjunta de indivíduos, entendendo-se por isso as atividades comunitárias ou em divisão de trabalho.

<sup>43</sup> STJ: HC 81.175/SC, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma, j. 09.11.2010, noticiado no *Informativo* 455.

<sup>44</sup> CERVINI, Raúl. *Los procesos de descriminalización*. 2. ed. Montevideo: Ed. Universidad, 1993. p. 87.



Para Juarez Tavares:

Segundo este princípio, todo aquele que atende adequadamente ao cuidado objetivamente exigido, pode confiar que os demais coparticipantes da mesma atividade também operem cuidadosamente. A consequência da aplicação deste pensamento no direito penal será a de excluir a responsabilidade dos agentes em relação a fatos que se estendam para além do dever concreto que lhes é imposto nas circunstâncias e nas condições existentes no momento de realizar a atividade. Como seria absolutamente impossível exigir-se de cada pessoa uma atenção extraordinária que pudesse ir além daquela que lhe era atribuível segundo juízo concreto de adequação, este princípio vigora como limitador do dever de cuidado, precisamente no âmbito da atividade concreta.<sup>45</sup>

### 2.2.7. Princípio da adequação social

Não pode ser confundido com a teoria social da conduta, idealizada por Johannes Wessels (Capítulo 10, item 10.2.4).

De acordo com esse princípio, não pode ser considerado criminoso o comportamento humano que, embora tipificado em lei, **não afrontar o sentimento social de Justiça**. É o caso, exemplificativamente, dos trotes acadêmicos moderados e da circuncisão realizada pelos judeus.

Advirta-se, porém, que a autorização legal para o exercício de determinada profissão não implica, automaticamente, na adequação social dos crimes praticados em seu bojo. Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que, em crime de descaminho praticado por camelô, a existência de lei regulamentando tal atividade não conduz ao reconhecimento de que o descaminho é socialmente aceitável.<sup>46</sup>

### 2.2.8. Princípio da intervenção mínima

No campo penal, o princípio da reserva legal não basta para salvaguardar o indivíduo. O Estado, respeitada a prévia legalidade dos delitos e das penas, pode criar tipos penais iníquos e instituir penas vexatórias à dignidade da pessoa humana.

Para enfrentar esse problema, estatuiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 8.º, que a lei somente deve prever as penas estritamente necessárias. Surgiu o princípio da intervenção mínima ou da **necessidade**, afirmando ser legítima a intervenção penal apenas quando a criminalização de um fato se constitui meio indispensável para a

<sup>45</sup> TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência: uma contribuição à teoria do crime culposos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 294.

<sup>46</sup> HC 45.153/SC, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma, j. 30.10.2007.

**proteção de determinado bem ou interesse, não podendo ser tutelado por outros ramos do ordenamento jurídico.**

E, nesse contexto, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

A missão do Direito Penal moderno consiste em tutelar os bens jurídicos mais relevantes. Em decorrência disso, a intervenção penal deve ter o caráter fragmentário, protegendo apenas os bens jurídicos mais importantes e em casos de lesões de maior gravidade.<sup>47</sup>

A intervenção mínima tem como **destinatários principais o legislador e o intérprete do Direito**. Àquele, recomenda moderação no momento de eleger as condutas dignas de proteção penal, abstando-se de incriminar qualquer comportamento. Somente deverão ser castigados aqueles que não puderem ser contidos por outros ramos do Direito. Como enfatiza Claus Roxin, “é evidente que nada favorece tanto a criminalidade como a penalização de qualquer bagatela”.<sup>48</sup>

Mas não é só. Ao operador do Direito exige não proceder à operação de tipicidade quando constatar que a pendência pode ser satisfatoriamente resolvida com a atuação de outros ramos do sistema jurídico, em que pese a criação, pelo legislador, do tipo penal incriminador.

É utilizado para amparar a corrente do **direito penal mínimo**. Vale ressaltar, contudo, que a compreensão daquilo que se entende por intervenção mínima varia de acordo com as correntes penais e com a interpretação dos operadores do Direito.

Confira-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.<sup>49</sup>

Do princípio da intervenção mínima decorrem outros dois: fragmentariedade e subsidiariedade.

<sup>47</sup> HC 50.863/PE, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6.ª Turma, j. 04.04.2006.

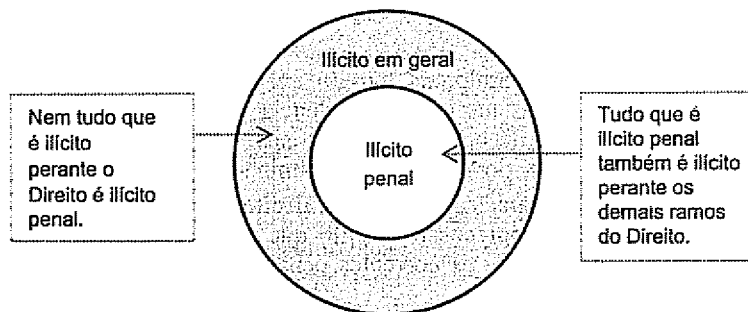
<sup>48</sup> ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natschedetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004. p. 29.

<sup>49</sup> HC 92.463/RS, rel. Min. Celso de Mello, 2.ª Turma, j. 16.10.2007.

## 2.2.9. Princípio da fragmentariedade ou caráter fragmentário do Direito Penal

Estabelece que nem todos os ilícitos configuram infrações penais, mas apenas os que atentam contra valores **fundamentais** para a manutenção e o progresso do ser humano e da sociedade. Em resumo, todo ilícito penal será também ilícito perante os demais ramos do Direito, mas a recíproca não é verdadeira.

Imaginemos dois círculos, e assim poderemos visualizar que um deles, representando o Direito Penal, de tamanho menor, está envolto por outro maior. Dessa forma, todo conteúdo do ilícito penal estaria absorvido pelo círculo mais amplo, representativo do ilícito genérico. Entretanto, parte da figura maior não teria contato com aquela que aloja o Direito Penal e estaria protegida pela fragmentariedade.



Tomemos como exemplo o crime de furto. Agora, raciocinemos levando em conta o gráfico acima apontado.

É fácil concluir que, uma vez praticado o delito contra o patrimônio, a conduta do agente também será considerada ilícita nos demais ramos do ordenamento jurídico, notadamente perante o Direito Civil. De outro lado, nem todo ilícito civil (como é o caso da violação da posse ou da propriedade, sem subtração) caracterizará o crime de furto.

Destarte, pode-se afirmar que, em razão de seu caráter fragmentário, **o Direito Penal é a última etapa de proteção do bem jurídico**. Para o Superior Tribunal de Justiça:

A missão do Direito Penal moderno consiste em tutelar os bens jurídicos mais relevantes. Em decorrência disso, a intervenção penal deve ter o caráter fragmentário, protegendo apenas os bens jurídicos mais importantes e em casos de lesões de maior gravidade.<sup>50</sup>

<sup>50</sup> HC 50.863/PE, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6.ª Turma j. 04.04.2006.

Deve ser utilizado no **plano abstrato**, para o fim de permitir a criação de tipos penais somente quando os demais ramos do Direito tiverem falhado na tarefa de proteção de um bem jurídico.<sup>51</sup> Refere-se, assim, à **atividade legislativa**. Nas palavras de Luiz Luís:

O direito penal, – como já notara Binding, – não encerra um sistema exaustivo de proteção e bens jurídicos, mas um sistema descontinuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los, por ser este o meio indispensável de tutela jurídica.<sup>52</sup>

Portanto, o Direito Penal preocupa-se unicamente com alguns comportamentos (“fragmentos”) contrários ao ordenamento jurídico, tutelando somente os bens jurídicos mais importantes à manutenção e ao desenvolvimento do indivíduo e da coletividade.

Em conclusão, a palavra “**fragmentariedade**” emana de “**fragmento**”; no universo da ilicitude, somente alguns blocos, alguns poucos fragmentos constituem-se em ilícitos penais. Pensemos em uma visão noturna: o céu representaria a ilicitude em geral; as estrelas seriam os ilícitos penais.

### 2.2.10. Princípio da subsidiariedade

Preceitua a atuação do Direito Penal apenas quando os outros ramos do Direito e os demais meios estatais de controle social tiverem se revelado impotentes para o controle da ordem pública.

Em outras palavras, o Direito Penal funciona como um **executor de reserva**, entrando em cena somente quando outros meios estatais de proteção mais brandos, e, portanto, menos invasivos da liberdade individual não forem suficientes para a proteção do bem jurídico tutelado. Caso não seja necessário dele lançar mão, ficará de prontidão, aguardando ser chamado pelo operador do Direito para, ai sim, enfrentar uma conduta que coloca em risco a estrutura da sociedade.

Nas palavras de Santiago Mir Puig:

O Direito Penal deixa de ser necessário para proteger a sociedade quando isto se pode conseguir por outros meios, que serão preferíveis enquanto sejam menos lesivos para os direitos individuais. Trata-se de uma exigência de economia social coerente com a lógica do Estado social, que deve buscar o maior bem social com o menor custo social. O princípio da “**máxima utilidade possível**” para as possíveis vítimas deve combinar-se com o de “**mínimo sofrimento necessário**” para os delinquentes. Ele conduz a uma fundamentação utilitarista do Direito Penal no tendente à maior prevenção possível, senão ao mínimo de prevenção imprescindível. Entra em jogo assim o “**princípio da**

<sup>51</sup> Nesse sentido: STF: HC 86.553/SC, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2.ª Turma, j. 07.03.2006.

<sup>52</sup> LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003. p. 40.

subsidiariedade<sup>53</sup>, segundo o qual o Direito Penal há de ser a *ultima ratio*, o último recurso a utilizar à falta de outros menos lesivos.<sup>53</sup>

Este princípio, ao contrário do postulado da fragmentariedade, se projeta no **plano concreto**, isto é, em sua **atuação prática** o Direito Penal somente se legitima quando os demais meios disponíveis já tiverem sido empregados, sem sucesso, para proteção do bem jurídico. Guarda relação, portanto, com a tarefa de **aplicação da lei penal**. Em outras palavras, o crime já existe, mas, no plano da realidade, o tipo penal não pode ser utilizado, pois, nesta hipótese, não há legitimidade na atuação do Direito Penal. Na ótica do Superior Tribunal de Justiça:

O julgamento do HC 92.438/PR trouxe novo entendimento do STF, especificamente de sua Segunda Turma, ao determinar o trancamento de ação penal pela suposta prática de crime de descaminho (CP, art. 334), cujo tributo iludido totalizou R\$ 5.118,60. O fundamento da concessão da ordem foi o entendimento segundo o qual é inadmissível que uma conduta seja irrelevante no âmbito administrativo e não o seja para o Direito Penal, em observância ao princípio da subsidiariedade.<sup>54</sup>

Extraí-se da leitura do julgado do STJ que o descaminho já foi incriminado, superando a barreira da fragmentariedade. Entretanto, no caso concreto, não incide o art. 334 do Código Penal, em obediência ao princípio da subsidiariedade.

### 2.2.11. Princípio da proporcionalidade

De acordo com o princípio da proporcionalidade, também conhecido como **princípio da razoabilidade** ou da **convivência das liberdades públicas**, a criação de tipos penais incriminadores deve constituir-se em **atividade vantajosa** para os membros da sociedade, eis que impõe um ônus a todos os cidadãos, decorrente da ameaça de punição que a eles acarreta. Sua origem normativa remonta aos itens 20 e 21 da Magna Carta do Rei João sem Terra, de 1215.<sup>55</sup>

Nos moldes atuais, foi desenvolvido inicialmente na Alemanha, sob inspiração de pensamentos jusnaturalistas e iluministas, com os quais se afirmaram as ideias de que a limitação da liberdade individual só se justifica para a concretização de interesses coletivos superiores.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte general. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998. p. 89.

<sup>54</sup> AgRg no REsp 928.851/RS, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 6.ª Turma, j. 14.10.2008.

<sup>55</sup> FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 157.

<sup>56</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 54.

O princípio da proporcionalidade funciona como **forte barreira impositiva de limites ao legislador**. Por corolário, a lei penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, por se tratar de intervenção excessiva na vida dos indivíduos em geral.

Se não bastasse, incide também na dosimetria da pena-base. Como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

Na fixação da pena-base, além do respeito aos ditames legais e da avaliação criteriosa das circunstâncias judiciais, deve ser observado o princípio da proporcionalidade, para que a resposta penal seja justa e suficiente para cumprir o papel de reprovação do ilícito.<sup>57</sup>

Em outras palavras, o princípio da proporcionalidade possui três destinatários: o **legislador (proporcionalidade abstrata)**, o **juiz da ação penal (proporcionalidade concreta)**, e os **órgãos da execução penal (proporcionalidade executória)**.

Na **proporcionalidade abstrata** (ou legislativa), são eleitas as penas mais apropriadas para cada infração penal (seleção qualitativa), bem como as respectivas graduações – mínimo e máximo (seleção quantitativa). Na **proporcionalidade concreta** (ou judicial), orienta-se o magistrado no julgamento da ação penal, promovendo a individualização da pena adequada ao caso concreto. Finalmente, na **individualização executória** (ou administrativa) incidem regras inerentes ao cumprimento da pena, levando-se em conta as condições pessoais e o mérito do condenado.

Vale destacar que, modernamente, o princípio da proporcionalidade deve ser analisado sobre uma dupla ótica. Inicialmente, constitui-se em **proibição ao excesso**, pois é vedada a cominação e aplicação de penas em dose exagerada e desnecessária. Se não bastasse, este princípio impede a **proibição insuficiente de bens jurídicos**, pois não tolera a punição abaixo da medida correta.<sup>58</sup> Nas palavras de Paulo Queiroz:

Convém notar, todavia, que o princípio da proporcionalidade compreende, além da proibição de excesso, a proibição de insuficiência da intervenção jurídico-penal. Significa dizer que, se, por um lado, deve ser combatida a sanção desproporcional porque excessiva, por outro lado, cumpre também evitar a resposta penal que fique muito aquém do seu efetivo merecimento, dado o seu grau de ofensividade e significação político-criminal, afinal a desproporção tanto pode dar-se para mais quanto para menos. Exemplo disso – de insuficiência da resposta penal – são os crimes de abuso de autoridade previstos na Lei n.

<sup>57</sup> HC 84.427/RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª Turma, j. 28.02.2008.

<sup>58</sup> O princípio da proporcionalidade, na modalidade proibição da proteção insuficiente de bens jurídicos, foi utilizado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 418.376/MS, rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, l. 09.02.2006.



4.898/1965, que comina, para as graves infrações que define, pena de detenção de dez dias a seis meses (art. 6.º, § 3.º, *b*).<sup>59</sup>

### 2.2.12. Princípio da humanidade

Esse princípio apregoa a inconstitucionalidade da criação de tipos penais ou a cominação de penas que violam a incolumidade física ou moral de alguém. Dele resulta a impossibilidade de a pena passar da pessoa do condenado, com exceção de alguns efeitos extrapenais da condenação, como a obrigação de reparar o dano na esfera civil (CF, art. 5.º, XLV).

Decorre da **dignidade da pessoa humana**,<sup>60</sup> consagrada no art. 1.º, III, da Constituição Federal como fundamento da República Federativa do Brasil. Foi com base nesse princípio, entre outros, que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o regime integralmente fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade nos crimes hediondos e equiparados, problema superado com a edição da Lei 11.464/2007.

### 2.2.13. Princípio da ofensividade ou da lesividade

Não há infração penal quando a conduta não tiver oferecido ao **menos perigo de lesão ao bem jurídico**. Este princípio atende a manifesta exigência de **delimitação do Direito Penal**, tanto em nível legislativo como no âmbito jurisdicional.

De acordo com o clássico ensinamento de Francesco Palazzo:

Em nível legislativo, o princípio da lesividade (ou ofensividade), enquanto dotado de natureza constitucional, deve impedir o legislador de configurar tipos penais que já hajam sido construídos, *in abstracto*, como fatores indiferentes e preexistentes à norma. Do ponto de vista, pois, do valor e dos interesses sociais, já foram consagrados como inofensivos. Em nível jurisdicional-aplicativo, a integral atuação do princípio da lesividade deve comportar, para o juiz, o dever de excluir a subsistência do crime quando o fato, no mais, em tudo se apresenta na conformidade do tipo, mas, ainda assim, concretamente é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma.<sup>61</sup>

<sup>59</sup> QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*. Parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 45.

<sup>60</sup> A dignidade da pessoa humana deve ser entendida como corolário da natureza humana, pois o ser humano deve ser sempre tratado de modo diferenciado em face da sua natureza racional. Manifesta-se em todas as pessoas, já que cada um, ao respeitar o outro, tem a visão do outro. A dignidade humana existe em todos os indivíduos e impõe o respeito mútuo entre as pessoas. Nesse sentido: SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 1.

<sup>61</sup> PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989. p. 80.

### 2.2.14. Princípio da exclusiva proteção do bem jurídico

O Direito Penal moderno é o Direito Penal do bem jurídico. Nessa seara, o princípio da exclusiva proteção do bem jurídico veda ao Direito Penal a preocupação com as intenções e pensamentos das pessoas, do seu modo de viver ou de pensar, ou ainda de suas condutas internas, enquanto não exteriorizada a atividade delitiva.

O Direito Penal se destina à tutela de bens jurídicos, não podendo ser utilizado para resguardar questões de ordem moral, ética, ideológica, religiosa, política ou semelhantes. Com efeito, a função primordial do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos fundamentais para a preservação e o desenvolvimento do indivíduo e da sociedade.

O princípio da exclusiva proteção do bem jurídico não se confunde com o princípio da alteridade. Neste, há um bem jurídico a ser penalmente tutelado, mas pertencente exclusivamente ao responsável pela conduta legalmente prevista, razão pela qual o Direito Penal não está autorizado a intervir; naquele, por sua vez, não há interesse legítimo a ser protegido pelo Direito Penal.

#### 2.2.14.1. *Eleição de bens jurídicos e a teoria constitucional do Direito Penal*

De acordo com a teoria constitucional do Direito Penal, a tarefa de criação de crimes e cominação de penas somente se legitima quando são tutelados valores consagrados na Constituição Federal. Em outras palavras, a eleição dos bens jurídicos dignos de proteção penal deriva dos mandamentos constitucionais. Exemplificativamente, o fundamento de validade do delito de homicídio é o direito à vida (CF, art. 5.º, *caput*), assim como o arrimo dos crimes de calúnia, difamação e injúria encontra-se no art. 5.º, X, da Lei Suprema, relativo à inviolabilidade da honra. Como leciona Claus Roxin:

O ponto de partida correto consiste em reconhecer que a única restrição previamente dada para o legislador se encontra nos princípios constitucionais. Portanto, 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.<sup>62</sup>

<sup>62</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. espanhola Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 2006. t. I, p. 55-56.



#### 2.2.14.2. *A espiritualização (desmaterialização ou liquefação) de bens jurídicos no Direito Penal*

A ideia de bem jurídico sempre girou em torno da pessoa humana, posteriormente vindo a alcançar também as pessoas jurídicas. Nesse contexto, somente se configurava uma infração penal quando presente uma lesão (dano) a interesses das pessoas, a exemplo da vida, da integridade física, do patrimônio, da liberdade sexual etc.

Com a evolução dos tempos, e visando a antecipação da tutela penal, pois assim mostrou-se possível a prevenção de lesões às pessoas, o Direito Penal passou a também se preocupar com momentos anteriores ao dano, incriminando condutas limitadas à causação do perigo (crimes de perigo concreto e abstrato), ou seja, à exposição de bens jurídicos, notadamente de natureza transindividual, à probabilidade de dano. Exemplificativamente, surgiram crimes ambientais, pois é sabido que a manutenção do meio ambiente sadio e equilibrado é imprescindível à sadia qualidade de vida, e do interesse das presentes e futuras gerações, nos moldes do art. 225, *caput*, da Constituição Federal.

A crescente incursão pela seara dos crimes de perigo, especialmente os de índole abstrata – definidos como os delitos em que a lei presume, de forma absoluta, a situação de perigo ao bem jurídico penalmente tutelado – tem sido chamada de **espiritualização, desmaterialização ou liquefação de bens jurídicos no Direito Penal**.<sup>63</sup>

#### 2.2.15. Princípio da imputação pessoal

O Direito Penal não pode castigar um fato cometido por agente que atue sem culpabilidade. Em outras palavras, não se admite a punição quando se tratar de agente inimputável, sem potencial consciência da ilicitude ou de quem não se possa exigir conduta diversa.

O fundamento da responsabilidade penal pessoal é a culpabilidade (*nulla poena sine culpa*).

#### 2.2.16. Princípio da responsabilidade pelo fato

Os tipos penais devem definir fatos, associando-lhes as penas respectivas, e não estereotipar autores em razão de alguma condição específica. Não se admite um **Direito Penal do autor**, mas somente um **Direito Penal do fato**.

<sup>63</sup> Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. espanhola Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 2006. t. I, p. 410.

Ninguém pode ser punido exclusivamente por questões pessoais. Ao contrário, a pena se destina ao agente culpável condenado, após o devido processo legal, pela prática de um fato típico e ilícito.

Historicamente, pode ser lembrado como *Direito Penal do autor* o da Alemanha nazista, no qual não existiam propriamente crimes, mas criminosos. Em tempos atuais, com ele guarda sintonia o **Direito Penal do inimigo**, idealizado pelo alemão Günther Jakobs, estudado mais adiante (Capítulo 6, item 6.5.4).

A tese que sustenta ser a agravante genérica da reincidência resquício de um Direito Penal do autor não é aceita pela jurisprudência. Confira a posição do Superior Tribunal de Justiça:

O Tribunal Estadual, para afastar a agravante da reincidência, afirmou, tão somente, que ela agride o sistema por *bis in idem*, recuperando o modelo superado do Direito Penal do autor. É uníssono o entendimento desta Corte de que, dentro dos limites legais, caracterizada a reincidência, a agravante deve ser considerada, por se constituir em elemento que representa maior reprovação da conduta, pela repetição de novo crime, circunstância essa que deve ser valorada no momento da resposta penal a ser dada pelo Magistrado.<sup>64</sup>

### 2.2.17. Princípio da personalidade ou da intranscendência

Ninguém pode ser responsabilizado por fato cometido por terceira pessoa. Consequentemente, a pena não pode passar da pessoa do condenado (CF, art. 5.º, XLV). Como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal: “O postulado da intranscendência impede que sanções e restrições de ordem jurídica superem a dimensão estritamente pessoal do infrator”.<sup>65</sup>

### 2.2.18. Princípio da responsabilidade penal subjetiva

Nenhum resultado penalmente relevante pode ser atribuído a quem não o tenha produzido por dolo ou culpa.<sup>66</sup> A disposição contida no art. 19 do Código Penal exclui a responsabilidade penal objetiva.

Em clássico julgamento, assim se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

<sup>64</sup> AgRg nos EDcl no REsp 965.071/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª Turma, j. 26.02.2006.

<sup>65</sup> Agr-QO 1.033/DF, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 25.05.2006.

<sup>66</sup> Há doutrinadores que denominam esse postulado de “princípio da culpabilidade”. É o caso de LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2003. p. 32. Com o devido respeito, essa posição não nos parece adequada. Culpabilidade, dependendo da estrutura do crime e da teoria da conduta que se adotem, deve ser entendida como elemento do delito ou pressuposto de aplicação da pena. Não se confunde com os elementos subjetivos do delito, os quais, na teoria clássica da conduta, funcionam como requisitos da culpabilidade.

O Direito penal moderno é Direito Penal da culpa. Não se prescinde do elemento subjetivo. Intolerável a responsabilidade pelo fato de outrem. A sanção, medida político-jurídica de resposta ao delinquente, deve ajustar-se a conduta delituosa. Conduta é fenômeno ocorrente no plano da experiência. É fato. Fato não se presume. Existe, ou não existe.<sup>67</sup>

Apontam-se vestígios da responsabilidade objetiva em duas situações no Direito Penal brasileiro. Seriam as seguintes:

- 1) Rixa qualificada (art. 137, parágrafo único, do Código Penal); e
- 2) Punição das infrações penais praticadas em estado de embriaguez voluntária ou culposa, decorrente da ação da teoria da *actio libera in causa* (art. 28, II do CP).<sup>68</sup>

### 2.2.19. Princípio do *ne bis in idem*

Não se admite, em hipótese alguma, a **dupla punição pelo mesmo fato**. Com base nesse princípio foi editada a Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

A reincidência como agravante genérica quando da prática de novo crime, contudo, não importa em violação desse princípio. A regra prevista no art. 61, I, do Código Penal encontra-se em sintonia com o ordenamento jurídico em vigor. Na visão do Supremo Tribunal Federal:

A majoração da pena resultante da reincidência não configura violação ao princípio do *non bis in idem*. Com base nesse entendimento e assentando a recepção, pela CF/88, do I do art. 61 do CP (“São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I – a reincidência;”), a Turma indeferiu *habeas corpus* em que condenado pela prática do crime de roubo, cuja pena fora majorada em razão da reincidência, e mantida pelo STJ, sustentava que a sua utilização, como causa obrigatória de agravamento da pena, conflitaria com o aludido princípio constitucional, porquanto estabeleceria como regra a punição a fato já punido.<sup>69</sup>

Vale ressaltar, porém, que a existência de duas ou mais ações penais, em searas judiciais diversas, pela prática de fatos distintos, não acarreta

<sup>67</sup> REsp 154.137/PB, rel. Min. Luiz Vicente Camicchiaro, 6.ª Turma, j. 06.10.1998.

<sup>68</sup> Falava-se, também, em violação ao princípio em estudo na responsabilidade penal sucessiva, ou responsabilidade penal “em cascata”, nos crimes previstos na Lei de Imprensa (arts. 37 a 39 da Lei 5.250/1967). Esta lei, entretanto, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130-7/DF, ajuizada pelo PDT – Partido Democrático Trabalhista (STF: ADPF 130-7/DF, rel. Min. Carlos Brito, Plenário, j. 30.04.2009), com base, precipuamente, nos valores do Estado Democrático de Direito acolhidos pela Constituição Federal, especialmente a liberdade de expressão e o princípio da isonomia. Para um estudo aprofundado do tema, vide: ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

<sup>69</sup> HC 91.688/RS, rel. Min. Eros Grau, 2.ª Turma, j. 14.08.2007, noticiado no *Informativo* 476.

violação a esse princípio. No trágico acidente envolvendo avião da empresa Gol Linhas Aéreas, pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça:

Não ofende o princípio do *ne bis in idem* o fato de os controladores de voo estarem respondendo a processo na Justiça Militar e na Justiça comum pelo mesmo fato da vida, qual seja o acidente aéreo que ocasionou a queda do Boeing 737/800 da Gol Linhas Aéreas no Município de Peixoto de Azevedo, no Estado do Mato Grosso, com a morte de todos os seus ocupantes, uma vez que as imputações são distintas. Solução que se encontra, *mutatis mutandis*, no enunciado da Súmula 90/STJ: "Compete à Justiça Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e à Comum pela prática do crime comum simultâneo àquele".<sup>70</sup>

### 2.2.20. Princípio da isonomia

Consagrou-se o princípio da isonomia, ou da igualdade, como a obrigação de tratar igualmente aos iguais, e desigualmente aos desiguais, na medida de suas desigualdades. Como acentua Celso Antônio Bandeira de Mello:

O preceito magno da igualdade é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas.<sup>71</sup>

No Direito Penal, importa em dizer que as pessoas em igual situação devem receber idêntico tratamento jurídico, e aquelas que se encontram em posições diferentes merecem um enquadramento diverso, tanto por parte do legislador como também pelo juiz. Exemplificativamente, um traficante de drogas, primário e com o qual foi apreendida a quantidade de dez gramas de cocaína, deve ser apenado mais suavemente do que outro traficante reincidente e preso em flagrante pelo depósito de uma tonelada da mesma droga.

## 2.3. QUESTÕES

1. (43.º Promotor de Justiça – MP/MG) O princípio da insignificância atua como instrumento de:
  - (A) diminuição da pena.
  - (B) extinção da punibilidade.
  - (C) interpretação restritiva do tipo penal.
  - (D) limitação da culpabilidade do agente.
  - (E) mensuração da ilicitude da conduta.

<sup>70</sup> CC 91.016/MT, rel. Min. Paulo Gallotti, 3.ª Seção, j. 27.02.2008.

<sup>71</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 9.

2. (85.º Promotor de Justiça – MP/SP) Em relação ao princípio da insignificância ou de bagatela, assinale a alternativa incorreta:
- (A) seu reconhecimento exclui a tipicidade, constituindo-se em instrumento de interpretação restritiva do tipo penal.
  - (B) somente pode ser invocado em relação a fatos que geraram mínima perturbação social.
  - (C) sua aplicação não é prevista no Código Penal, mas é amplamente admitida pela doutrina e jurisprudência.
  - (D) somente tem aplicabilidade em crimes contra o patrimônio.
  - (E) exige, para seu reconhecimento, que as consequências da conduta tenham sido de pequena relevância.
3. (MAGISTRATURA/MS – FCC/2010) O princípio de intervenção mínima do Direito Penal encontra expressão
- (A) no princípio da fragmentariedade e na proposta funcionalista.
  - (B) na teoria da imputação objetiva e no princípio da subsidiariedade.
  - (C) no princípio da subsidiariedade e na proposta funcionalista.
  - (D) nos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade.
  - (E) na teoria da imputação objetiva e no princípio da fragmentariedade.
4. (Juiz de Direito – TJ/TO – 2007) Assinale a opção correta no que diz respeito ao entendimento do STJ acerca do princípio da insignificância e sua aplicação ao direito penal:
- (A) O fato de o réu possuir antecedentes criminais impede a aplicação do princípio da insignificância.
  - (B) O pequeno valor da *res furtiva*, por si só, autoriza a aplicação do princípio da insignificância.
  - (C) Uma quantidade mínima de cocaína apreendida, em hipótese alguma, pode constituir causa justa para trancamento da ação penal, com base no princípio da insignificância.
  - (D) São sinônimas as expressões “bem de pequeno valor” e “bem de valor insignificante”, sendo a consequência jurídica, em ambos os casos, a aplicação do princípio da insignificância, que exclui a tipicidade penal.
5. (Juiz de Direito – TJ/SP – 178.º) Assinale a alternativa correta:
- (A) O princípio da reserva legal pressupõe a existência de lei anterior, emanada do Poder Legislativo, definindo o crime e a pena, sendo lícito afirmar, então, que as medidas provisórias não podem definir crimes e impor penas.
  - (B) A analogia, como forma de autointegração da lei, pode ser amplamente aplicada no âmbito do direito penal.
  - (C) O princípio da legalidade admite, por exceção, a revogação da lei pelo direito consuetudinário.
  - (D) O postulado da taxatividade, consequência do princípio da legalidade, que expressa a exigência de que a lei penal incriminadora seja clara, certa e precisa, torna ilegítimas as normas penais em branco.
6. (Defensoria Pública/PI – CESPE/2009) Em relação à aplicação do princípio da insignificância no direito penal, assinale a opção correta.
- (A) Segundo entendimento do STF, tal princípio qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade penal. Segundo entendimento do STJ, é possível a aplicação de tal princípio às condutas regidas pelo ECA.

- (B) Não se aplica tal princípio quando o prejuízo financeiro provocado pela conduta delituosa tiver valor considerável, como, por exemplo, a quantia de R\$ 10.000,00, qualquer que seja o crime.
- (C) Para se aferir a insignificância de uma conduta, em tese delituosa, a análise do fato limita-se ao aspecto patrimonial, sendo vedado ao aplicador do direito a consideração de outros elementos.
- (D) Tratando-se da conduta de posse de substância entorpecente, ainda que em pequena quantidade, não se admite aplicação desse princípio, segundo a jurisprudência do STF.
- (E) O agente que rouba uma nota de dois reais deve-se beneficiar da aplicação de tal princípio.
7. (MP/GO – 2009) Considere as seguintes proposições: I – O princípio da intervenção mínima estabelece que o direito penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens. II – Pelo princípio da adequação social tem-se que apesar de uma conduta se subsumir formalmente ao modelo legal, não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida. III - O princípio do *ne bis in idem* veda a incidência de mais de uma punição individual pelo mesmo fato (tríplice identidade entre sujeito, fato e fundamento). IV – Segundo o princípio da fragmentariedade só devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetem intimamente um bem jurídico-penal.
- (A) Apenas uma proposição está correta.
- (B) Apenas duas proposições estão corretas.
- (C) Apenas três proposições estão corretas.
- (D) As quatro proposições estão corretas.
8. (PGE/PE – CESPE/2009) A respeito dos princípios constitucionais penais, assinale a opção correta.
- (A) Fere o princípio da legalidade, também conhecido por princípio da reserva legal, a criação de crimes e penas por meio de medida provisória.
- (B) A lei penal mais favorável ao réu tem efeito extra-ativo relativo, pois, apesar de ser aplicada a crimes ocorridos antes de sua vigência, não se aplica a crimes ocorridos durante a sua vigência caso seja posteriormente revogada.
- (C) A responsabilidade pela indenização do prejuízo que foi causado pelo condenado ao cometer o crime não pode ser estendida aos seus herdeiros, sem que, com isso, seja violado o princípio da personalidade da pena.
- (D) Em razão do princípio da presunção de inocência, não é possível haver prisão antes da sentença condenatória transitada em julgado.
- (E) No Brasil vige, de forma absoluta, o princípio da vedação à pena de morte, inexistindo exceções.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

Obs.: Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no site [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).



## A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

Sumário: 3.1. O Direito Penal dos povos primitivos: 3.1.1. Introdução; 3.1.2. Vingança divina; 3.1.3. Vingança privada; 3.1.4. Vingança pública – 3.2. Idade antiga: Direito Penal grego e Direito Penal romano: 3.2.1. Direito Penal grego; 3.2.2. Direito Penal romano – 3.3. Idade Média: 3.3.1. Direito Penal germânico; 3.3.2. Direito Penal canônico – 3.4. Idade Moderna: 3.4.1. Período humanitário – O pensamento de Beccaria.

### 3.1. O DIREITO PENAL DOS POVOS PRIMITIVOS

#### 3.1.1. Introdução

Pode-se afirmar, com segurança, que a história da pena e, consequentemente, do Direito Penal, embora não sistematizado, se confunde com a história da própria humanidade.

De fato, o ponto de partida da história da pena coincide com o ponto de partida da história da humanidade. Em todos os tempos, em todas as raças, vislumbra-se a pena como uma ingerência na esfera do poder e da vontade do indivíduo que ofendeu e porque ofendeu as esferas de poder e da vontade de outrem.

É correto, pois, reconhecer a existência da pena como um fato histórico primitivo, bem como considerar o Direito Penal a primeira e mais antiga camada da história da evolução do Direito. Além disso, as diversas fases da evolução da vingança penal deixam evidente que não se trata de uma progressão sistemática, com princípios, períodos e épocas capazes de distinguir cada um de seus estágios, mas algo que foi se desenvolvendo para atender as necessidades de seu tempo.

Por tal razão, pode ser adotada uma **tríplice divisão**, representada pelas seguintes fases: (1) vingança divina; (2) vingança privada; e (3) vingança pública. Todas essas etapas foram marcadas por forte sentimento religioso e espiritual. Vale ressaltar ser essa divisão meramente didática, haja vista uma fase se interligar e conviver com outra durante os tempos primitivos.

### 3.1.2. Vingança divina

O homem primitivo não regulava sua conduta pelos princípios da causalidade e da consciência em torno de sua essência e circunstância, mas sim no “temor religioso ou mágico, sobretudo em relação com o culto dos antepassados, cumpridores das normas, e com certas instituições de fundo mágico ou religioso”.<sup>1</sup>

Essa visão mágica e contraditória do homem e do mundo era nutrida pelos *totens* e *tabus*, os quais marcavam presença nas diversas modalidades da pena, com nítido e singular caráter expiatório.

Os totens assumiam as mais variadas formas de animais, vegetais ou qualquer outro objeto considerado como ancestral ou símbolo de uma coletividade, caracterizando-se como seu protetor e objetos de tabus e deveres particulares. Para Freud, o totem,

via de regra, é um animal (comível e inofensivo, ou perigoso e temido) e mais raramente um vegetal ou um fenômeno natural (como a chuva e a água), que mantém relação peculiar com todo o clã. Em primeiro lugar, o totem é o passado comum do clã; ao mesmo tempo, é o seu espírito guardião e auxiliar, que lhe envia oráculos, e embora perigoso para os outros, reconhece e poupa seus próprios filhos. Em compensação, os integrantes estão na obrigação sagrada (sujeita a sanções automáticas) de não matar nem destruir seu totem e evitar comer sua carne (ou tirar proveito dele de outras maneiras).<sup>2</sup>

O tabu consistia na proibição dos profanos de se relacionarem com pessoas, objetos ou lugares determinados, ou dele se aproximarem, em virtude do caráter sagrado que possuíam, e a sua violação acarretava ao culpado ou ao seu grupo o castigo da divindade.

Pelo fato de que para esses povos a lei tinha origem divina e, como tal, sua violação consistia numa ofensa aos deuses, **punia-se o infrator para desagrar a divindade**, bem como para purgar o seu grupo das impurezas trazidas pelo crime.

Uma das reações contra o criminoso era a expulsão do grupo (desterro), medida que se destinava, além de eliminar aquele que se tornara um

<sup>1</sup> BRUNO, Anibal. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. I, p. 54.

<sup>2</sup> FREUD, Sigmund. *Totem e tabu*. Trad. Orizon Carneiro Muniz. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1995. v. 13, p. 22. (Obras completas de Sigmund Freud.)



inimigo da comunidade e dos seus deuses e forças mágicas, a evitar que a classe social fosse contagiada pela mácula que impregnava o agente, bem como as reações vingativas dos seres sobrenaturais a que o grupo estava submetido.

Destarte, o castigo consistia no sacrifício de sua vida. Castigava-se com rigor, com notória crueldade, eis que o castigo deveria estar em consonância com a grandeza do deus ofendido, a fim de amenizar sua cólera e reconquistar sua benevolência para com o seu povo.

Destacava-se a pena de **perda da paz**: como a paz está sob a proteção dos deuses, a vingança tem o seu fundamento no preceito divino. Uma vez perdida a paz, o delinquente perdia a proteção do clã, ficando exposto à sua própria sorte.

### 3.1.3. Vingança privada

Surge, posteriormente à vingança divina, a fase da vingança privada, em decorrência principalmente do crescimento dos povos e da complexidade social daí resultante. Era uma vingança entre os grupos, eis que encaravam a infração como uma ofensa não relacionada diretamente à vítima, mas, sobretudo, ao grupo a que pertencia.

O homem primitivo tinha forte laço com sua comunidade, uma vez que, fora dela, sentia-se desprotegido ante sua imaginação mágica. Fica nítida a inter-relação entre a vingança divina e a privada.

Desse modo, imperava a lei do mais forte, a vingança de sangue, em que o próprio ofendido ou outra pessoa do seu grupo exercia o direito de voltar-se contra o agressor, fazendo “justiça pelas próprias mãos”, cometendo, na maioria dos casos, excessos e demasias, o que culminava com a disseminação do ódio e consequentes guerras entre grupos.

Para demonstrar a intensa ligação do homem primitivo com sua comunidade, “se uma pessoa de determinado grupo era atingida por um grupo estrangeiro, a vingança era coletiva e incidia sobre todo o grupo agressor”.<sup>3</sup>

Portanto, inexistia qualquer proporção entre o delito praticado e a pena imposta, e, nesse sentido, envolvia desde o indivíduo isoladamente considerado até o seu grupo social, com sangrentas batalhas, causando, muitas vezes, a completa eliminação das tribos.

Tamanha era a desproporção da vingança que um crime praticado por um indivíduo não raras vezes atingia como retribuição crianças e pessoas doentes, integrantes do grupo do infrator. Recaía, inclusive, sobre animais ou coisas.

<sup>3</sup> MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 3.

Com o propósito de evitar a dizimação dos grupos, surge a **Lei do Talião**, do latim *talis = tal qual*: “Pagará a vida com a vida; mão com mão, pé por pé, olho por olho, queimadura por queimadura” (Êxodo, XXI, versículos 23 a 25).

Por mais impressionante que essa afirmação possa se revelar, cuida-se da **pioneira manifestação do princípio da proporcionalidade**, por representar tratamento igualitário entre autor e vítima. Foi a primeira tentativa de humanização da sanção penal, apesar de nos dias atuais revelar-se como brutal e cruel, e restou acolhida pelo Código de Hamurabi (Babilônia), pelo Êxodo (hebreus) e na Lei das XII Tábuas (romanos).

A título de exemplificação, dispunha o Código de Hamurabi: “Art. 209. Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez siclos pelo feto”.<sup>4</sup> E também: “Art. 210. Se essa mulher morre, então deverá matar o filho dele”.

No Êxodo dos hebreus: “Aquele que ferir, mortalmente, um homem, será morto”.

E na Lei das XII Tábuas: “Se alguém difama outrem com palavras ou cânticos, que seja fustigado”. Ainda: “Se alguém profere um falso testemunho, que seja precipitado da rocha Tarpéia”. E também: “Se alguém matou o pai ou a mãe, que se lhe envolva a cabeça e seja colocado em um saco costurado e lançado ao rio”.

Com o passar do tempo, diante do elevado número de infratores, as populações ficavam deformadas, motivo pelo qual se evoluiu para o **sistema da composição**, forma de conciliação entre o ofensor e o ofendido ou seus familiares, pela prestação pecuniária como forma de reparar o dano (dinheiro da paz). O ofensor comprava sua liberdade, evitando o castigo.

Por exemplo, dispunha a norma das Leis Mosaicas: “Se um homem furtar um boi ou um carneiro, e o matar ou vender, pagará cinco bois pelo boi e quatro carneiros pelo carneiro”.

A composição – largamente aceita em sua época – constitui um dos antecedentes da moderna reparação do dano do Direito Civil e das penas pecuniárias.

### 3.1.4. Vingança pública

Com a evolução política da sociedade e melhor organização comunitária, o Estado avocou o poder-dever de manter a ordem e a segurança social, conferindo a seus agentes a autoridade para punir em nome de seus súditos. A pena assume nitido caráter público.

<sup>4</sup> Siclos é uma antiga moeda dos hebreus, de prata, cujo peso equivalia a seis gramas.

Os ofendidos não mais necessitam recorrer às suas próprias forças.

A finalidade dessa fase era garantir a segurança do soberano, por meio da aplicação da sanção penal, ainda dominada pela crueldade e desumanidade, característica do direito penal então vigente.

Cabia a uma terceira pessoa, no caso o Estado – representante da coletividade e em tese sem interesse no conflito existente –, decidir impessoalmente a questão posta à sua análise, ainda que de maneira arbitrária.

Nessa época, as penas ainda eram largamente intimidatórias e cruéis, destacando-se o esquiteamento, a roda, a fogueira, a decapitação, a forca, os castigos corporais e amputações, entre outras.

## 3.2. IDADE ANTIGA: DIREITO PENAL GREGO E DIREITO PENAL ROMANO

### 3.2.1. Direito Penal grego

Na Grécia Antiga, em seus primórdios, o crime e a pena se inspiravam no sentimento religioso. Governava-se em nome de Zeus.

A civilização grega produziu filósofos, historiadores, escritores e grandes pensadores, que iniciaram o estudo da ciência política. Como expoentes, podem ser lembrados Sócrates, Platão, Aristóteles, Esquilo, Sófocles e Eurípedes.

Com a Ciência Política iniciaram-se as grandes discussões sobre política, ética, liberdade e justiça, bem como noções e fundamento do direito de punir e da finalidade da pena, influenciando profundamente a Ciência do Direito.

Em que pesem os estudos democráticos e filosóficos então reinantes, os gregos pouco se preocuparam com os direitos fundamentais. De fato, todas as questões da vida, seja no campo social ou político, giravam em torno da cidade (*polis*). O homem não era concebido em sua individualidade. A própria noção de democracia estava ligada à integração do homem ao Estado e, por essa razão, a escravidão era plenamente justificada.

Contribuíram ao colocar em pauta discussões relevantes acerca do fundamento do direito de punir e a finalidade da pena que, no futuro e até nos dias de hoje, atormentam as mentes dos juristas.

Na justiça ateniense, as penas passaram a ser dotadas de certa dose de humanidade. Autorizava-se, exemplificativamente, a absolvição do culpado, quando a sua eliminação fosse capaz de prejudicar os inocentes dele dependentes para sobreviver. Pensava-se, no caso, no desenvolvimento da sociedade, e não propriamente no acusado.

### 3.2.2. Direito Penal romano

A história do Direito Romano divide-se em várias etapas, as quais percorreram 22 séculos (de 753 a.C. a 1453 d.C.), passando por grandes transformações.

Em matéria penal, o poder dos magistrados, intitulado *coercitio*, era totalmente discricionário e limitado apenas pela apelação ao povo (*provocatio ad populum*), direito exclusivo do cidadão romano. Portanto, dele não se podiam valer as mulheres, os escravos e os estrangeiros.

Por força da possibilidade de apelação ao povo, mesmo não existindo o princípio da reserva legal, as decisões passaram a se revestir de fundamentação, proporcionando maior segurança jurídica aos cidadãos romanos.

A elaboração da Lei das XII Tábuas foi fundamental para a evolução do Direito Romano, já que disciplinou a utilização da vingança privada. Com o passar do tempo a administração da justiça foi transferida do particular para um poder estatal central.

De igual modo, o Direito Romano passou por um período de laicização, deixando a lei de ser uma mensagem dos deuses. Prescrevia a Lei das XII Tábuas: “O que os sufrágios do povo ordenaram em último lugar, essa é a lei”.

Em toda a sua existência, o Império Romano teve como prioridade a busca pelo poder e pela prosperidade. Por tal motivo, não se ateu à proteção dos direitos fundamentais em face do arbítrio estatal. O que se garantia eram os direitos das classes privilegiadas, como os imperadores e patricios.

Somente com o Cristianismo houve maior percepção da importância pelo respeito aos direitos fundamentais do homem, que passou a ser concebido como **imagem e semelhança de Deus**.

Em Roma surgiu a distinção entre crimes públicos e crimes privados.

**Crimes públicos** envolviam a traição ou a conspiração política contra o Estado e o assassinato, **enquanto os demais eram crimes privados** (critério residual). O julgamento dos crimes públicos era atribuição do Estado, por meio de um magistrado, e realizado por tribunais especiais. A sanção aplicada era a pena capital.

Já o julgamento dos crimes privados era confiado ao particular ofendido, interferindo o Estado apenas para regular o seu exercício. Tais delitos pertenciam ao Direito privado e não passavam de meras fontes de obrigações.

Na visão de Sêneca àquela época, as finalidades atribuídas à pena eram: castigo, emenda, satisfação à vítima, prevenção geral pela intimidação e segurança social.

Ao final da República foram publicadas as *leges corneliae* e *juliae*, as quais criaram uma verdadeira tipologia de crimes para a época, catalogando

os comportamentos criminosos. Foi a primeira manifestação, ainda que tímida, do princípio da reserva legal.

Os romanos também conheceram alguns institutos importantes: nexo causal, dolo e culpa, caso fortuito, inimputabilidade, menoridade, concurso de pessoas, legítima defesa, penas e sua dosagem. Não procuraram defini-los. Ao contrário, os utilizavam casuisticamente, sem o apego à criação de uma teoria geral do Direito Penal.

### 3.3. IDADE MÉDIA

O Direito Penal da Idade Média compreende, principalmente, o Direito Penal germânico e o Direito Penal canônico.

#### 3.3.1. Direito Penal germânico

**Não tinha leis escritas.** Caracterizava-se como direito consuetudinário, concebido como uma **ordem de paz**. Sua transgressão poderia assumir caráter público ou privado: se público, impunha-se a perda da paz, consistente na ausência de proteção jurídica, podendo o agressor ser perseguido e morto por qualquer pessoa; se privado o crime, o infrator era entregue à vítima ou a seus familiares para que exercessem o direito de vingança. Havia penas de morte, corporais (mutilação), exílio etc.

Mais tarde, por influência do Direito Romano e do Cristianismo, foram adotadas a Lei do Talião e a composição, demonstrando traços de proporcionalidade no Direito Penal germânico.

Em decorrência da instituição de um poder público, representante da vontade do povo, a pena de morte passou a poder ser substituída por um *preço da paz* (semelhante a uma fiança), em que o violador da lei pagava uma pecúnia em troca de sua liberdade. Como destaca Aníbal Bruno:

A porção penal das leis germânicas – *Leges barbarorum*, da época franca, e outras posteriores a essa compilação – tornou-se, na sua maior parte, um minucioso tabelamento de taxas penais, variáveis segundo a gravidade das lesões e também a categoria do ofendido, ou a sua idade ou sexo.<sup>5</sup>

Era o sistema da **composição pecuniária** (*Vehgeld*), que muito bem substituiu a vingança privada, no qual predominava a responsabilidade penal objetiva.

Em relação às provas, acolhiam-se as **ordálias** ou **juízos de deus**, caracterizadas por superstições e atos cruéis, sem chances de defesa para os réus,

<sup>5</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. I, p. 69-70.

que deveriam, por exemplo, caminhar sobre o fogo ou mergulhar em água fervente, sem suportar ferimentos, para que fosse provada a sua inocência, razão pela qual quase nunca se livravam das bárbaras punições.

### 3.3.2. Direito Penal canônico

É o ordenamento jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana, e a primeira consolidação de suas normas e regras se deu por volta do ano de 1140, por decreto de Graciano.

Inicialmente, teve caráter meramente disciplinar, destinando-se apenas aos seus membros. Aos poucos, com a crescente influência da Igreja e enfraquecimento do Estado, estendeu-se a religiosos e leigos, desde que os fatos tivessem conotação religiosa. Serviu-se do **procedimento de inquisição**: início de ofício, utilização de tortura e penas cruéis.

Nada obstante predominasse à época o caráter retributivo da pena, no Direito Penal canônico a pena se dirigia à cura do delinquente, à sua recuperação, pois se destinavam ao seu arrependimento perante a divindade (*poenas medicinales*). E, como destaca Aníbal Bruno:

Era natural que nesse Direito a pena tivesse caráter sacral, mas, embora fosse, em princípio, de base retribucionista, vingança divina, vingança *zelo justitiae et bono animo* e não vingança *amore ipsius vindictae*, dirigia-se também à correção do criminoso. Apesar da rudeza dos tempos e dos excessos e crueldades dos hereges, deve-se à Igreja ter contribuído para a disciplina da repressão anti-criminal e o fortalecimento da autoridade pública; pelo combate à prática da vingança privada com a instituição das tréguas de Deus e do asilo religioso. Reagiu, assim, contra o espírito individualista do Direito germânico, apressando a marcha do Direito punitivo para a pena pública como única sanção justa e regular.<sup>6</sup>

Diferentemente dos germanos, aqui preponderava o elemento subjetivo para a incriminação de alguém.

A jurisdição eclesiástica era dividida em dois grupos: **em razão da pessoa** (*ratione personae*) e **em razão da matéria** (*ratione materiae*). Na primeira, o religioso era sempre julgado por um Tribunal da Igreja, independentemente do crime praticado. Na segunda, por seu turno, a competência eclesiástica era fixada ainda que o crime fosse cometido por um leigo. Os delitos se dividiam em:

- a) *Delicta ecclesiastica*: ofendiam o direito divino, eram da competência dos tribunais eclesiásticos e punidos com penitências;

<sup>6</sup> Idem, *ibidem*, t. I, p. 72.

- b) *Delicta mera secularia*: ofendiam apenas a ordem jurídica laica, eram julgados pelos tribunais do Estado e suportavam as penas comuns. Eventualmente, sofriam punição eclesiástica com as *poena medicinales*; e
- c) *Delicta mixta*: violavam as ordens religiosa e laica, e eram julgados pelo Tribunal que primeiro tivesse conhecimento da ofensa. Pela Igreja eram punidos com as *poena vindicativae*.

Contribuiu consideravelmente para o surgimento da prisão moderna, principalmente no tocante à reforma do criminoso. Do vocábulo “penitência” derivam os termos “penitenciária” e “penitenciário”. O cárcere, como instrumento espiritual de castigo, foi desenvolvido pelo Direito Canônico, uma vez que, pelo sofrimento e pela solidão, a alma do homem se depura e purga o pecado. A penitência visava aproximar o criminoso de Deus.

Nas palavras de João Bernardino Gonzaga:

De acordo com o pensamento da Igreja, a prisão penal não se destinava a castigar o condenado, mas a levá-lo ao isolamento propício à reflexão salvadora, bem como servia para impedir que ele continuasse a exercer más influências no rebanho cristão.<sup>7</sup>

Com a doutrina da Igreja, a prática das ordálias ou juízos de Deus, comum ao povo germânico, decaiu significativamente.

Ainda na Idade Média havia o Direito comum, produto da reunião do Direito Romano, do Direito germânico e do Direito Canônico com os direitos locais.

Importante ressaltar que essa época foi palco de grandes injustiças e horrores, caracterizada pela arbitrariedade do Judiciário, o qual criava e extinguiu definições de crimes ao seu bel-prazer, de acordo com seus interesses, bem como pela crueldade na execução das penas que, aliás, eram diferentes para nobres e plebeus, muito mais brutais para os últimos.

Podem ser apontadas como penas desse tempo: força, fogueira, arrancamento das vísceras, enterramento com vida, afogamento, esquarteramento, mutilações (pés, mãos, lábios, orelhas e castração), entre outras de semelhante natureza.

Os condenados eram julgados mediante o arbítrio do Estado, intimamente vinculado com a ordem cristã, sem a possibilidade de defesa ou de um devido processo legal. Torturava-se para a obtenção de confissões e da verdade, mormente em relação às “feiticeiras” (mulheres que detinham conhecimentos medicinais).

<sup>7</sup> GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 135.

A razão da vingança social ou divina e o objetivo da intimidação e exemplaridade justificavam os excessos, amparados pelas leis confusas e indeterminadas, normalmente prolixas, e interpretadas em conformidade com o arbítrio da Igreja e dos juízes por ela doutrinados.

### 3.4. IDADE MODERNA

Sob o influxo do **iluminismo**, destaca-se a clássica obra *Dos delitos e das penas*, de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria.

#### 3.4.1. Período humanitário – O pensamento de Beccaria

O Absolutismo impunha atos de punição crudelíssimos e arbitrários, por meio de graves suplícios. A sociedade não mais suportava tal forma de agir do Estado e a filosofia iluminista do século XVIII orientava a evolução da humanidade. Preparava-se o espírito dos indivíduos para a eclosão da Revolução Francesa.

De forma impressionante para a época, Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, antecipa as ideias posteriormente consagradas na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, pugnando de maneira universal pela abolição da pena de morte.

Publica, em Milão, no ano de 1764, a famosa obra *Dei delitti e delle pene*, que abre caminho ao movimento da Escola Clássica.<sup>8</sup>

Baseia seu pensamento no **contrato social de Rousseau**, de forma que o criminoso passa a ser reputado como violador do pacto social, sendo então considerado adversário da sociedade. A pena perdia seu caráter religioso, predominando a razão sobre questões espirituais.

Surge a questão do **livre-arbítrio**, ou seja, o homem pratica um crime consciente de sua conduta antissocial. Como consequência do controle do indivíduo sobre os seus atos, decorre que **a pena deve ser sempre legalmente prevista**, para que todos saibam diferenciar o vedado do permitido e escolher o caminho a trilhar, devendo ainda a sanção penal guardar proporcionalidade com o crime praticado, na medida exata da retribuição necessária.

No pensamento de Beccaria, **a pena deve ser proporcional**, uma vez que os gritos de horror como consequências das torturas não retiram a realidade da ação já praticada, revelando a inutilidade dos tormentos. Dessa forma, à medida da crueldade dos tormentos, enrijece-se a alma pelo espetáculo da barbárie, e, quanto maiores os castigos, mais o indivíduo se dispõe a praticar novos crimes para subtraír-se da pena que por primeiro mereceu.

<sup>8</sup> Consultamos a obra: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Bertl Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1991.



Para ele, a pena deveria ser imposta somente para que o condenado não voltasse a cometer crimes, servindo de exemplo à sociedade. Com efeito, no sistema então reinante a prática de infrações penais era um negócio de risco, no qual compensava assumir desafios e lucrar com a prática de delitos, já que, se qualquer um deles viesse a ser descoberto, idêntica e desproporcional seria a punição.

Ademais, quanto mais atrozes os tormentos, mais graves, por consequência, serão os crimes praticados, e o mal causado pela punição vai sempre além do proveito obtido com a prática delitiva. Destarte, conclui que outros meios, mais eficazes, existem para prevenir os crimes.

Inicialmente, **as leis devem ser certas, claras e precisas**, uma vez que a incerteza das normas faz crescer a inatividade e a estupidez. Com efeito, o legislador sábio busca impedir o mal antes de repará-lo com a elaboração de leis, já que um cidadão de alma sensível constata que, protegido por boas leis, de simples compreensão, perde a iniqua liberdade de praticar o mal, e os crimes são prevenidos compensando-se a virtude.

Se não bastasse, uma autoridade severa produz obediência hipócrita e passageira, e apenas com o aperfeiçoamento da educação estar-se-iam criando homens menos propensos ao cometimento do mal.

Somente poderia o magistrado aplicar penas previstas em lei. É o princípio da legalidade.

Finalmente, para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser **essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos e ditadas pelas leis**.



## A HISTÓRIA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Sumário: 4.1. Período Colonial – 4.2. Código Criminal do Império – 4.3. Período Republicano.

### 4.1. PERÍODO COLONIAL

Antes do descobrimento do Brasil, enquanto dominava a civilização primitiva, adotava-se a vingança privada, sem uniformidade nas reações penais. Informam os historiadores que nossos silvícolas não desconheciam o sistema do talião e, ainda que empiricamente, sem qualquer fonte teórica, se depararam com a composição e a expulsão da tribo.

No tocante às formas punitivas, predominavam as penas corporais, sem o emprego da tortura.

Não havia uma autêntica organização jurídico-social, mas apenas regras consuetudinárias (tabus), comuns ao mínimo convívio social, transmitidas verbalmente e quase sempre dominadas pelo misticismo.

A partir de 1500, com o descobrimento do Brasil, passou a vigorar o Direito lusitano, aplicando-se sucessivamente:

1) **Ordenações Afonsinas:**<sup>1</sup> Promulgadas em 1446, por D. Afonso V, vigoraram até 1514, e apresentavam conteúdos do Direito Romano de Justiniano e do Direito Canônico.

<sup>1</sup> As Ordenações Afonsinas foram consideradas o primeiro código completo da Europa. Destaque-se: "Portugal foi o primeiro país da Europa a possuir um Código completo dispendo sobre quase todas as matérias da administração de um Estado: as Ordenações Afonsinas. O Código Afonsino é, por si só, um acontecimento notável na Legislação dos Povos Cristãos. Foi um incontestável progresso, e revela os adiantamentos que Portugal tinha em Junsprudência". PINHO, Ruy Rebello. *História do direito penal brasileiro: Período Colonial*. São Paulo: Bushatsky, Editora da Universidade de São Paulo, 1973. p. 5.

Tinham como traços marcantes a crueldade das penas, a inexistência de princípios sagrados como o da legalidade e o da ampla defesa, predominando a arbitrariedade dos juízes quando da fixação da pena.

A prisão tinha caráter preventivo. Mantinha-se o delinquente preso para evitar sua fuga até ser julgado, ou para obrigá-lo ao pagamento da pena pecuniária.

**2) Ordenações Manuelinas:** Editadas em 1514, por Dom Manuel, o Venturoso. Pouco se diferenciavam das Ordenações Afonsinas, em que as penas também eram crudelíssimas. Correspondiam ainda à fase da vingança pública.

Como no território pátrio existiam as denominadas capitânias hereditárias, o Direito era aplicado pelos respectivos donatários.

**3) Ordenações Filipinas:** Datadas de 1603, em razão de medida do Rei Filipe II, subsistiram até o ano de 1830. Mantiveram as características das Ordenações anteriores (penas cruéis e desproporcionais, arbitrariedade dos julgadores, inexistência do princípio da legalidade e da defesa etc.).

A matéria penal era regulamentada pelo Livro V, e foi sob a égide desse ordenamento que Tiradentes foi executado, estendendo as consequências penais de seu comportamento também aos seus descendentes. Não se respeitava o princípio da personalidade da pena, ficando ao arbítrio do julgador a escolha da sanção penal a ser aplicada, bem como sequer tinha o delinquente direito de defesa, e predominava a desigualdade de classes em relação ao tratamento punitivo (fidalgos, cavaleiros, escravos etc.).

Marcadas pela fase da vingança pública, todas se orientavam no sentido de uma **ampla e generalizada criminalização**, com severas punições, as quais objetivavam infundir o temor pela punição. Além do **predomínio da pena de morte**, eram usadas outras **sanções bárbaras e infamantes**, como o açoite, a amputação de membros, o confisco de bens, as galés (eram aplicadas como comutação da pena de morte, ou, em grau mínimo, para os crimes de perjuro, pirataria ou de ofensa física irreparável da qual resultasse aleijão ou deformidade). Os punidos pelas galés deviam andar com calceta no pé e corrente de ferro, além de serem obrigados a trabalhos públicos e ao degredo (consiste na fixação de residência em local determinado pela sentença).

## 4.2. CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO

O art. 179, XVIII, da Constituição de 1824 determinou a urgente e necessária elaboração de um Código Criminal, “fundado nas solidas bases da justiça, e equidade”.

Em 1827, Bernardo Pereira de Vasconcellos apresentou o seu projeto, o qual foi sancionado em 1830 pelo imperador Dom Pedro I, destacando-se como o primeiro código autônomo da América Latina.

Com a elaboração desses dois ordenamentos, Constituição e Código Criminal do Império, o Direito Penal deu nítidos sinais de evolução em prol da humanização.

Dispunha a Constituição de 1824 em seu art. 179, XIX: “Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis”.

E no item XX do mesmo dispositivo: “Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer grão, que seja”. Foi a primeira manifestação do princípio da personalidade da pena no Brasil.

Apesar disso, eram permitidas as penas de morte na forca, de galés, de trabalhos forçados, de banimento, degredo e desterro.

Entre as grandes inovações, consagrou-se no art. 55 do Código Criminal do Império o sistema do dia-multa. Nada obstante as características positivas, não foi definida a figura da culpa e imperava a desigualdade, principalmente em relação aos escravos, que, aliás, eram equiparados a animais, e, portanto, considerados como bens semoventes.

### 4.3. PERÍODO REPUBLICANO

Com o advento da República, João Baptista Pereira foi encarregado de elaborar um projeto de Código Penal, que restou aprovado e publicado em 1890, antes, portanto, da Constituição de 1891.

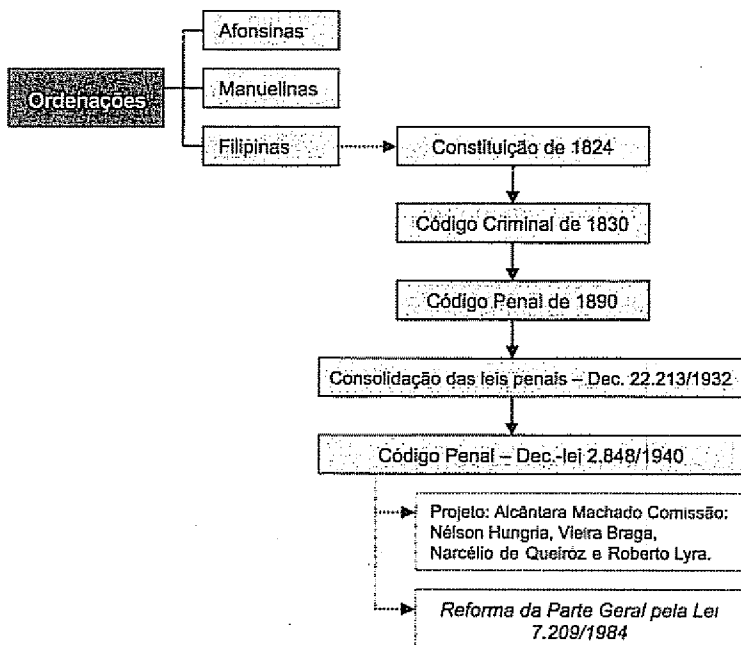
Esse Código, criado às pressas, desapontou pelas suas inúmeras falhas. Ignorou os avanços e tendências mundiais que se faziam sentir em razão do positivismo, bem como os exemplos de códigos estrangeiros, notadamente o Código Zanardelli.

Seus equívocos e deficiências acabaram transformando-o em verdadeira colcha de retalhos. Era enorme a quantidade de leis extravagantes que, finalmente, se concentraram na *Consolidação das Leis Penais*, de Vigente Piragibe, promulgada em 1932.

Durante o Estado Novo, em 1937, Alcântara Machado apresentou um projeto de Código Penal brasileiro, o qual foi sancionado em 1940, passando a vigorar desde 1942 até os dias atuais, alterado por diversas leis contemporâneas, tais como a Lei 6.414/1977, atualizando as sanções penais, e a Lei 7.209/1984 – Reforma da Parte Geral do Código Penal.

A reforma da Parte Geral humanizou as sanções penais e adotou penas alternativas à prisão, além de reintroduzir o sistema de dias-multa.

Em 1969 foi aprovado o Projeto de Nélson Hungria para criação de um novo Código Penal. Entretanto, deu-se sua revogação quando ainda se encontrava em *vacatio legis*.



## ESCOLAS PENAIS

Sumário: 5.1. Escola Clássica – 5.2. Escola Positiva – 5.3. Correccionalismo Penal – 5.4. Tecnicismo Jurídico-Penal – 5.5. A defesa social – 5.6. Questão.

### 5.1. ESCOLA CLÁSSICA

A nomenclatura Escola “Clássica” foi desenvolvida pejorativamente pelos positivistas, em face da divergência de pensamentos sobre os conceitos estruturais do Direito Penal.

A Escola Clássica nasceu entre o final do século XVIII e a metade do século XIX como reação ao totalitarismo do Estado Absolutista, filiando-se ao movimento revolucionário e libertário do Iluminismo. Vivia-se o “século das luzes”.

Seus fundamentos tiveram origem nos estudos de Beccaria e foram lapidados e desenvolvidos, principalmente, pelos italianos Francesco Carrara, autor da obra *Programa del curso di diritto criminale*, publicada em 1859; Carnignani, que escreveu *Elementa juris criminalis*, publicado em 1847; e Rossi, que contribuiu com o *Trattato di diritto penale*, de 1859.

Outros famosos representantes da Escola Clássica foram Mittermaier e Birkmeyer, na Alemanha, Ortolan e Tissot, na França, e F. Pacheco e J. Montes, na Espanha.

Todos eles tinham em comum a utilização do método racionalista e dedutivo (lógico) e eram, em regra, jusnaturalistas, ou seja, aceitavam que normas absolutas e naturais prevalecessem sobre as normas do direito posto.

Basicamente, suas notas fundamentais eram:

- 1) entendiam o crime como um conceito meramente jurídico, tendo como sustentáculo o direito natural. Para Francesco Carrara, crime é “a infração da lei do Estado promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso”;
- 2) predominava a concepção do livre-arbítrio, isto é, o homem age segundo a sua própria vontade, tem a liberdade de escolha independentemente de motivos alheios (autodeterminação). Logo, por ser possuidor da faculdade de agir, o homem é moralmente responsável pelos seus atos; e
- 3) por ser responsável, aquele que infringiu a norma penal deve ser imposta uma pena, como forma de retribuição pelo crime cometido. Se, ao contrário, o agente não estava em suas perfeitas condições psíquicas (ausência da faculdade de agir, inimputabilidade), não pode ser punido.

Foi sob a influência dos pensamentos de Kant e Hegel que a concepção retribucionista do Direito Penal se desenvolveu. Ou seja, a única finalidade da pena consistia na aplicação de um mal ao infrator da lei penal. A sanção penal era, na verdade, um castigo necessário para o restabelecimento do Direito e da justiça. Para Moniz Sodré, em relação ao condenado, a pena:

Não lhe é imposta somente como um meio eficaz de defesa social, senão também, e muito principalmente, como um castigo devido a todo culpado; não é considerada um remédio contra o crime, mas uma punição merecida, em vista do mal que voluntariamente fez. Ela é aplicada, não em nome da conservação da sociedade, mas para a satisfação da justiça.<sup>1</sup>

Em decorrência do ideal iluminista, prevaleceu a tendência de eliminar as penas corporais e os suplícios. Além disso, outra contribuição dessa escola refere-se à passagem do caráter de vingança real ou religioso da pena para aquela tida como uma resposta da própria sociedade, a fim de manter sua própria segurança.

## 5.2. ESCOLA POSITIVA

A Escola Clássica havia conseguido enfrentar com êxito as barbáries do Absolutismo, e o respeito do indivíduo como ser humano já despontava nos países civilizados. Entretanto, os ambientes político e filosófico, em meados do século XIX, revelavam grande preocupação com a luta eficiente contra a crescente criminalidade. Manifestava-se a necessidade de defesa da socieda-

<sup>1</sup> SODRÉ, Moniz. *As três escolas penais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. p. 262.

de e os estudos biológicos e sociológicos assumiam relevante importância, principalmente com as doutrinas evolucionistas de Darwin e Lamarck e sociológicas de Comte e Spencer.

Nasce, então, a Escola Positiva, também denominada Positivismo Criminológico, despontando os estudos dos “três mosqueteiros”:<sup>2</sup> Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garofalo. Chamou-se positiva pelo método, e não por aceitar a filosofia do positivismo de Augusto Comte.

Cesare Lombroso, médico, representou a fase **antropológica** da Escola Positiva. Autor das obras “O cretinismo na Lombardia” (1859) e “O homem delinqüente” (1876), a ele se imputa o ensinamento de que o homem não é livre em sua vontade. Ao contrário, sua conduta é determinada por forças inatas.

Com ele se iniciou, de forma científica, a **aplicação do método experimental no estudo da criminalidade**. Também ofereceu à comunidade jurídica a **teoria do criminoso nato**, predeterminado à prática de infrações penais por características antropológicas, nele presentes de modo atávico. Em seguida, acrescentou ao atavismo, como causas do crime, também a loucura moral e a epilepsia larvada e, finalmente, por influência de Ferri, alia às causas antropológicas também os fatores físicos e sociais.

Enrico Ferri empunha a bandeira da **fase sociológica** no Positivismo Criminológico, destacando-se suas obras “*Sociologia criminal*” (1892) e “*Princípios de direito criminal*” (1926).

Com seus estudos, contribuiu para a reafirmação e defesa da tese negativa do livre-arbítrio (determinismo biológico-social), fundamentando a responsabilidade penal na **responsabilidade social**. De suas posições surge a mais nítida concepção da pena como mecanismo de defesa social. Assim leciona:

Porque a sociedade humana (nação) pode ser ameaçada e prejudicada no exterior e internamente, o Estado tem duas funções supremas de defesa social, que são: a defesa militar (contra as agressões externas) e a justiça penal (contra as agressões internas, quando estas já se verificaram, e a polícia de segurança, antes que se venham a cometer).<sup>3</sup>

Finalmente, Rafael Garofalo é o baluarte da **fase jurídica da Escola Positiva**. Empregou e imortalizou a expressão “Criminologia”, título de sua principal obra, publicada em 1885, conferindo aspectos estritamente jurídicos ao movimento. Atribui-se a ele o conceito de delito natural, compreendido como “ação prejudicial e que fere ao mesmo tempo alguns desses sentimentos que se convencionou chamar o senso moral de uma agregação humana”.

<sup>2</sup> ANCEL, Marc. *A nova defesa social* – um movimento de política criminal humanista. Trad. Osvaldo Melo. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 84.

<sup>3</sup> FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*. Trad. Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1999. p. 123.



Influenciado pela **teoria da seleção natural**, sustentava que os criminosos não assimiláveis deveriam ser eliminados pela deportação ou pela morte.

Na Escola Positiva, destacou-se o método experimental, no qual o crime e o criminoso deveriam ser estudados individualmente, inclusive com o auxílio de outras ciências. Ganhou relevo o **determinismo**, negando-se o livre-arbítrio, haja vista que a responsabilidade penal fundamentava-se na responsabilidade social, no papel que cada ser humano desempenhava na coletividade.

### 5.3. CORRECCIONALISMO PENAL

O Correcionalismo Penal, também chamado de Escola Correcionalista, surgiu na Alemanha, em 1839, com a publicação da obra “*Comentatio na poena malum esse debeat*”, de Karl David August Röeder, professor da Universidade de Heidelberg.

Esse posicionamento surgiu de forma inovadora e revolucionária em relação às tendências da época, submetendo a uma detalhada análise as teorias fundamentais sobre o delito e a pena. Para Röeder, **a pena tem a finalidade de corrigir a injusta e perversa vontade do criminoso e, dessa forma, não pode ser fixa e determinada**, como na visão da Escola Clássica.

Ao contrário, a **sanção penal deve ser indeterminada e passível de cessação de sua execução quando se tornar prescindível**. Este foi o grande mérito do jurista: ter lançado no Direito Penal a semente da **sentença indeterminada**.

Com efeito, o fim da pena jamais seria a repressão ou a punição, afastando destarte as teorias absolutistas. Também não seria a prevenção geral, mas apenas a **prevenção especial**. Destaca-se a célebre frase de Concepción Arenal: “**não há criminosos incorrigíveis, e sim incorrigidos**”. Busca-se, assim, a emenda de todos os delinquentes.

Curioso anotar que o penalista alemão não ganhou assecclas em seu país. Contudo, sua teoria disseminou-se pela Europa, principalmente na Espanha, com importantes cultores, destacando-se Pedro Dorado Montero (*El derecho protector de los criminales, El derecho y sus sacerdotes*), Concepción Arenal (*El visitador del pobre, Estudios penitenciarios*, entre outros), Alfredo Calderón, Giner de los Rios, Romero y Girón e Rafael Salillas.

Dorado Montero pugnou pela implementação de **métodos corretivos e tutelares** que, sem a índole de castigo, redimissem o criminoso, tido como um ser incapaz para o Direito e a pena como um meio para a realização do bem social.

Daí a razão de sustentar que o criminoso **tem** o direito de exigir a execução da pena e não o dever de cumpri-la. Somente assim, acentua,

a função penal de hoje perderá o caráter odioso que inevitavelmente a acompanha. De repressiva, tornar-se-á preventiva; de punitiva, passará a ser correccional, educativa e protetora de certos indivíduos a quem se dá o nome de delinquentes.<sup>4</sup>

Deveras, a Escola Correccionalista sustenta que o direito de reprimir os delitos deve ser utilizado pela sociedade com fim terapêutico, isto é, reprimir curando. Não se deve pretender castigar, punir, infligir o mal, mas apenas regenerar o criminoso.

Nas palavras de Basileu Garcia:

O Direito Penal visa converter o criminoso em homem de bem. É preciso subtrai-lo à esfera das causas perversoras que o rodeiam e o conduzem à prática do mal. Devem ser-lhe aplicados os meios ressocializadores adequados às suas tendências, às falhas da sua personalidade. Ao Estado cabe ampará-lo, tal qual faz com outros deficientes, porquanto dá curador ao louco e tutor ao menor a que falta a assistência dos pais.<sup>5</sup>

Toda esta orientação da Escola Correccionalista encontra-se inserida no ideário humanista reinante nas civilizações modernas. Cumpre consignar que o natimorto Código Penal de 1969 estabeleceu a pena relativamente indeterminada para os criminosos habituais e por tendência.<sup>6</sup>

Modernamente, pode-se dizer que o correccionalismo idealizado por Rœder, transfundido e divulgado nas obras de Dorado Montero e Concépcion Arenal, teve em Luis Jiménez de Asúa seu maior entusiasta e o mais eficiente dos expositores, ao defender a ressocialização como finalidade precipua da sanção penal.<sup>7</sup>

#### 5.4. TECNICISMO JURÍDICO-PENAL

O Tecnicismo Jurídico iniciou-se na Itália quando, em aula histórica sobre *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, proferida na Universidade de Sassari, em 15 de janeiro de 1910, Arturo Rocco delimitou o método de estudo do Direito Penal como o **positivo**, restrito às leis vigentes, dele abstraíndo o conteúdo causal-explicativo inerente à antropologia, sociologia e filosofia.

O mérito do movimento, atualmente dominante na Itália e abraçado pela maioria das nações, foi excluir do Direito Penal toda carga de investigação

<sup>4</sup> DORADO MONTERO, Pedro. *Bases para um nuevo derecho penal*. Buenos Aires: Depalma, 1973. p. 12.

<sup>5</sup> GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. 37. tir. São Paulo: Max Limonad, 1975. v. 1, t. I, p. 72.

<sup>6</sup> Cf. Itens 26, 27 e 28 da Exposição de Motivos do Decreto-lei 1.004, de 21 de outubro de 1969.

<sup>7</sup> JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1992. t. II, p. 56-60.

filosófica, limitando-o aos ditames legais. Com efeito, o jurista deve valer-se da exegese para concentrar-se no estudo do direito positivo. As preocupações causais-explicativas pertencem a outros campos, filosóficos, sociológicos e antropológicos, que se valem do método experimental.

Por sua vez, o Direito Penal tem **conteúdo dogmático**, razão pela qual seu intérprete deve utilizar apenas o **método técnico-jurídico**, cujo objeto é o **estudo da norma jurídica em vigor**.

Em sua origem, o tecnicismo jurídico, liderado por Arturo Rocco, Vincenzo Manzini, Massari e Delitala, entre outros, todos eles inspirados nos estudos de dogmática jurídico-penal elaborados por Karl Binding, negava a abordagem do livre-arbítrio, bem como a existência do direito natural, sustentando ser a sanção penal mero meio de defesa do Estado contra a periculosidade do agente.

Tais razões levaram Aníbal Bruno a concluir que o tecnicismo jurídico “é uma forma de classicismo, grandemente influenciada pela doutrina alemã, sobretudo depois de Binding”.<sup>8</sup>

Todavia, em uma segunda etapa, mais moderna, capitaneada por Maggiore, Giuseppe Bettiol, Petrocelli e Giulio Battaglini, o tecnicismo jurídico acabou acolhendo a existência do direito natural, admitindo o livre-arbítrio como fundamento do direito punitivo, voltando a pena a assumir sua índole retributiva.

No estudo do Direito Penal, há três ordens de pesquisa e investigação.

A primeira delas é a exegese, na opinião de Rocco utilizada sempre de forma restrita e limitada ao aspecto gramatical, ao passo que se deveriam buscar o alcance e a vontade da lei.

A segunda é a **dogmática**, que, responsável pela exposição dos princípios fundamentais do direito positivo, oferece critérios para a integração e criação do Direito pela sistematização dos princípios. Constitui-se na conjunção sistemática das normas jurídicas postas em relações recíprocas, abstraindo conceitos até o mais geral, retornando, em seguida, ao particular.

Por último, a terceira ordem de pesquisa e investigação apontada é a **crítica**, que estuda o Direito como ele deveria ser, buscando a sua construção e apresentando propostas de reforma. Atua em dois âmbitos, quais sejam, direito penal positivo vigente e política criminal, com os contornos da filosofia do Direito.

Para Arturo Rocco, o tecnicismo jurídico seria o equilíbrio resultante do embate entre a lenta evolução da Escola Clássica e a violenta reação da Escola Positiva.

O tecnicismo jurídico representou um movimento de restauração metodológica sobre o estudo do Direito Penal. Dessa forma, não constituiu uma nova

<sup>8</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito penal cit.*, p. 116.

Escola Penal, haja vista que não se preocupou com as questões inerentes à etiologia do delito, à natureza da criminalidade e ao fundamento da responsabilidade penal, nem com o conceito acerca da pessoa do delinquente.

Cumprе ressaltar que essa corrente posiciona-se da mesma forma que os clássicos diante dos principais problemas do Direito Penal, é dizer, o conceito do crime, a persistência da ideia de responsabilidade moral, com a diferenciação entre imputáveis e inimputáveis, além da pena com índole retributiva e expiatória.

### 5.5. A DEFESA SOCIAL

A verdadeira ideia de defesa social surgiu no início do século XX, em decorrência dos pensamentos da Escola Positiva do Direito Penal. Em outras palavras, não é possível conceber uma teoria da defesa social sem considerar a revolta positivista. Todavia, a defesa social não se confunde com a doutrina positivista e, como teoria autônoma, não se inclui nos ensinamentos do Positivismo.

Em verdade, surge como uma reação anticlássica, reforçada pelas ideias delineadas pelos representantes do Positivismo: Lombroso, Ferri e Garofalo. Era uma doutrina preocupada unicamente com a proteção da sociedade contra o crime. Nesse sentido, os positivistas falam em “movimento da defesa social”.

Essa função de defesa social deveria ser garantida da forma mais eficaz e integral possível, repudiando a imposição de penas insuficientes, rotineiramente abrandadas pela indulgência dos tribunais. O combate à periculosidade tornara-se a principal finalidade do Direito Penal.

Deveras, surgiu apenas no século XX, com a União Internacional de Direito Penal, fundada por Von Liszt, Van Hamel e Adolphe Prins, este último seu maior estudioso, tendo seus ideais, posteriormente, sido consolidados por Fillipo Gramatica e Marc Ancel.

O primeiro estatuto da União Internacional desprezava os postulados tradicionais, sustentando ser a missão do Direito Penal a luta contra a criminalidade, vista como fenômeno social. Desejava com os esforços de seus membros que a ciência penal e a legislação da época acolhessem os resultados dos estudos antropológicos e sociológicos.

O fim único da justiça penal é garantir, da melhor maneira possível, a proteção da pessoa, da vida, do patrimônio e da honra dos cidadãos. Para tanto, fazia-se imprescindível a substituição da noção da responsabilidade moral pelo critério da periculosidade do delinquente.

Aplicam-se com frequência os institutos das medidas de segurança e das penas indeterminadas, as quais devem subsistir enquanto durar a

periculosidade, possibilitando a proteção eficaz e refletida da sociedade, finalidade precípua, mesmo sabendo-se que com elas poderá ser tolhido o interesse individual do condenado.<sup>9</sup>

Como ideia principal, extrai-se a reclamação de segregação dos delinquentes perigosos com intuito de submetê-los a um regime de rigor. Ao mesmo tempo, buscava-se uma medida de neutralização de tais pessoas, privando-as da eliminação radical com o emprego da pena capital, considerando que o ser anti-social, apesar de tudo, continua sendo um homem, merecendo tratamento coerente com uma política criminal humanista e racional.

Já no período compreendido entre as duas grandes Guerras Mundiais desenvolveu-se a **profilaxia criminal**, baseada na assistência educativa e na organização de uma prevenção calcada no estudo completo da personalidade do delinquente, não se esquecendo do respeito pela pessoa humana.

Entretanto, regimes autoritários que eclodiram na Europa começaram a imprimir ao Direito Penal nova dinâmica, marcada pelo retorno ofensivo e brutal das ideias de castigo e intimidação.

Inicia-se, então, uma nova fase da defesa social que, ante os horrores dos regimes autoritários, impõe importantes manifestações: a **prevenção do crime** e o **tratamento do menor delinquente**, bem como a **reforma penitenciária**.

Começava, assim, a aproximar-se das ciências criminológicas e penitenciárias, buscando uma política criminal alicerçada na dignidade da pessoa humana.

Para Gramatica, grande expoente da Escola, a defesa social tinha por principal objetivo o **aprimoramento da sociedade**, mais inclusive do que a sua defesa, e tal aprimoramento somente seria obtido por um progresso, por uma adaptação do indivíduo. Nesses termos, a sociedade não passava de uma necessidade de fato, de forma que as suas regras da vida não eram mais do que convenções, o que demonstrava a relatividade das leis e impunha limites ao Estado no estabelecimento de uma ordem jurídica.

No seu pensamento, um “direito de defesa social” deveria substituir o Direito Penal então existente, pois a finalidade daquele era a adaptação do indivíduo à ordem social, e não a sanção de seus atos ilícitos. Delineavam-se os dois critérios essenciais para Gramatica: subjetivação e antissocialidade.

Sua teoria de defesa social encerra as seguintes conclusões: o Estado não deve punir, pois sua função é melhorar o indivíduo. A causa da antissocialidade está na organização social. Contra ela o Estado deve operar preventivamente e não somente pela repressão. Os cárceres são inúteis e prejudiciais, devendo ser abolidos. As penas devem ser substituídas por

<sup>9</sup> PRINS, Adolpha. *Ciência penal e direito positivo*. Trad. de Henrique de Carvalho. Lisboa: Livraria Clássica, 1915. p. 753.



medidas educativas e curativas. O violador da lei não perigoso pode ser perdoado, não necessitando sanção. A pena, como medida de defesa social, deve ser fixa ou dosada, não na base do dano, mas segundo a personalidade do agente. Gramatica diz:

não uma pena para todo crime, um provimento para cada pessoa. A noção objetiva do crime é substituída pela noção subjetiva da anti-socialidade pessoal. Deve ser, portanto, aprofundado o estudo da personalidade humana. Os direitos fundamentais da pessoa devem ser sempre respeitados.<sup>10</sup>

## 5.6. QUESTÃO

1. (Delegado de Polícia/SP – 2003) É considerado criador da “Sociologia Criminal” e o maior nome da Escola Positiva. Estamos falando de:
  - (A) Ferri.
  - (B) Beccana.
  - (C) Carrara.
  - (D) Lombroso.
2. (MP/MG – 2009) Assinale a alternativa **CORRETA**.
  - (A) A pessoa pode ser, ao mesmo tempo, sujeito ativo e passivo de um delito em face de sua própria conduta.
  - (B) O agente responderá tão somente por tentativa de crime se ocorrer a desistência voluntária ou o arrependimento eficaz.
  - (C) O condenado não reincidente, cuja pena não exceda a doze anos, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto.
  - (D) O positivismo criminológico utiliza método empírico-intuitivo experimental, contrapondo-se à análise filosófico-metafísica da escola clássica.
  - (E) Na contagem dos prazos, leva-se em consideração o dia do final, excluindo-se o do começo.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

Obs.: Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no *site* [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

<sup>10</sup> LYRA, Roberto. *Novíssimas escolas penais*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. p. 76-77.

## A EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA DO DIREITO PENAL

Sumário: 6.1. Positivismo jurídico – 6.2. Neokantismo penal – 6.3. Garantismo penal – 6.4. Funcionalismo penal: 6.4.1. Posição do Claus Roxin – Escola do Munique; 6.4.2. Posição de Günther Jakobs – Escola de Bohn – 6.5. Novas propostas doutrinárias: Direito Penal e enfrentamento da criminalidade moderna: 6.5.1. Introdução; 6.5.2. Direito intervencionista ou de intervenção; 6.5.3. As velocidades do Direito Penal; 6.5.4. Direito Penal do inimigo; 6.5.5. Direito Penal como proteção de contextos da vida em sociedade – 6.6. Questões.

### 6.1. POSITIVISMO JURÍDICO

Encontra sua origem na Alemanha, com os estudos de Binding, em sua obra *Die Normen und ihre Ubertretung*, maior expoente do positivismo jurídico, que triunfou na década de 70 do século XIX.

O positivismo jurídico tinha nítida preferência pela **cientificidade**, excluindo os juízos de valor e limitando seu objeto ao direito positivo.

Deve-se a esta doutrina, que não se confunde com a Escola Positiva, o **conceito clássico de delito**, afastado de qualquer contribuição filosófica, psicológica ou sociológica.

Conferiu tratamento exageradamente formal ao comportamento humano definido como delituoso, de forma que a conduta seria um mero movimento corporal que produz uma modificação no mundo exterior. A conduta, portanto, era meramente objetiva, vinculada ao resultado pela relação de causalidade.

Pretendeu aplicar ao direito os mesmos métodos de observação e investigação que eram utilizados nas ciências experimentais, o que rapidamente se percebeu inaplicável no tocante a algo tão circunstancial como a norma jurídica. Para Luiz Flávio Gomes, Antonio García-Pablos de Molina e Alice Bianchini:

O Direito positivo estuda-se em si mesmo, separado do resto da realidade, isolado desta, como se fosse uma realidade independente. Com o que acaba por se transformar em um formalismo normativista, que se ocupa exclusivamente da norma, afastando-se o jurista (completamente) do social e do valorativo. Em um mimetismo fiel aos métodos próprios das ciências da natureza, procura-se apenas a ligação formal dos conceitos jurídico-positivos; com base neles, por indução, constrói-se o sistema; depois podem ser extraídos novos conceitos e se obter as lógicas conseqüências por via dedutiva, fechando-se assim o ciclo: indução-dedução, que caracteriza todos os métodos das ciências experimentais.<sup>1</sup>

Constituiu-se em posição extremamente normativista e formal, assim justificada por seus partidários por respeitar excessivamente o princípio da legalidade e a segurança jurídica.

## 6.2. NEOKANTISMO PENAL

Esse sistema tem bases idênticas às do Positivismo, surgindo no fim do século XIX. Teve como principais representantes Rudolf Stammier e Gustav Radbruch.

Entretanto, os positivistas atribuíam prioridade ao *ser* do direito, ao passo que os neokantistas propunham um conceito que supervaloriza o *dever ser*, mediante a introdução de **considerações axiológicas e materiais**.

Desta forma, o neokantismo substitui o método puramente jurídico-formal do positivismo, acolhendo como objetivo fundamental a compreensão do conteúdo dos fenômenos e categorias jurídicas, muito além de sua simples definição formal ou explicação causal.

A Ciência do Direito, ao contrário da ciência natural, preocupa-se com os “fins” e não com as “causas”, por isso há uma independência entre elas. Assim, ao lado das ciências naturais, mas separadamente delas, o Direito deve promover e construir uma ciência de fins humanos.

Consequentemente, esta teoria **permitiu graduar o injusto de acordo com a gravidade da lesão produzida**. A conduta passou a ter um significado social, e já não mais era considerada como mero movimento corporal.

Permitiu, ainda, a introdução de elementos normativos e subjetivos nos tipos penais. A ilicitude passou a ter uma concepção material, sendo aceita como lesividade social, com o auxílio do conceito de bem jurídico. Por sua vez, adotou-se a teoria psicológico-normativa, revestindo a culpabilidade com o juízo de reprovabilidade. Como bem destaca Jesús-Maria Silva Sánchez acerca do neokantismo penal:

<sup>1</sup> GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; BIANCHINI, Alice. *Direito penal: Introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2007. v. 1, p. 131.



No marco estrito da teoria do delito, permite fundamentar a introdução de elementos valorativos na causalidade (antes física), de elementos subjetivos no tipo (antes objetivo), de considerações materiais na ilicitude (antes basicamente formal) e normativa na culpabilidade (antes entendida como relação de causalidade psicológica).

Uma teoria dogmática que conseguiu elaborar os princípios materiais regulatórios da ilicitude no Direito Penal e deles extrair a fundamentação de possíveis causas supralegais de justificação, uma teoria que construiu o princípio da inexigibilidade no âmbito da culpabilidade, constitui provavelmente algo mais que um mero complemento do positivismo.<sup>2</sup>

### 6.3. GARANTISMO PENAL

A doutrina do garantismo penal tem em Luigi Ferrajoli a figura do seu principal entusiasta. Surge com a obra *Direito e razão*, considerada por muitos a “bíblia” dos estudos garantistas.

Trata-se de um modelo universal – e por essa razão se transforma em uma meta a ser alcançada pelos operadores do Direito – destinado a contribuir com a moderna crise que assola os sistemas penais, desde o nascedouro da lei até o final do cumprimento da sanção penal, atingindo, até mesmo, particularidades inerentes ao acusado depois da execução penal.

Engloba, assim, diversas fases: criação da lei penal, com eleição dos bens jurídicos tutelados, validade das normas e princípios do direito e do processo penal, respeito pelas regras e garantias inerentes à atividade jurisdicional, a regular função dos sujeitos processuais, as peculiaridades da execução penal etc.

Ferrajoli assenta seu sistema garantista (também chamado de **cognitivo** ou **de legalidade estrita**) em dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, a saber:

- 1) *Nulla poena sine crimine*: princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito;
- 2) *Nullum crimen sine lege*: princípio da reserva legal;
- 3) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*: princípio da necessidade ou da economia do direito penal;
- 4) *Nulla necessitas sine injuria*: princípio da lesividade ou da ofensividade do resultado;
- 5) *Nulla injuria sine actione*: princípio da materialidade ou da exterioridade da ação;

<sup>2</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Reimpresión. Barcelona: J.M. Bosch, 2002. p. 57.

- 6) *Nulla actio sine culpa*: princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal;
- 7) *Nulla culpa sine iudicio*: princípio da jurisdicionalidade;
- 8) *Nullum iudicium sine accusatione*: princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação;
- 9) *Nulla accusatio sine probatione*: princípio do ônus da prova ou da verificação; e
- 10) *Nulla probatio sine defensione*: princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

Esses princípios, de índole penal e processual penal, compõem um **modelo-limite**, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente capazes de atender todos os direitos e garantias do ser humano. Irradiam reflexos em todo o sistema, alterando as regras do jogo fundamental do Direito Penal.<sup>3</sup>

#### 6.4. FUNCIONALISMO PENAL

Iniciou-se na Alemanha, a partir dos idos de 1970, uma forte revolução entre os penalistas, com o intuito de submeter a dogmática penal aos fins específicos do Direito Penal. Como esse movimento é posterior ao finalismo, e aproveitou muitos dos seus fundamentos, é também chamado de **pós-finalismo**.

Pretendia-se abandonar o tecnicismo jurídico no enfoque da adequação típica, possibilitando ao tipo penal desempenhar sua efetiva função de mantenedor da paz social e aplicador da política criminal. Essa é a razão do nome desse sistema: funcional.

O funcionalismo penal questiona a validade do conceito de conduta desenvolvido pelos sistemas clássico e finalista. E, ao conceber o Direito como regulador da sociedade, delimita o âmbito das expectativas normativas de conduta, vinculando-se à **teoria da imputação objetiva**.

Busca-se o desempenho pelo Direito Penal de sua tarefa primordial, qual seja, possibilitar o adequado funcionamento da sociedade. Isso é mais importante do que seguir à risca a letra fria da lei, sem desconsiderá-la totalmente, sob pena de autorizar o arbítrio da atuação jurisdicional. O intérprete deve almejar a real vontade da lei e empregá-la de forma máxima, a fim de desempenhar com esmero o papel que lhe foi atribuído pelo ordenamento jurídico.

No entanto, essa mitigação do texto legal encontra limites e, neste ponto, o funcionalismo apresenta duas concepções: 1) funcionalismo moderado, dualista ou de política criminal, capitaneado por Claus Roxin (Escola de

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavarez e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 91.

Munique); e 2) funcionalismo radical, monista ou sistêmico, liderado por Günther Jakobs (Escola de Bohn).

Com efeito, o funcionalismo de Roxin preocupa-se com os fins do Direito Penal, ao passo que a concepção de Jakobs se satisfaz com os fins da pena, ou seja, a vertente de Roxin norteia-se por finalidades político-criminais, priorizando valores e princípios garantistas, enquanto a orientação de Jakobs leva em consideração apenas necessidades sistêmicas, e o Direito Penal é que deve se ajustar a elas.

Em suma, sustenta o funcionalismo que a dogmática penal deve ser direcionada à finalidade precípua do Direito Penal, ou seja, à política criminal. Essa finalidade seria a reafirmação da autoridade do Direito, que não encontra limites externos, mas somente internos (Günther Jakobs) ou então a proteção de bens jurídicos indispensáveis ao desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, respeitando os limites impostos pelo ordenamento jurídico (Claus Roxin).

E, justamente nesse ponto, o funcionalismo recebe sua maior crítica, consistente na opção de conferir elevado destaque à política criminal, resultando em sua fusão com a dogmática penal, e, por corolário, confundindo a missão do legislador com a do aplicador da lei.

Com essa introdução básica, é válido discorrer um pouco mais acerca dessa moderna orientação penal, cada vez mais aceita e difundida em âmbito doutrinário. Dividiremos o tema entre as duas vertentes, levando em conta o pensamento de seus autores, Claus Roxin e Günther Jakobs.

#### 6.4.1. Posição de Claus Roxin – Escola de Munique

Suas ideias alcançaram amplo destaque a partir da publicação, em 1970, da monografia intitulada *Política criminal e sistema de direito penal*, que parte de um ponto de vista teleológico do Direito Penal, almejando superar as visões ontológicas do causalismo e do finalismo, bem como a análise puramente sistemática da teoria do delito, introduzindo como critério norteador para uma melhor solução dos problemas dogmáticos a política criminal. A formação do sistema jurídico-penal não pode vincular-se a realidades ontológicas prévias, devendo guiar-se única e exclusivamente pelas finalidades do Direito Penal.<sup>4</sup>

Desenvolveu novas posições sobre a teoria da pena e a sua concepção preventiva geral positiva (prevenção de integração), e, especialmente, acerca do âmbito da relação entre o fato e o seu autor, como ao reintroduzir o conceito de imputação objetiva no campo da tipicidade. Na seara da autoria, sistematizou e desenvolveu a teoria do domínio do fato.

Contudo, a principal contribuição de Roxin reside na circunstância de ter chamado a atenção sobre a necessidade que a construção dogmática está a

<sup>4</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte geral. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. espanhola Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 2006. t. I, p. 203.

serviço da resolução dos problemas que apresentam a realidade da vida social, tarefa que parecia já olvidada em favor da mera elucubração teórica.

Para ele, o tipo objetivo não pode ser reduzido à conexão de condições entre comportamentos e resultados, senão que os resultados, conforme as regras político-criminais, teriam que ser imputados ao autor como sua obra.

Claus Roxin elaborou sua teoria, calcada na política criminal, vinculando aos elementos do delito, individualmente, diversos valores predominantes:<sup>5</sup>

a) Para a **tipicidade** associa-se a determinação da lei penal em conformidade com o princípio da reserva legal.

Aquí se realiza uma das mais significativas contribuições da tendência doutrinária liderada por Roxin, que se reflete no redescobrimiento e dotação funcional da teoria da imputação objetiva no marco da tipicidade. Com efeito, enquanto para as doutrinas clássica, neoclássica e finalista os problemas de relação nos delitos de resultado entre este e a ação se reduziriam, na maioria dos casos, a uma questão de relação de causalidade, a nova tendência utiliza como critério decisivo de imputação do resultado no tipo objetivo a regra em virtude da qual se examina a criação, por meio da ação, de um risco não permitido dentro do fim de proteção da norma.

b) Para a **ilicitude** se assinala o âmbito de soluções sociais dos conflitos. Roxin concebe a ilicitude como uma espécie de elemento negativo do tipo.

c) Para a **culpabilidade** associa-se a necessidade de pena com uma finalidade predominantemente preventiva.

Claus Roxin privilegia um **conceito bipartido do delito**, em que se consideram seus elementos fundamentais dois juízos de valor: o **injusto penal** (fato típico + ilicitude) e a **responsabilidade**, que inclui a culpabilidade.

#### 6.4.2. Posição de Günther Jakobs – Escola de Bohn

A Günther Jakobs se atribui a responsabilidade de ter adaptado o Direito Penal à teoria dos sistemas sociais de Luhmann, com a sua **teoria da imputação normativa**.

Para ele, o Direito Penal está determinado pela função que cumpre no sistema social, e inclusive o próprio Direito Penal é considerado um **sistema autônomo, autorreferente e autopoietico**, dentro do sistema mais amplo da sociedade. Tem suas regras próprias e a elas se submete.

Jakobs reconhece estar correto o que fora afirmado por Hans Welzel, seu mestre, no sentido de que o Direito Penal tem como função assegurar os valores éticos e sociais da ação. Todavia, separa-se da doutrina do pai do finalismo penal,

<sup>5</sup> ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 32 e ss.

com uma mudança no enfoque metodológico, que parte da missão do Direito Penal e não da essência dos objetos da dogmática, levando aos extremos de uma renormatização dos conceitos perante o naturalismo psicológico de Welzel.

Para ele, um sujeito não é aquele que pode ocasionar ou impedir um sucesso, senão aquele que pode ser responsável por este. Os dois pilares básicos de sua perspectiva normativista estão constituídos pela função preventiva geral positiva atribuída à pena e pelas normas jurídico-penais como objeto de proteção.

Destarte, quando descumpre sua função na sociedade, o sujeito deve ser eficazmente punido, inclusive porque a autoridade da lei penal somente é obtida com sua rígida e constante aplicação.<sup>6</sup> Em suma, a função do Direito Penal é aplicar o comando contido na norma penal, pois somente sua reiterada incidência lhe confere o merecido respeito.

Como conseqüência de seu funcionalismo sistêmico, Günther Jakobs desenvolveu a **teoria do direito penal do inimigo**.

## 6.5. NOVAS PROPOSTAS DOUTRINÁRIAS: DIREITO PENAL E ENFRENTAMENTO DA CRIMINALIDADE MODERNA

### 6.5.1. Introdução

As modificações introduzidas na humanidade ao longo dos últimos anos, com fenômenos como a globalização, a massificação dos problemas e, principalmente, a configuração de uma sociedade de risco, implicaram em profundas alterações no Direito Penal.

A sociedade moderna destaca-se por ser uma sociedade de massas, o que no contexto atual significa que se tem de administrar comportamentos de massa distintos, mas também uniformes dos cidadãos. O comportamento uniforme acarreta especiais dificuldades.<sup>7</sup>

Com efeito, o fato de o Direito Penal ser frequentemente convocado a controlar os novos problemas sociais acarretou mudanças na sua estrutura clássica, deturpando-se inclusive conceitos arraigados ao longo da história. O poder por ele transmitido mostra-se necessário para enfrentar os novos riscos da sociedade, na qual desponta a sensação de insegurança, profundamente institucionalizada, o delineamento de uma classe de "sujeitos passivos" dos recentes problemas, a identificação da maioria dos membros da comunidade com a vítima do delito e o descrédito de outras instâncias de proteção.

<sup>6</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. espanhola Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 167 e ss.

<sup>7</sup> JAKOBS, Günther. *Ciência do direito e ciência do direito penal*. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Baruen: Manole, 2003. p. 44.

Dai resultou de modo quase natural a “expansão do Direito Penal”,<sup>8</sup> entrando essa disciplina em profundo dilema: Como enfrentar todas essas novas complicações? Com intervenção máxima, incriminando o maior número possível de condutas, mesmo sabendo ser seu arsenal insuficiente para tanto? Ou deveria limitar-se somente aos casos extremos, de afronta a bens jurídicos individuais, relegando para outros ramos do Direito a proteção de interesses diversos?

Em suma, deveria o Direito Penal manter seu perfil clássico ou, então, seria mais coerente adaptar-se aos novos tempos, com todas as alterações exigidas para alcançar esse patamar?

É óbvio que, em qualquer das hipóteses, não se pode olvidar a subsidiariedade do Direito Penal, muito menos o seu caráter fragmentário, destinando-se exclusivamente à proteção de bens jurídicos.

Como se sabe, o caráter subsidiário do Direito Penal resulta também da função limitadora instituída pelo Estado Democrático de Direito ao ordenamento penal, qual seja, a proteção de bens jurídicos fundamentais à coexistência em sociedade, promovendo o livre desenvolvimento da personalidade humana.

Além disso, refere-se também à necessidade da tutela penal, pois sua fundamentação teórica remete ao conceito de Estado que, na acepção sob a qual foi instituído pela Constituição, obriga a intervenção punitiva a ter a menor intensidade possível, eis que impregnada de elevado índice de restrição e violação de direitos. De fato, deve o Poder Público interferir o mínimo possível na vida do cidadão, garantindo-lhe a máxima liberdade.

Intrinsecamente relacionado à subsidiariedade, desponta o caráter fragmentário do Direito Penal, ou seja, nem toda categoria de ilícitos constitui-se em infração penal, mas todo crime ou contravenção necessariamente representa um ato ilícito perante o ordenamento jurídico. Dessa forma, o Direito Penal somente se legitima quando todos os demais ramos mostrarem-se impotentes, uma vez que nele está contida a mais forte agressão estatal contra os direitos do cidadão.

Como ensina Jesús-María Silva Sánchez:

Há, pois, ataques contra bens jurídicos penais que não dão lugar à punibilidade da conduta correspondente. A ele se refere o princípio da fragmentariedade na proteção dos bens jurídicos penais, segundo o qual apenas podem constituir fatos penalmente relevantes as modalidades de ataques mais graves contra tais bens jurídicos penais.<sup>9</sup>

A análise da legislação moderna indica que o Direito Penal tem preferido um **meio-termo**, buscando a sua adaptação aos novos tempos sem,

<sup>8</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

<sup>9</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Reimpresión, Barcelona: Bosch, 2002. p. 290.

entretanto, relegar a outros ramos do Direito a relevante missão de combate à criminalidade e garantia da paz pública. Possivelmente, como afirma Paulo da Silva Fernandes, em razão da “badalada ‘fuga’ para o direito penal, fruto do aumento da insegurança e do medo. Aquêle é tido por muitos, dada a natureza e o âmbito da panóplia de sanções ao seu dispor, como o garante *par excelência* (do repor) da segurança”.<sup>10</sup>

Daí surgem, inexoravelmente, alguns problemas.

Devem-se evitar a funcionalização e a desformalização do Direito Penal. A expansão incontrollável pode provocar o esquecimento de sua função precípua, qual seja, a proteção exclusiva de bens jurídicos indispensáveis para o desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, em face de sua administrativização, e, consequentemente, com a criação de leis penais meramente simbólicas e de tipos penais de perigo abstrato em prejuízo de crimes de dano e de perigo concreto.<sup>11</sup>

Essa desmedida funcionalização acarretaria, ainda, na opção constante ao recurso às leis penais em branco, a conceitos indeterminados e a cláusulas gerais, flexibilizando, ou até mesmo eliminando, conceitos sólidos acerca da tentativa – em face da antecipação da tutela penal –, do dolo e da culpa, permitindo, em alguns casos, a responsabilidade objetiva, além das definições de autoria e participação.

Como destaca Manuel da Costa Andrade, almeja-se, dessa forma, conferir à sociedade o “efeito analgésico ou tranqüilizante”<sup>12</sup> do Direito Penal.

Para solucionar esse impasse, e todos os problemas daí decorrentes, a doutrina estrangeira apresenta algumas formas de solução para o “mergulho do Direito Penal nas turbulentas águas do risco”:<sup>13</sup> o direito intervencionista, as velocidades do Direito Penal, o Direito Penal do inimigo e o Direito Penal como proteção de contextos da vida em sociedade.

Passemos à análise de cada uma das teorias.

### 6.5.2. Direito intervencionista ou de intervenção

Ressalte-se, inicialmente, que, ao contrário do que a mera análise gramatical da expressão quer indicar, o direito intervencionista ou de intervenção não se contrapõe ao princípio da intervenção mínima, consagrado pelas legislações modernas desde que foi previsto originariamente no art. 8.º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 1789. O direito

<sup>10</sup> FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 75.

<sup>11</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002. p. 127.

<sup>12</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal. Uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 37.

<sup>13</sup> FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 70.

intervencionista respeita o princípio da intervenção mínima mais, inclusive, do que o Direito Penal clássico. Nem poderia ser diferente por força da finalidade a que se propõe.

Seu criador e principal defensor é o alemão **Winfried Hassemer**. Para ele, o Direito Penal não oferece resposta satisfatória para a criminalidade oriunda das sociedades modernas. Além disso, o poder punitivo estatal deveria limitar-se ao **núcleo do Direito Penal**, isto é, à estrutura clássica dessa disciplina, sendo os problemas resultantes dos riscos da modernidade resolvidos pelo direito de intervenção, única solução apta a enfrentar a atual criminalidade.<sup>14</sup>

E o direito de intervenção consiste na eliminação de uma parte da atual modernidade do Direito Penal, mediante a busca de uma dupla tarefa. Inicialmente, reduzindo-o ao Direito Penal básico, fazendo parte deste cerne somente as **lesões de bens jurídicos individuais e sua colocação concreta em perigo**. Em segundo plano, concedendo aos bens jurídicos “universais” – objetos dos maiores riscos e ameaças da atualidade, de natureza difusa e relativamente controláveis – um tratamento jurídico diverso do conferido aos bens individuais.

Deveras, Hassemer afirma que deve ser almejada a criação de um direito intervencionista que possibilite tratar adequadamente os problemas que apenas de modo forçado podem ser tratados no âmbito do Direito Penal clássico, já que este não tem vocação para lidar com as questões inerentes à modernidade. Assim, cabe aos aplicadores optar pela sequência na modernização do Direito Penal ou, então, por libertá-lo das modernas exigências.

Em sua opinião, a primeira opção importa no aumento de custos, esvaziando as instituições centrais do Direito Penal, que passaria a ter função meramente simbólica. Destarte, para não sobrecarregá-lo com o peso da modernização, deveriam ser regulamentados os problemas por ela causados com um direito de intervenção, situado entre o Direito Penal e o Contravenucional, entre o Direito Civil e o Direito Público, **dotado de garantias menos amplas das que regem o Direito Penal clássico, com a consequente imposição de sanções menos drásticas**.

Ademais, como observado por Alberto Silva Franco, essa nova faceta se situaria fora do âmbito do Direito Penal, “nas vizinhanças do direito administrativo sancionador”.<sup>15</sup>

Em síntese, portanto, o direito de intervenção, na forma proposta por Winfried Hassemer, consiste na manutenção, no âmbito do Direito Penal, somente das condutas lesivas aos bens jurídicos individuais e também daquelas que cau-

<sup>14</sup> HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad penal. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Marta del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 67-73.

<sup>15</sup> FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 10, fascículo 2, p. 224, abr.-jun. 2000.



sam perigo concreto. As demais, de índole difusa ou coletiva, e causadoras de perigo abstrato, por serem apenas de maneira mais branda, seriam reguladas por um sistema jurídico diverso, com garantias materiais e processuais mais flexíveis, possibilitando um tratamento mais célere e amplo dessas questões, sob pena de tornar o Direito Penal inócuo e simbólico. Além disso, não seria tarefa do Poder Judiciário aplicá-las, mas sim da Administração Pública.

Cumpre consignar que o direito de intervenção, para ser efetivo, teria de contemplar preceitos que atualmente encontram-se no Direito Penal, como os ilícitos econômicos e ambientais. **Não se destina a ampliar a intervenção punitiva do Estado, mas sim diminuí-la.** Exemplificativamente, seria muito melhor a retirada do Direito Penal das condutas que hoje constituem crimes ambientais, transportando-as para o direito de intervenção, em que os ilícitos seriam combatidos com sanções diversas, mais céleres, tais como a multa, a suspensão e a interdição de atividades etc.

Como afirma o penalista germânico, os limites do Direito de Intervenção ainda não estão muito detalhados e a sua própria aplicação revela-se por ora um tanto quanto temerária. São suas palavras:

[...] a não-intervenção pressupõe o aperfeiçoamento e a complementação do *saber criminológico*, com isso ela torna em prática o interesse preventivo-individual, a relação com os problemas concretos do caso. Dificilmente se pode aceitar que essas alternativas à execução da pena privativa de liberdade se tornem possíveis para os delitos e os delinquentes em um tempo previsível. Portanto, para isso, depende de que se reúnam, o mais rápido possível, experiências seguras sobre os meios não-interventivos face a determinadas situações.<sup>16</sup>

Sua proposta, contudo, recebe fortes críticas. A propósito, Jorge de Figueiredo Dias assim se refere a essa construção doutrinária:

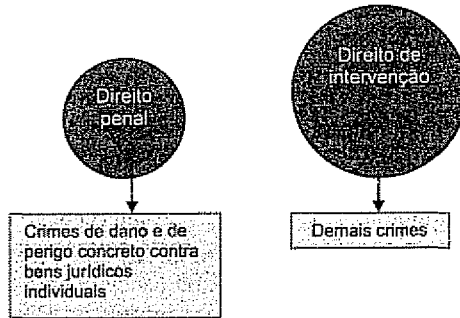
Outra coisa, em minha opinião inexacta, é pensar que o sancionamento das ofensas “*hoc sensu*” inadmissíveis possa ser atribuído a sanções administrativas [...], ainda que intensificadas. Não falta quem a propósito lembre a velha crítica da “*burla de etiquetas*”; com razão até a um ponto em que eu me atrevera a falar de nada menos que de um pôr o princípio jurídico-penal da subsidiariedade de “*pernas para o ar*”, ao subtrair à tutela penal precisamente as condutas socialmente tão gravosas que põem simultaneamente em causa a vida planetária, a dignidade das pessoas e a solidariedade com as outras pessoas – as que existem e as que hão-se de vir.<sup>17</sup>

Para Figueiredo Dias, pois, o direito de intervenção seria uma inversão temerária dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, uma vez que

<sup>16</sup> HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alfien da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2005. p. 398.

<sup>17</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. Coimbra: João Abrantes, 1975. p. 15.

relegaria a seara mais suave do ordenamento jurídico justamente as infrações que colocam em maior risco a estrutura da sociedade, ao mesmo tempo em que, para elas, de grave repercussão difusa, estariam previstas sanções muito brandas e insuficientes para a punição e ressocialização de seus autores.



### 6.5.3. As velocidades do Direito Penal

Em primeira análise de maneira parecida com o direito intervencionista, mas bastante diversa quando estudada em sua essência, **Jesús-María Silva Sánchez**, professor catedrático da Universidade Pompeu Fabra, apresenta a teoria das velocidades do Direito Penal, revelando uma nítida preocupação com a consolidação de um único “Direito Penal moderno”, ou seja, busca evitar a modernização generalizada caracterizada pela expansão e flexibilização dos princípios político-criminais e regras de imputação inerentes às penas privativas de liberdade.

Parte do pressuposto de que o Direito Penal, no interior de sua unidade substancial, contém **dois grandes blocos, distintos, de ilícitos**: o primeiro, das infrações penais às quais são cominadas penas de prisão, e, o segundo, daquelas que se vinculam aos gêneros diversos de sanções penais.

Aquele é o modelo padrão, vigente no âmbito cultural da grande maioria das nações. Ademais, a pena privativa de liberdade não pode, em um Estado que é e precisa manter-se democrático e de direito, ser imposta pela Administração Pública. Conseqüentemente:

Seria razoável que em um Direito Penal mais distante do núcleo do criminal e no qual se impusessem penas mais próximas das sanções administrativas (privativas de direitos, multas, sanções que recaem sobre pessoas jurídicas) se flexibilizassem os critérios de imputação e as garantias político-criminais. A característica essencial de tal setor continuaria sendo a judicialização (e a conseqüente imparcialidade máxima), da mesma forma que a manutenção do significado “penal” dos ilícitos e das sanções, sem que estas, contudo, tivessem a repercussão pessoal da pena de prisão.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002. p. 145.

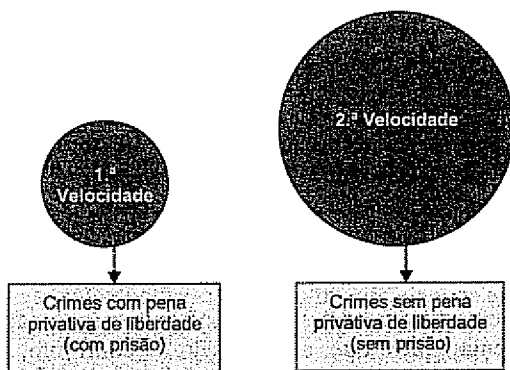
Dessa forma, haveria manifesta distinção entre um Direito Penal amplo e flexível e um Direito Penal mínimo e rígido. Somente essa separação seria apta a impedir que a modernização acabe apoderando-se, ainda que paulatinamente, de todos os espaços do Direito Penal clássico.

Note-se que, ao contrário da doutrina apregoada por Winfried Hassemer, **todos os ilícitos guardam natureza penal e devem ser processados e julgados pelo Poder Judiciário**. Não se fala, portanto, em retirada de infrações penais para serem cuidadas pelo chamado “direito administrativo sancionador”.

E quais seriam, especificamente, as duas velocidades do Direito Penal? Invoquemos, uma vez mais, os ensinamentos de Silva Sánchez:

Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal “da prisão”, na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não se tratar já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional à menor intensidade da sanção.<sup>19</sup>

Em outras palavras, exige-se um procedimento amplo e garantista para os crimes nos quais possa resultar a imposição de pena privativa de liberdade. Por outro turno, quando a sanção penal possível de ser aplicada no caso concreto se limitar às restrições de direitos, ou à multa, a ação penal pode ser mais ágil, eis que a disputa entre o acusado e o Estado não envolve tão relevante bem jurídico: a liberdade do ser humano.



<sup>19</sup> Idem, *ibidem*, p. 148.

### 6.5.4. Direito Penal do inimigo

#### 6.5.4.1. Noções preliminares

A teoria do Direito Penal do inimigo foi desenvolvida por **Günther Jakobs**, professor catedrático de Direito Penal e Filosofia do Direito na Universidade de Bonn, Alemanha, reconhecido mundialmente como um dos maiores criminalistas da atualidade.

A ele é também atribuída a criação de uma nova teoria da ação jurídico-penal, o funcionalismo radical, monista ou sistêmico, ou seja, o pensamento que reserva elevado valor à norma jurídica como fator de proteção social. Para ele, apenas a aplicação constante da norma penal é que imprime à sociedade as condutas aceitas e os comportamentos indesejados.

Na década de 1980, Jakobs traçou os primeiros lineamentos da teoria em análise, voltando ao seu estudo no final dos anos 1990, mas, em 2003, de maneira corajosa, assumiu postura inequívoca na defesa da adoção do Direito Penal do inimigo, justificando com toda uma obra doutrinária<sup>20</sup> a necessidade de revolucionar conceitos clássicos arraigados na mente dos doutrinadores.

Seu pensamento coloca em discussão a real efetividade do Direito Penal existente, pugnando pela flexibilização ou mesmo supressão de diversas garantias materiais e processuais até então reputadas em unísono como absolutas e intocáveis.

#### 6.5.4.2. Conceito de inimigo

Em seu aspecto léxico, extrai-se o seguinte significado:

**INIMIGO** adj. (Do lat. *inimicus*.) 1. Não amigo, hostil, adverso, contrário. – 2. Malquistado, indisposto. – 3. De ou pertencente a partido, facção ou grupo oposto.

♦ s.m. 1. Aquele que tem inimizade, ódio a alguém. – 2. Aquele com o qual se entra em guerra. – 3. O que é prejudicial, oposto, contrário. – 4. Aquele que experimenta aversão, antipatia por certas coisas.

|| *Inimigo aludado*, pessoa a quem se mata por mandado de outrem. || *Inimigo declarado, jurado*, pessoa que jurou agir contra alguém ou alguma coisa. || *Inimigo público*, indivíduo nocivo à sociedade.<sup>21</sup>

Constata-se, em qualquer das hipóteses acima mencionadas, que o termo “inimigo” representa aquele que, em situação de confronto, deve ser enfrentado e a qualquer custo vencido.

<sup>20</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003.

<sup>21</sup> LAROUSSE Cultural. *Grande dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 526.

Sempre que se pretende um duelo, uma disputa ou, de modo geral, iniciar um movimento de inquietação, deve-se escolher alguém ou alguma entidade para mostrar inconformismo com a situação que se pretende modificar. No pensamento de Jakobs não é diferente.

Inimigo, para ele, é o indivíduo que **afronta a estrutura do Estado**, pretendendo desestabilizar a ordem nele reinante ou, quiçá, destruí-lo. É a pessoa que revela um modo de vida contrário às normas jurídicas, não aceitando as regras impostas pelo Direito para a manutenção da coletividade. Agindo assim, demonstra **não ser um cidadão** e, por consequência, todas as garantias inerentes às pessoas de bem não podem ser a ele aplicadas.

Em síntese, trata-se de um indivíduo que, não apenas de maneira incidental, em seu comportamento ou em sua ocupação profissional ou, principalmente, por meio de vinculação a uma organização criminosa, vale dizer, em qualquer caso de forma presumivelmente permanente, abandonou o direito e, por conseguinte, **não garante o mínimo de segurança cognitiva do comportamento pessoal** e o manifesta por meio de sua conduta.

Para Silva Sánchez, a transição do “cidadão” ao “inimigo” seria produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas.<sup>22</sup>

Fundamenta filosoficamente sua teoria nas ideias de **Jean Jacques Rousseau**, já que o inimigo, ao desrespeitar o contrato social, guerreando com o Estado, deixa de ser um de seus membros, e também em **Johann Gottlieb Fichte** (“teoria do contrato cidadão”). Ademais, abeberando-se em **Immanuel Kant**, sustenta que uma pessoa ameaçadora contumaz da comunidade e do Estado, que não acolhe o Estado comunitário-legal, deve ser tratada como inimiga.

Como exemplos de pessoas identificadas como inimigas, após citar o ataque às torres gêmeas de Nova York, em 11 de setembro de 2001, como conduta inequívoca de indivíduos de tal estirpe, aponta os integrantes de organizações criminosas, delinquentes econômicos, terroristas, autores de crimes contra a liberdade sexual e, residualmente, os responsáveis pela prática de infrações penais graves e perigosas.<sup>23</sup>

Vê-se claramente, portanto, que, na contramão das ideias penais hodiernamente reinantes nas mais diversas partes do mundo, Jakobs abraça um **Direito Penal do autor**, rotulando indivíduos, em oposição a um Direito Penal do fato, preocupado com a ofensividade de ações e omissões relevantes.

<sup>22</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002. p. 149.

<sup>23</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo*. Trad. Manuel Cancio Mellá. Madrid: Civitas, 2003. p. 39.

#### 6.5.4.3. *Efeitos da aplicação da teoria do Direito Penal do inimigo*

Inicialmente, o Estado não deve reconhecer os direitos do inimigo, por ele não se enquadrar no conceito de cidadão. Consequentemente, não pode ser tratado como pessoa, pois entendimento diverso colocaria em risco o direito à segurança da comunidade.

O inimigo, assim, não pode gozar de direitos processuais, como o da ampla defesa e o de constituir defensor, haja vista que, sendo uma ameaça à ordem pública, desconsidera-se sua posição de sujeito na relação jurídico-processual. Possível, inclusive, a sua incomunicabilidade. Em uma guerra, o importante é vencer, ainda que para isso haja deslealdade com o adversário.

Como representa grande perigo à sociedade, deixa-se de lado o juízo de culpabilidade para a fixação da reprimenda imposta ao inimigo, privilegiando-se sua periculosidade. Em síntese, as penas são substituídas por medidas de segurança. De fato, a pena teria duração determinada, ao contrário da medida de segurança, possibilitando sua retirada do convívio público por todo o tempo em que persistir sua situação de perigo, compreendida como a probabilidade de tornar a cometer infrações penais.

Dessa forma, trata-se de um **Direito Penal prospectivo**, com visão para o futuro, encontrando amparo no positivismo crimimológico de Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garofalo, que clamava por um sistema penal em consonância com a real necessidade de defesa social, mormente quando estava assombrado por criminosos revestidos de indissociáveis aspectos endógenos.

Deve ainda o Direito Penal do inimigo antecipar a esfera de proteção da norma jurídica, **adiantando a tutela penal para atingir inclusive atos preparatórios, sem redução quantitativa da punição**. Ora, se o inimigo é um ser manifestamente voltado para os crimes e se a sua condição pessoal revela a ilicitude de sua atuação, não se pode esperar que ele pratique infrações penais para, posteriormente, cobrar-se repressão pelo Estado, como se dá com cidadãos comuns. Ao contrário, para a manutenção da ordem deve ser combatida a sua periculosidade, impondo-se uma medida de segurança com a mera demonstração da futura e eventual prática de um crime.

Essa antecipação não se importa com a quantidade da sanção penal a ser aplicada, pois o que se tem em mente é a garantia da sociedade. O inimigo não tem direitos e, assim, seu sacrifício se impõe para a proteção do interesse público. No caso do fatídico atentado de 11 de setembro de 2001, inúmeras vidas seriam salvas se a atuação inimiga tivesse sido interceptada previamente.

Para viabilizar esse adiantamento, deve o Estado valer-se abundantemente da ação controlada para retardar a prisão em flagrante ao momento em que

possa ser capturado o maior número de inimigos. Compete providenciar, também, a infiltração de agentes policiais nas organizações criminosas, para eficaz desbaratamento. Medidas preventivas e cautelares têm seu campo de incidência alargado, autorizando-se mais facilmente interceptações telefônicas e quebras de sigilos bancário e fiscal.

Se não bastasse, na investigação dos inimigos, o Estado está legitimado a aplicar medidas processuais e penais às pessoas que exercem atividades lícitas, em razão de alguns membros da classe guardarem íntima relação com organizações criminosas, grupos de traficantes e responsáveis por lavagem de dinheiro, como se dá com bancos, joalheiros e leiloeiros. Cuida-se de meios de defesa contra agressões futuras.

Dele decorre também a mitigação do princípio da reserva legal ou estrita legalidade, pois a periculosidade do inimigo impede a previsão de todos os atos que possam ser por ele praticados. Reclama-se, assim, uma narrativa vaga e pouco precisa dos crimes e das penas, que devem variar no caso concreto, dependendo da ameaça representada pelo combatente da guerra.

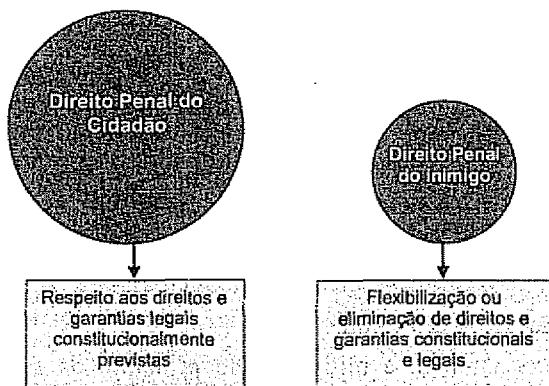
Mesmo nos crimes minuciosamente tipificados, as penas devem ser severamente majoradas, com o intuito de intimidar o inimigo, mantendo em estado latente todo o perigo que pode ser por ele causado.

Autoriza-se, também, a criação artificial de delitos, inflacionando a legislação penal, ainda que os bens juridicamente tutelados não sejam muito claros e até mesmo não reconhecidos pela sociedade. Como corolário, deve ser mais rigorosa a execução penal, na tentativa de emendar o inimigo e evitar a proliferação de outros, que deverão sentir a força e o poder do Estado legalizado.

Possível, assim, a eliminação de direitos e garantias individuais, uma vez que não paira necessidade de obediência ao devido processo legal, mas a um procedimento de guerra, de intolerância e repúdio ao inimigo.

O inimigo arrependido, disposto a auxiliar o Estado no combate de seus antigos companheiros, contudo, deve receber benefícios, desde que os delate, permitindo o desmantelamento de quadrilhas, prisões em massa e recuperação dos produtos e proveitos dos crimes.

Nitidamente, enxerga-se na concepção de Jakobs a convivência de dois direitos em um mesmo ordenamento jurídico. Em primeiro lugar, um **direito penal do cidadão**, amplo e dotado de todas as garantias constitucionais, processuais e penais, típico de um Estado Democrático de Direito. Sem prejuízo, em parcela menor e restrita a grupos determinados, com ele coexiste o **Direito Penal do inimigo**, no qual o seu sujeito deve ser enfrentado como fonte de perigo e, portanto, a sua eliminação da sociedade é o fim último do Estado.



E, nesse contexto, o Direito Penal do inimigo seria definido por Silva Sánchez como a **terceira velocidade do Direito Penal**: privação da liberdade e suavização ou eliminação de direitos e garantias penais e processuais.<sup>24</sup>

Como não poderia ser diferente, essa proposta recebe inúmeras críticas, fundadas principalmente na violação de direitos e garantias constitucionais e legais.<sup>25</sup>

### 6.5.5. Direito Penal como proteção de contextos da vida em sociedade

Cuida-se de proposta formulada por **Günter Stratenwerth** e, com a finalidade de garantir o futuro da sociedade, deixa em segundo plano a proteção dos interesses individuais, para salvaguardar imediatamente os bens jurídicos inerentes a toda a coletividade.

Ao contrário, portanto, da teoria proposta por Winfried Hassemer, busca de modo precípua a **proteção dos bens jurídicos difusos**, pois considera mais importante a salvaguarda do todo social para, secundariamente, assegurar o patrimônio jurídico de cada indivíduo isoladamente considerado. Como explica Paulo Silva Fernandes:

[...] pronunciando-se contra um direito penal que, segundo esse autor, demasiado arraigado a uma protecção de bens jurídicos de natureza essencialmente antropocêntrica, deveria caminhar no sentido de uma chamada protecção de “relações (ou contextos) da vida enquanto tais”, sem que fosse necessário reconduzir a necessidade

<sup>24</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002. p. 55.

<sup>25</sup> Conferir, a propósito: MASSON, Cleber Rogério. O direito penal do inimigo. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Processo penal e garantias constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006; e ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.



de protecção a interesses (pessoais) de qualquer dos participantes num dado contexto (nomeadamente nos domínios do ambiente ou da genética). Por isso propõe proteger juridico-penalmente “normas de conduta referidas ao futuro” sem “retro-referência a interesses individuais”, podendo-se, segundo o autor, chegar a bons resultados.<sup>26</sup>

Corolário desse entendimento, opera-se uma antecipação das fronteiras da tutela penal, com rápida transição do modelo tradicional de criação de infrações penais (proteção de bens individuais contra lesões efetivas) para o de crimes de perigo abstrato, para bens jurídicos transindividuais, passando por todas as modalidades intermediárias. Interesses até há pouco desconhecidos são imediatamente consagrados ao *status* de penalmente protegidos, como se verifica no tocante aos crimes ambientais e económicos.

Após ser estabelecido um perfil de gestão dos interesses difusos e coletivos a ser seguido, protege-se o contexto que passa a legitimar a intervenção do Direito Penal quando determinado modelo de comportamento é desrespeitado. Anticipa-se de maneira sensível a tutela penal, ainda que sirva apenas para a proteção do ambiente desejado pelo legislador. Nas palavras de Jesús-Maria Silva Sánchez:

De fato, essa orientação à proteção de *contextos* cada vez mais genéricos (no espaço e no tempo) da fruição dos bens jurídicos clássicos leva o Direito Penal a relacionar-se com fenômenos de dimensões estruturais, globais ou sistêmicas, no que as aportações individuais, autonomamente contempladas, são, ao contrário, de “intensidade baixa”. Com isso, tem-se produzido certamente a culminação do processo: o Direito Penal, que reagia *a posteriori* contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e ao passivo), se converte em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está administrativizado.<sup>27</sup>

Desse modo, imaginando a aplicação da referida teoria ao Direito Penal pátrio, poderíamos concluir ser mais relevante a proteção do meio ambiente contra a poluição, na forma prevista na Lei 9.605/1998, do que a simples punição de um crime de ameaça, pois a sociedade estaria garantida imediatamente com a preservação do meio ambiente, ao passo que, com a segunda incriminação, somente um indivíduo teria seu bem jurídico (liberdade individual) resguardado, o que coletivamente não seria de elevada importância.

Sem dúvida, cuida-se de proposta audaciosa que ganhará importância ao longo do século XXI, para o enfrentamento dos riscos da sociedade moderna. Como afirma Claus Roxin, conduzirá a uma “certa relativização, e não a um abandono da ideia de bem jurídico”,<sup>28</sup> sempre considerado ao longo da história principalmente em face do patrimônio jurídico de cada indivíduo, isoladamente.

<sup>26</sup> FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 81.

<sup>27</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pos-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002. p. 114.

<sup>28</sup> ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004. p. 62.

**6.6. QUESTÕES**

1. (Delegado de Polícia/SP – 2008) Sobre o funcionalismo penal, nascido na década de 1970, no seio da doutrina alemã, não é correto afirmar que essa concepção doutrinária:
  - (A) implica o enriquecimento da teoria da tipicidade com adoção da moderna teoria da imputação objetiva.
  - (B) vincula as causas legais de justificação ao tipo e trata as demais como causas simplesmente excludentes.
  - (C) prega que a função da teoria do injusto não é identificar condutas proibidas, mas sim condutas merecedoras de pena.
  - (D) questiona a utilidade do conceito de ação desenvolvido pelo finalismo e causalismo.
  - (E) concebe que o Direito, como regulador social, delimita o âmbito das expectativas normativas de conduta.
  
2. (44.º Promotor de Justiça MP/MG) Com relação às propostas dogmáticas de caráter funcional, assinale a alternativa INCORRETA:
  - (A) Trata-se de uma tentativa de racionalizar a intervenção penal através de uma densificação de elementos axiológicos e teleológicos.
  - (B) Na concepção de Günther Jakobs, trata-se de uma busca de adaptação de uma "metodologia ontológica" de construção de conceitos às necessidades do Direito Penal, preservando-se, em sua essência, sua vinculação às estruturas lógico-objetivas.
  - (C) Na perspectiva de Claus Roxin, trata-se de flexibilizar a análise de conceitos de molde a adaptá-los às mudanças valorativas ocorridas no âmbito social.
  - (D) Trata-se de propostas tendencialmente abertas à penetração, na construção de uma teoria do delito, das chamadas ciências sociais.
  - (E) Trata-se de uma proposta que descarta a busca dos fundamentos da legitimidade do Direito Penal em um "a priori" calcado na natureza das coisas.
  
3. (Juiz Auditor TJM/SP – 2007) O meio-termo entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, sem pesadas sanções, mas garantidor mínimo, com eficácia no combate à criminalidade coletiva, segundo Hassemer, tem a seguinte denominação:
  - (A) Direito de Socialização.
  - (B) Direito de Repressão.
  - (C) Direito de Contenção.
  - (D) Direito da Lei e da Ordem.
  - (E) Direito de Intervenção.
  
4. (MP/GO – 2010) Segundo definição de Günter Jakobs e Manuel Cancio Meliá sobre o direito penal do inimigo, "quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas" [ ] "Como já se tem indicado, Kant exige a separação deles, cujo significado é de que deve haver proteção frente aos inimigos". (In: Direito Penal do Inimigo: Noções e cri-

ticas. Organização e tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005). A partir da noção de direito penal do inimigo, marque a alternativa correta:

- (A) A instituição do regime disciplinar diferenciado foi baseada no direito penal do inimigo, perfeitamente admissível no Brasil, já que não ofende a dignidade da pessoa humana.
- (B) A noção de inimigo dada por Jakobs e Cancio Meliá não pode servir de fundamento para a edição de lei penal que viole o princípio da dignidade da pessoa humana, já que o Brasil o previu no artigo 1.º da Constituição da República de 1988.
- (C) Para a defesa social (*Estado Social*) é possível restringir-se a dignidade de alguns indivíduos que não possuem o status de pessoa humana, daí não se poder falar em ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.
- (D) O direito penal do inimigo não ofende o paradigma do Estado Democrático de Direito.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

**Obs.:** Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no *site* [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

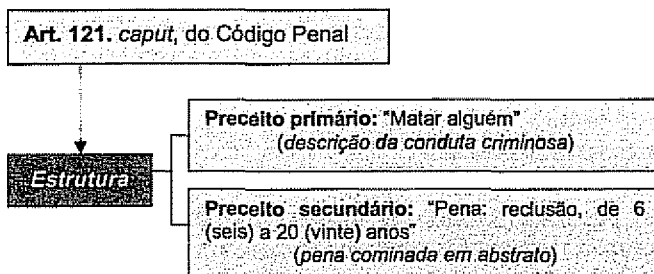
## LEI PENAL

Sumário: 7.1. Introdução – 7.2. Classificação – 7.3. Características da lei penal – 7.4. Lei penal em branco – 7.5. Interpretação da lei penal: 7.5.1. Introdução; 7.5.2. Quanto ao sujeito: autêntica, judicial ou doutrinária; 7.5.3. Quanto aos meios ou métodos: gramatical e lógica; 7.5.4. Quanto ao resultado: declaratória, extensiva e restritiva; 7.5.5. Interpretação progressiva; 7.5.6. Interpretação analógica – 7.6. Analogia: 7.6.1. Introdução; 7.6.2. Espécies – 7.7. Lei penal no tempo: 7.7.1. Introdução; 7.7.2. Direito Penal intertemporal e o conflito de leis penais no tempo; 7.7.3. Lei penal temporária e lei penal excepcional; 7.7.4. As leis penais em branco e o conflito de leis no tempo – 7.8. Conflito aparente de leis penais: 7.8.1. Conceito; 7.8.2. Requisitos; 7.8.3. Localização no Direito Penal; 7.8.4. Finalidade; 7.8.5. Diferença com o concurso de crimes; 7.8.6. Diferença com o conflito de leis penais no tempo; 7.8.7. Princípios para solução do conflito; 7.8.8. Ausência de previsão legal – 7.9. Tempo do crime – 7.10. Lei penal no espaço: 7.10.1. Introdução; 7.10.2. Princípio da territorialidade; 7.10.3. Outros princípios – 7.11. Lugar do crime: 7.11.1. Não aplicação da teoria da ubiqüidade em outras hipóteses – 7.12. Extraterritorialidade: 7.12.1. Introdução; 7.12.2. Extraterritorialidade incondicionada; 7.12.3. Extraterritorialidade condicionada – 7.13. Lei penal em relação às pessoas: 7.13.1. Introdução; 7.13.2. Imunidades diplomáticas e de chefes de governos estrangeiros; 7.13.3. Imunidades parlamentares – 7.14. Disposições finais acerca da aplicação da lei penal: 7.14.1. Introdução; 7.14.2. Eficácia da sentença estrangeira; 7.14.3. Contagem de prazo; 7.14.4. Frações não computáveis da pena; 7.14.5. Legislação especial – 7.15. Questões.

### 7.1. INTRODUÇÃO

É a fonte formal imediata do Direito Penal, uma vez que, por expressa determinação constitucional, tem a si reservado, exclusivamente, o papel de criar infrações penais e cominar-lhes as penas respectivas.

Sua estrutura apresenta dois preceitos, um primário (conduta) e outro secundário (pena). No crime de homicídio simples, tipificado pelo art. 121 do Código Penal, o preceito primário é “matar alguém”, enquanto a pena de “reclusão, de 6 a 20 anos” desempenha a função de preceito secundário.



Deve-se observar que a lei penal não é proibitiva, mas *descritiva*. Não proíbe a conduta de “matar alguém”, e sim descreve tal comportamento como criminoso, impondo a pena a ser aplicada caso seja ele praticado. A legislação penal brasileira não contém, como outrora, mandamentos diretos, a exemplo de “não furtar”, “não roubar” etc. Optou pela **proibição indireta**, descrevendo o fato como pressuposto da sanção.

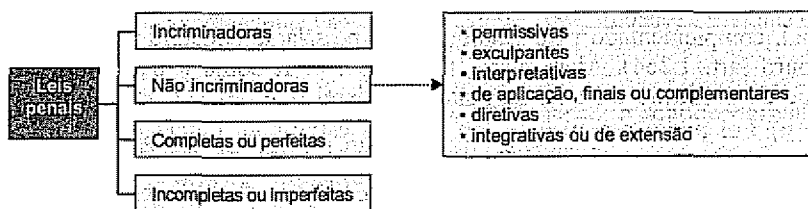
Essa técnica legislativa foi desenvolvida por **Karl Binding**, por ele chamada de **teoria das normas**, segundo a qual é necessária a distinção entre norma e lei penal. A norma cria o ilícito, a lei cria o delito. A conduta criminosa viola a norma, mas não a lei, pois o agente realiza exatamente a ação que esta descreve.

## 7.2. CLASSIFICAÇÃO

As leis penais apresentam diversas divisões. Podem ser:

- a) **incriminadoras**: são as que criam crimes e cominam penas. Estão contidas na Parte Especial do Código Penal e na legislação penal especial;
- b) **não incriminadoras**: são as que não criam crimes nem cominam penas. Subdividem-se em:
  - b1) **permissivas**: autorizam a prática de condutas típicas, ou seja, são as **causas de exclusão da ilicitude**. Em regra, estão previstas na Parte Geral (CP, art. 23), mas algumas são também encontradas na Parte Especial, tal como ocorre nos arts. 128 (aborto legal) e 142 (exclusão da ilicitude nos crimes contra a honra) do Código Penal;
  - b2) **exculpantes**: estabelecem a não culpabilidade do agente ou ainda a impunidade de determinados delitos. Exemplos: doença mental, menoridade, prescrição e perdão judicial. Encontram-se comumente na Parte Geral, mas também podem ser identificadas na Parte Especial do Código Penal, tais como nos arts. 312, § 3.º, 1.ª parte (reparação

- do dano antes da sentença no crime de peculato), e art. 342, § 2.º (retratação antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito no crime de falso testemunho ou falsa perícia);
- b3) interpretativas:** esclarecem o conteúdo e o significado de outras leis penais. Exemplos: arts. 150, § 4.º (conceito de domicílio), e 327 (conceito de funcionário público para fins penais) do Código Penal;
- b4) de aplicação, finais ou complementares:** delimitam o campo de validade das leis incriminadoras. Exemplos: arts. 2.º e 5.º do Código Penal;
- b5) diretivas:** são as que estabelecem os princípios de determinada matéria. Exemplo: princípio da reserva legal (CP, art. 1.º);
- b6) integrativas ou de extensão:** são as que complementam a tipicidade no tocante ao nexa causal nos crimes omissivos impróprios, à tentativa e à participação (CP, arts. 13, § 2.º, 14, II, e 29, *caput*, respectivamente);
- c) completas ou perfeitas:** apresentam todos os elementos da conduta criminosa. É o caso do art. 157, *caput*, do Código Penal;
- d) incompletas ou imperfeitas:** reservam a complementação da definição da conduta criminosa a uma outra lei, a um ato da Administração Pública ou ao julgador. São as leis penais em branco, nos dois primeiros casos, e os tipos penais abertos, no último.



### 7.3. CARACTERÍSTICAS DA LEI PENAL

- a) Exclusividade:** só a lei pode criar delitos e penas (CF, art. 5.º, XXXIX, e CP, art. 1.º).
- b) Imperatividade:** o seu descumprimento acarreta a imposição de pena ou de medida de segurança, tornando obrigatório o seu respeito.
- c) Generalidade:** dirige-se indistintamente a todas as pessoas, inclusive aos inimputáveis. Destina-se a todas as pessoas que vivem sob a jurisdição do Brasil, estejam no território nacional ou no exterior.

Justifica-se pelo caráter de coercibilidade que devem ter todas as leis em vigor, com efeito imediato e geral (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 6.º).

- d) **Impessoalidade**: projeta os seus efeitos abstratamente a fatos futuros, para qualquer pessoa que venha a praticá-los. Há duas exceções, relativas às leis que preveem anistia e *abolitio criminis*, as quais alcançam fatos concretos.
- e) **Anterioridade**: as leis penais incriminadoras apenas podem ser aplicadas se estavam em vigor quando da prática da infração penal, salvo no caso da retroatividade da lei benéfica.

#### 7.4. LEI PENAL EM BRANCO

Para Franz von Liszt, leis penais em branco são como “**corpos errantes em busca de alma**”. Existem fisicamente no universo jurídico, mas não podem ser aplicadas em razão de sua incompletude.

A lei penal em branco é também denominada de **cega** ou **aberta**, e pode ser definida como a espécie de lei penal cuja definição da conduta criminosa reclama complementação, seja por outra lei, seja por ato da Administração Pública. O seu preceito secundário é completo, o que não se verifica no tocante ao primário, carente de implementação. Divide-se em:

a) **Lei penal em branco em sentido lato** ou **homogênea**: o complemento tem a **mesma natureza jurídica** e provém do **mesmo órgão** que elaborou a lei penal incriminadora. Veja-se o art. 169, parágrafo único, I, do Código Penal, complementado pelo Código Civil, pois lá se encontra a definição de tesouro (art. 1.264). Além disso, tanto a lei civil como a penal têm como fonte de produção o Poder Legislativo federal (CF, art. 22, inc. I).

b) **Lei penal em branco em sentido estrito** ou **heterogênea**: o complemento tem **natureza jurídica diversa** e emana de **órgão distinto** daquele que elaborou a lei penal incriminadora. É o caso dos crimes previstos na Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas –, editada pelo Poder Legislativo federal, mas complementada por portaria da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Portaria SVS/MS 344/1998), pertencente ao Poder Executivo, pois nela está a relação das drogas.

Veja-se também o julgado do Superior Tribunal de Justiça:

O art. 1.º, I, da Lei 8.176/91, ao proibir o comércio de combustíveis “em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei”, é norma penal em branco em sentido estrito, porque não exige a complementação mediante lei formal, podendo sê-lo por normas administrativas infralegais, estas, sim, estabelecidas “na forma da lei”

<sup>1</sup> RHC 21.624, ref. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 07.02.2008.

c) **Lei penal em branco inversa ou ao avesso:** o preceito primário é completo, mas o secundário reclama complementação. Nesse caso, o complemento deve ser obrigatoriamente uma lei, sob pena de violação ao princípio da reserva legal. Exemplos dessa espécie de lei penal em branco são encontrados nos artigos 1.º a 3.º da Lei 2.889/1956, relativos ao crime de genocídio.

d) **Lei penal em branco de fundo constitucional:** o complemento do preceito primário constitui-se em norma constitucional. É o que se verifica no crime de abandono intelectual, definido no art. 246 do Código Penal, pois o conceito de “instrução primária” encontra-se no art. 208, inc. I, da Constituição Federal.

## 7.5. INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL

### 7.5.1. Introdução

Interpretação é a tarefa mental que procura estabelecer a vontade da lei, ou seja, o seu conteúdo e significado. Na insuperável lição de Carlos Maximiliano:

Interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém.<sup>2</sup>

Deve buscar a **vontade da lei** (*mens legis*), isto é, o sentido normativo nela contido, e não de quem a fez (*mens legislatoris*).<sup>3</sup>

A ciência que disciplina este estudo é a **hermenêutica jurídica**. A atividade prática de interpretação da lei é chamada de **exegese**.

A interpretação sempre é necessária, ainda que a lei se mostre, inicialmente, inteiramente clara, pois podem surgir dúvidas quanto ao seu efetivo alcance. O que ela abrange de modo imediato eventualmente não é tudo quanto pode incidir no seu campo de atuação.

Pode a interpretação ser classificada levando-se em conta o sujeito responsável pela sua realização, os meios de que se serve o intérprete e, por último, os resultados obtidos.

<sup>1</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 7.

<sup>2</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 445.



### 7.5.2. Quanto ao sujeito: autêntica, judicial ou doutrinária

Cuida-se do sujeito ou órgão que realiza a interpretação, classificando-se em autêntica, judicial e doutrinária.

**Autêntica**, também chamada de **legislativa**, é aquela de que se incumbem o próprio legislador, quando edita uma lei com o propósito de esclarecer o alcance e o significado de outra. É chamada de **interpretativa** e tem natureza cogente, obrigatória, dela não podendo se afastar o intérprete. É o caso do conceito de causa, fornecido pelo art. 13, *caput*, do Código Penal, e também do conceito legal de funcionário público para fins penais, previsto no art. 327 do Código Penal.

Por se limitar à interpretação, tem eficácia **retroativa** (*ex tunc*), ainda que seja mais gravosa ao réu. Em respeito à força e à autoridade da coisa julgada, por óbvio não atinge os casos já definitivamente julgados.

Pode ser **contextual**, quando se situa no próprio corpo da lei a ser interpretada, ou **posterior**, quando surge posteriormente.

**Doutrinária**, ou **científica**, é a interpretação exercida pelos doutrinadores, escritores e articulistas, **enfim**, comentadores do texto legal. Não tem força obrigatória e vinculante, em hipótese alguma. A **Exposição de Motivos do Código Penal** deve ser encarada como **interpretação doutrinária**, e não autêntica, por não fazer parte da estrutura da lei.

**Judicial ou jurisprudencial** é interpretação executada pelos membros do Poder Judiciário, na decisão dos litígios que lhes são submetidos. Sua reiteração constitui a jurisprudência. Em regra, não tem força obrigatória, salvo em dois casos: no **caso concreto** (em virtude da formação da coisa julgada material) e quando constituir **súmula vinculante** (CF, art. 103-A, e Lei 11.417/2006).

### 7.5.3. Quanto aos meios ou métodos: gramatical e lógica

Cuida-se do meio de que se serve o intérprete para descobrir o significado da lei penal. Classifica-se em gramatical e lógica.

**Gramatical**, também denominada **literal** ou **sintática**, é a que flui da acepção literal das palavras contidas na lei. Despreza quaisquer outros elementos que não os visíveis na singela leitura do texto legal. É a mais precária, em face da ausência de técnica científica.

**Lógica**, ou **teleológica**, é aquela realizada com a finalidade de desvendar a genuína vontade manifestada na lei, nos moldes do art. 5.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. É mais profunda e, conseqüentemente, merecedora de maior grau de confiabilidade.

Serve-se o intérprete de todos os elementos que tem à sua disposição, quais sejam, **histórico** (evolução histórica da lei e do objeto nela tratado), **sistemático** (análise da lei em compasso com o sistema em que se insere), **direito comparado**

(tratamento do assunto em outros países) e, inclusive, de elementos **extrajurídicos**, quando o significado de determinados institutos se encontra fora do âmbito do Direito (exemplo: conceito de veneno, relacionado à química).

#### 7.5.4. Quanto ao resultado: declaratória, extensiva e restritiva

Refere-se à conclusão extraída pelo intérprete, classificando-se em declaratória, extensiva e restritiva.

**Declaratória, declarativa** ou **estrita** é aquela que resulta da perfeita sintonia entre o texto da lei e a sua vontade. Nada resta a ser retirado ou acrescentado.

**Extensiva** é a que se destina a corrigir uma fórmula legal excessivamente estreita. A lei disse menos do que desejava (*minus dixit quam voluit*). Amplia-se o texto da lei, para amoldá-lo à sua efetiva vontade.

Por se tratar de mera atividade interpretativa, buscando o efetivo alcance da lei, é possível a sua utilização até mesmo em relação àquelas de natureza incriminadora. Exemplo disso é o art. 159 do Código Penal, legalmente definido como extorsão mediante sequestro, que também abrange a extorsão mediante **cárcere privado**.

É a posição consagrada em sede doutrinária. Deve ser utilizada em concursos que esperam do candidato uma posição mais rigorosa, tais como do Ministério Público, Polícia Civil e Polícia Federal.

Em concursos de tendência mais liberal, como é o caso da Defensoria Pública, razoável empregar uma posição favorável ao réu. Nesse contexto, já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “O princípio da legalidade estrita, de observância cogente em matéria penal, impede a interpretação extensiva ou analógica das normas penais”.<sup>4</sup>

**Restritiva** é a que consiste na diminuição do alcance da lei, concluindo-se que a sua vontade, manifestada de forma ampla, não permite seja atribuído à sua letra todo o sentido que em tese poderia ter. A lei disse mais do que desejava (*plus dixit quam voluit*).

#### 7.5.5. Interpretação progressiva

**Interpretação progressiva, adaptativa** ou **evolutiva** é a que busca amoldar a lei à realidade atual. Evita a constante reforma legislativa e se destina a acompanhar as mudanças da sociedade. É o caso do conceito de ato obsceno, diferente atualmente do que era há algumas décadas.

#### 7.5.6. Interpretação analógica

**Interpretação analógica** ou “*intra legem*” é a que se verifica quando a lei contém em seu bojo uma fórmula **casuística** seguida de uma fórmula

<sup>4</sup> RHC 85.217-3/SP, rel. Min. Eros Grau, 1.ª Turma, j. 02.08.2005.

genérica. É necessária para possibilitar a aplicação da lei aos inúmeros e imprevisíveis casos que as situações práticas podem apresentar.

Imagine-se na fase oral de um concurso público e toda a natural e inevitável tensão que a acompanha. O examinador faz a primeira pergunta: “Doutor, Doutora, apresente um exemplo de motivo torpe como qualificadora do crime de homicídio”.

Nessa hora a memória pode falhar, a ansiedade e o nervosismo podem atrapalhar, por mais preparado que você esteja. Lembre-se então da interpretação analógica. Abra o Código Penal que estará à sua frente e leia o art. 121, § 2.º, I, respondendo em seguida: “Excelência, o homicídio praticado mediante paga ou promessa de recompensa”.<sup>5</sup>

É isso. Paga e promessa de recompensa são motivos torpes, que não excluem outros. Certamente o examinador ficará satisfeito, mais simpático e receptivo, sua tensão diminuirá bastante e, daí em diante, é só colher os frutos do longo e sério período de preparação.

## 7.6. ANALOGIA

### 7.6.1. Introdução

Não se trata de interpretação da lei penal. De fato, sequer há lei a ser interpretada. Cuida-se, portanto, de **integração** ou **colmatação do ordenamento jurídico**. A lei pode ter lacunas, mas não o ordenamento jurídico.

Também conhecida como **integração analógica** ou **suplemento analógico**, é a aplicação, ao caso não previsto em lei, de lei reguladora de caso semelhante.

No Direito Penal, somente pode ser utilizada em relação às leis não incriminadoras, em respeito ao princípio da reserva legal.

Seu fundamento repousa na exigência de igual tratamento aos casos semelhantes. Por razões de justiça, fatos similares devem ser tratados da mesma maneira (*ubi eadem ratio ibi eadem iuris dispositio*).

### 7.6.2. Espécies

A analogia se apresenta pelas seguintes espécies:

a) **Analogia in malam partem**, é aquela pela qual aplica-se ao caso omissis uma lei maléfica ao réu, disciplinadora de caso semelhante. Não é admitida, como já dito, em homenagem ao princípio da reserva legal. Consoante a posição do Supremo Tribunal Federal, em julgamento no qual considerou atípica a “cola eletrônica”:

<sup>5</sup> Paga e promessa de recompensa caracterizam a cupidez. O crime que tem essa motivação é chamado de “mercenário”.

Não se pode pretender a aplicação da analogia para abarcar hipótese não mencionada no dispositivo legal (analogia *in malam partem*). Deve-se adotar o fundamento constitucional do princípio da estrita legalidade na esfera penal. Por mais reprovável que seja a lamentável prática da “cola eletrônica”, a persecução penal não pode ser legitimamente instaurada sem o atendimento mínimo dos direitos e garantias constitucionais vigentes em nosso Estado Democrático de Direito.<sup>6</sup>

É também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Não cabe ao Julgador aplicar uma norma, por assemelhação, em substituição a outra validamente existente, simplesmente por entender que o legislador deveria ter regulado a situação de forma diversa da que adotou; não se pode, por analogia, criar sanção que o sistema legal não haja determinado, sob pena de violação do princípio da reserva legal.<sup>7</sup>

b) **Analogia *in bonam partem***, é aquela pela qual se aplica ao caso omissis uma lei favorável ao réu, reguladora de caso semelhante. É possível no Direito Penal, exceto no que diz respeito às leis excepcionais, que não admitem analogia, justamente por seu caráter extraordinário.

Imagine uma adolescente de 13 anos de idade vítima de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A, *caput*, com a redação conferida pela Lei 12.105/2009), crime do qual resultou sua gravidez. Questiona-se: Seria possível o aborto? A lei nada diz. Entretanto, o art. 128, II, do Código Penal autoriza a interrupção da gravidez resultante de estupro (aborto sentimental), sem mencionar o estupro de vulnerável, crime inexistente à época em que foi redigido o art. 128 do Código Penal. Ora, a situação é semelhante: a gravidez é indesejada, pois originária de um delito contra a dignidade sexual. Ademais, o fundamento da autorização legal do aborto é evitar que a presença do filho traga à mãe recordações de um ato covarde contra ela praticado. Perfeitamente cabível, assim, a analogia.

c) **Analogia legal**, ou *legis*, é aquela em que se aplica ao caso omissis uma lei que trata de caso semelhante. Importante observar, como proclamado pelo Superior Tribunal de Justiça, que não cabe ao magistrado aplicar uma norma, por assemelhação, em substituição à outra validamente existente, simplesmente por entender que o legislador deveria ter regulado a situação de forma diversa da que adotou.<sup>8</sup>

d) **Analogia jurídica**, ou *juris*, é aquela em que se aplica ao caso omissis um princípio geral do direito.

<sup>6</sup> Inq 1.145/PB, rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. 19.12.2006.

<sup>7</sup> REsp 956.876/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª Turma, j. 23.08.2007.

<sup>8</sup> REsp 956.876/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª Turma, j. 23.08.2007.

## 7.7. LEI PENAL NO TEMPO

### 7.7.1. Introdução

Depois de cumprir todas as fases do processo legislativo previsto na Constituição Federal, a lei penal ingressa no ordenamento jurídico e, assim como as demais leis em geral, vigora até ser revogada por outro ato normativo de igual natureza. É o que se convencionou chamar de **princípio da continuidade das leis**.

A revogação é a **retirada da vigência de uma lei**. Essa é a regra geral: uma lei somente é revogada por outra lei. Há exceções no Direito Penal. As leis temporárias e excepcionais são autorrevogáveis, ou seja, não precisam ser revogadas por outra lei.

Toda e qualquer lei, por mais relevante e conhecida que seja, pode ser revogada. A atividade legislativa, como decorrência da soberania popular, é irrenunciável.

Os costumes, por mais consagrados que sejam em dada sociedade, não revogam leis. Dessa forma, a contravenção penal do jogo do bicho continua em vigor, embora muitas vezes indevidamente tolerada pela sociedade, e, pior, pelos órgãos estatais responsáveis pela segurança pública.

Da mesma forma, uma lei jamais é revogada por decisão judicial, ainda que oriunda do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. Como se sabe, a declaração de inconstitucionalidade limita-se a retirar a eficácia da lei em contrariedade com o texto constitucional, sem revogá-la, função exclusiva do Poder Legislativo.

A revogação da lei, dependendo do seu **alcance**, pode ser absoluta ou total, conhecida como **ab-rogação** (ab-rogação = absoluta), ou parcial, denominada **derrogação**.

No tocante ao **modo** pelo qual se verifica, a revogação pode ser expressa, tácita ou global.

**Expressa:** ocorre quando uma lei indica em seu corpo os dispositivos legais revogados. O art. 75 da Lei 11.343/2006 revogou expressamente as Leis 6.368/1976 e 11.409/2002, de modo que o tratamento legal da repressão ao uso e tráfico de drogas passou a ser por ela regulado.

**Tácita:** ocorre no caso em que a lei nova se revela incompatível com a anterior, apesar de não haver menção expressa à revogação.

**Global:** ocorre quando a nova lei regula inteiramente a matéria disciplinada pela lei anterior, que passa a ser ultrapassada e desnecessária.

Em obediência às regras de hermenêutica, e observando o campo de incidência das leis, a lei de natureza geral não revoga a especial, da mesma forma pela qual a especial também não revoga a geral. Não se trata de hie-

rarquia, mas sim de matérias diversas e diferentes âmbitos de atuação, uma não influenciando sobre a outra.

### 7.7.2. Direito Penal intertemporal e o conflito de leis penais no tempo

Como a lei pode ser revogada, instauram-se situações de conflito. Nesse sentido, verifica-se o conflito de leis no tempo quando uma lei nova entra em vigor, revogando a anterior. De fato, situações problemáticas inevitavelmente surgirão, eis que a lei nova sempre tem conteúdo ao menos relativamente diverso da sua antecessora, mesmo porque, se fossem idênticas, não haveria razão lógica para a sua edição.

As regras e princípios que buscam solucionar o conflito de leis penais no tempo constituem o **direito penal intertemporal**.

A análise do art. 5.º, XL, da Constituição Federal e dos arts. 2.º e 3.º do Código Penal permite a conclusão de que, uma vez criada, a eficácia da lei penal no tempo deve obedecer a uma regra geral e a várias exceções.

A regra geral é a da prevalência da lei que se encontrava em vigor quando da prática do fato, vale dizer, aplica-se a lei vigente quando da prática da conduta (*tempus regit actum*). Dessa forma, resguarda-se a reserva legal, bem como a anterioridade da lei penal, em cumprimento às diretrizes do texto constitucional.

As exceções se verificam, por outro lado, na hipótese de sucessão de leis penais que disciplinem, total ou parcialmente, a mesma matéria. E, se o fato tiver sido praticado durante a vigência da lei anterior, cinco situações podem ocorrer:

- a) a lei cria uma nova figura penal (*novatio legis* incriminadora);
- b) a lei posterior se mostra mais rígida em comparação com a lei anterior (*lex gravior*);
- c) a lei posterior extingue o crime (*abolitio criminis*);
- d) a lei posterior é benigna em relação à sanção penal ou à forma de seu cumprimento (*lex mitior*); ou
- e) a lei posterior contém alguns preceitos mais rígidos e outros mais brandos.

Vejamos cada uma delas.

#### 7.7.2.1. *Novatio legis incriminadora*

É a lei que tipifica como infrações penais comportamentos até então considerados irrelevantes.

A **neocriminalização** somente pode atingir situações consumadas após sua entrada em vigor. Não poderá retroagir, em hipótese alguma, conforme determina o art. 5.º, XL, da Constituição Federal.

A *novatio legis* incriminadora, portanto, somente tem eficácia para o futuro. Jamais para o passado.

#### 7.7.2.2. *Lei penal mais grave ou lex gravior*

Lei penal mais grave é a que **de qualquer modo** implicar tratamento mais rigoroso às condutas já classificadas como infrações penais.

A expressão “de qualquer modo” deve ser considerada de forma ampla, para atingir todo tipo de situação prejudicial ao réu. Exemplos: aumento de pena, criação de qualificadora, agravante genérica ou causa de aumento da pena, imposição de regime prisional mais rígido, aumento do prazo prescricional, supressão de atenuante genérica ou causa de diminuição da pena etc.

Se **mais grave**, a lei terá aplicação apenas a fatos posteriores à sua entrada em vigor. Jamais retroagirá, conforme expressa determinação constitucional.

Essa regra tem incidência sobre todas as leis com conteúdo material, estejam alocadas tanto no Código Penal (Parte Geral ou Parte Especial) ou na legislação penal extravagante, sejam incriminadoras ou reguladoras da imputabilidade, das causas excludentes da ilicitude, da aplicação da pena ou de qualquer outra classe jurídica atentatória do poder punitivo.

#### 7.7.2.3. *Abolitio criminis e lei posterior benéfica*

*Abolitio criminis* é a nova lei que exclui do âmbito do Direito Penal um fato até então considerado criminoso. Encontra previsão legal no art. 2.º, *caput*, do Código Penal e tem natureza jurídica de causa de extinção da punibilidade (art. 107, inc. III).

Alcança a execução e os efeitos penais da sentença condenatória, não servindo como pressuposto da reincidência, também não configurando maus antecedentes. Sobrevivem, entretanto, os efeitos civis de eventual condenação, quais sejam, a obrigação de reparar o dano provocado pela infração penal e constituição de título executivo judicial.

Para o Supremo Tribunal Federal, a configuração da *abolitio criminis* reclama revogação total do preceito penal, e não somente de uma norma singular referente a um fato que, sem ela, se contém numa incriminação penal.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> É o que ocorria em relação ao crime de roubo a estabelecimento de crédito, originariamente tipificado pelo art. 157 do Código Penal, depois estatuído em crime contra a segurança nacional pelo Decreto-lei 898/1969, e finalmente excluído desse último texto legal pela Lei 6.620/1978. O Excelso Pretório entendeu não ter ocorrido, em tal caso, a *abolitio criminis*, porque o fato sempre fora en-

Com efeito, são necessários dois requisitos para a caracterização da *abolitio criminis*: (a) revogação formal do tipo penal; e (b) supressão material do fato criminoso. Em outras palavras, não basta a simples revogação do tipo penal. É necessário que o fato outrora incriminado torne-se irrelevante perante o ordenamento jurídico, a exemplo do que aconteceu com o antigo crime de adultério, cuja definição encontrava-se no art. 240 do Código Penal.

De fato, não há falar em *abolitio criminis* nas hipóteses em que, nada obstante a revogação formal do tipo penal, o fato criminoso passa a ser disciplinado perante dispositivo legal diverso. Nesses casos, verifica-se a incidência do **princípio da continuidade normativa** (ou da continuidade típico normativa).<sup>10</sup> Esse fenômeno foi constatado no campo do atentado violento ao pudor, pois o art. 214 do Código Penal foi revogado pela Lei 12.015/2009, mas o fato passou a ser alcançado pelo art. 213 do Estatuto Repressivo, agora sob o rótulo “estupro”.

**Lei penal benéfica**, também conhecida como *lex mitior* ou *novatio legis in mellius*, é a que se verifica quando, ocorrendo sucessão de leis penais no tempo, o fato previsto como crime ou contravenção penal tenha sido praticado na vigência da lei anterior, e o novel instrumento legislativo seja mais vantajoso ao agente, favorecendo-o de qualquer modo. A lei mais favorável deve ser obtida no caso concreto, aplicando-se a que produzir o resultado mais vantajoso ao agente (teoria da ponderação concreta).<sup>11</sup>

Aqui também a expressão “de qualquer modo” deve ser compreendida na acepção mais ampla possível. Nos termos do art. 5.º, XL, da Constituição Federal, a *abolitio criminis* e a *novatio legis in mellius* devem retroagir, por configurar nítido benefício ao réu.

No campo da Lei de Drogas, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que o crime ora tipificado pelo art. 28, *caput* (porte de droga para consumo pessoal), em razão da natureza das penas a ele cominadas, é mais brando do que a figura antigamente prevista no art. 16 da Lei 6.368/1976. Deve, assim, retroagir para alcançar os fatos cometidos sob a égide da lei antiga.<sup>12</sup>

A retroatividade é automática, dispensa cláusula expressa e alcança inclusive os fatos já definitivamente julgados.

Questão normalmente abordada em concursos públicos é a seguinte: **Qual é o juízo competente para aplicar a “abolitio criminis” e a nova lei mais favorável?**

---

globado pelo Código Penal, cujas regras voltaram a abarcá-lo após a revogação dos preceitos que o transformaram, inadvertidamente, em crime contra a segurança nacional. Cabia, pois, diante da revogação da lei especial, aplicar-se o Código Penal como lei residual mais favorável (RTJ 94/501 e 94/504).

<sup>10</sup> HC 101.035/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 26.10.2010, noticiado no *Informativo* 606.

<sup>11</sup> TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *Sucessão de leis penais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 246.

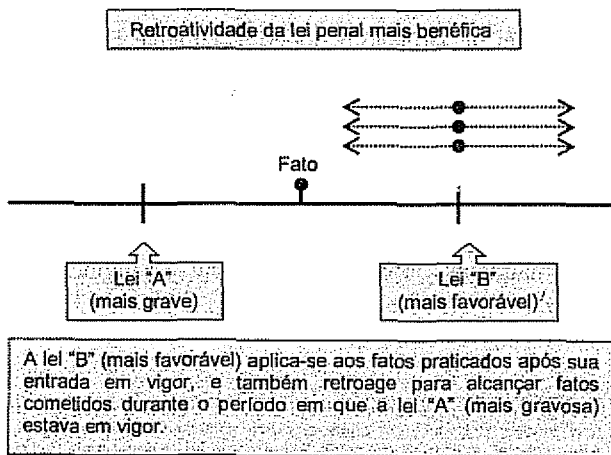
<sup>12</sup> REsp 1.025.228-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 06.11.2008, noticiado no *Informativo* 375, e HC 73.432/MG, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 14.06.2007, noticiado no *Informativo* 323.



A resposta é simples. Guarde o seguinte raciocínio: a lei será sempre aplicada pelo órgão do Poder Judiciário em que a ação penal estiver em trâmite. Extraem-se as seguintes ilações:

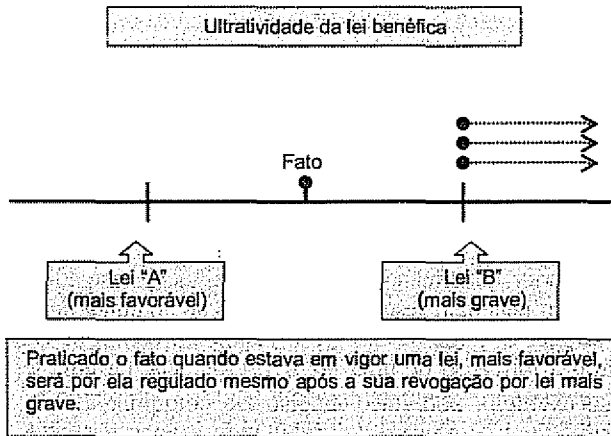
- 1.<sup>a</sup>) Tratando-se de inquérito policial ou de ação penal que se encontre em 1.<sup>o</sup> grau de jurisdição, ao juiz natural compete a aplicação da lei mais favorável. Exemplo: crime praticado na comarca de São Paulo, com inquérito policial distribuído e ação penal ajuizada na 10.<sup>a</sup> Vara Criminal. O juiz de Direito responsável por esta Vara deverá aplicar a lei mais favorável.
- 2.<sup>a</sup>) No caso de ação penal em grau de recurso, ou ainda na hipótese de crime de competência originária dos Tribunais, tal mister será tarefa do Tribunal respectivo.
- 3.<sup>a</sup>) Se a condenação já tiver sido alcançada pelo trânsito em julgado, a competência será do juízo da Vara das Execuções Criminais. É o que se extrai do art. 66, I, da Lei de Execução Penal, e da Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal.<sup>13</sup>

Atenção para um detalhe: vimos que a lei mais favorável é retroativa. Portanto, somente se pode falar em **retroatividade** quando a lei posterior for mais benéfica ao agente, em comparação àquela que estava em vigor quando o crime foi praticado.



<sup>13</sup> É o seu texto: "Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna". No mesmo sentido o teor da Súmula 23 do extinto Tribunal Federal de Recursos: "O Juízo da execução criminal é o competente para a aplicação de lei nova mais benigna a fato julgado por sentença condenatória irrecorrível".

Pode ocorrer, ainda, **ultratividade** da lei mais benéfica. Tal se verifica quando o crime foi praticado durante a vigência de uma lei, posteriormente revogada por outra prejudicial ao agente. Subsistem, no caso, os efeitos da lei anterior, mais favorável. Isso porque, como já abordado, a lei penal mais grave jamais retroagirá.



#### 7.7.2.3.1. Lei penal posterior e *vacatio legis*

Durante o período de *vacatio legis*, a lei penal não pode ser aplicada, mesmo que ela seja mais favorável ao réu. Com efeito, se a lei já foi publicada mas ainda não entrou em vigor, ela ainda não tem eficácia, sendo impossível sua incidência no caso prático. É preciso manter coerência. Se a lei em período de vacância não pode ser utilizada para prejudicar o réu, porque ainda não está apta a produzir seus regulares efeitos, também não pode beneficiá-lo.

A propósito, basta recordar do Código Penal de 1969 (Decreto-lei 1.004/1969), que possuía diversas disposições mais favoráveis ao réu, se comparado, à época, com o Código Penal de 1940.

O Código Penal de 1969, originário do Anteprojeto Nélson Hungria, é notoriamente apontado como exemplo do período de mais longa *vacatio legis* já existente no ordenamento jurídico pátrio. Seu texto final foi publicado em 1963, e posteriormente sancionado em 21 de outubro de 1969 pelo Governo Militar ("Comando Supremo da Revolução"), com fulcro no art. 3.º do Ato Institucional 16/1969, combinado com o § 1.º do art. 2.º do Ato Institucional 05/1968. Nada obstante, o Código Penal de 1969 nunca entrou em vigor.

Originariamente, o Código Penal de 1969 deveria ter entrado em vigor no dia 1.º.08.1970. Seu texto, entretanto, foi revisto pela Lei 6.016/1973. Após sucessivos prolongamentos das datas estipuladas para o início da sua

aplicabilidade (cf. Lei 6.063/1974 e suas alterações), o diploma concebido por Nélson Hungria acabou revogado pela Lei 6.578/1978, quando ainda estava em período de *vacatio*, razão pela qual nenhuma de suas disposições – favoráveis ou prejudiciais ao réu – foi aplicada no lugar no Código Penal de 1940, ainda em vigor.

#### 7.7.2.4. Combinação de leis penais (*lex tertia*)

Pode ocorrer o conflito entre duas leis penais sucessivas no tempo, cada qual com partes favoráveis e desfavoráveis ao réu. Exemplo: A Lei “X” comina a certo crime as penas de reclusão, de um a quatro anos, e multa. Posteriormente, tal lei é revogada por outra, “Y”, a qual prevê ao mesmo delito a pena de reclusão de dois a seis anos, sem multa.

A discussão reside na possibilidade ou não de o juiz, na determinação da lei penal mais branda, acolher os preceitos favoráveis da primitiva e, ao mesmo tempo, os da posterior, combinando-os para utilizá-los no caso concreto, de modo a extrair o máximo benefício resultante da aplicação conjunta dos aspectos mais interessantes ao réu. O cerne da discussão reside em definir se cabe ou não ao Poder Judiciário a formação de uma *lex tertia*, ou seja, de uma lei híbrida.

Em nosso exemplo, poderia o magistrado combinar as leis “X” e “Y”, da forma mais favorável ao réu, daí resultando a pena de um a quatro anos (da primeira), sem multa (da segunda)?

A doutrina se divide acerca do assunto.

Nélson Hungria revelava sua incredulidade nessa possibilidade de o membro do Poder Judiciário se arvorar em legislador, sob pena de violação da regra constitucional da separação dos Poderes.<sup>14</sup> Compartilham desse entendimento Heleno Cláudio Fragoso e Aníbal Bruno.

Com opinião diametralmente oposta, José Frederico Marques pugnava pela admissibilidade da combinação de leis. São suas as palavras:

Dizer que o juiz está fazendo lei nova, ultrapassando assim suas funções constitucionais, é argumento sem consistência, pois o julgador, em obediência a princípios de equidade consagrados pela própria Constituição, está apenas movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima. O órgão judiciário não está tirando, *ex nihilo*, a regulamentação eclética que deve imperar *hic et nunc*. A norma do caso concreto é construída em função de um princípio constitucional, com o próprio material fornecido pelo legislador. Se ele pode escolher, para aplicar o mandamento da Lei Magna, entre duas séries de disposições legais, a que lhe pareça mais benigna, não vemos porque se lhe vede a combinação de ambas, para assim aplicar, mais retamente, a Constituição. Se lhe está afeto escolher o “todo”, para que o réu tenha o tratamento mais favorável e benigno, nada há que lhe

<sup>14</sup> HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Foranço, 1949. v. 1, p. 110.

obste selecionar parte de um todo e parte de outro, para cumprir uma regra constitucional que deve sobrepor a puridos de lógica formal.<sup>15</sup>

Historicamente, o Supremo Tribunal Federal sempre se posicionou pela impossibilidade de combinação de leis penais, com o argumento de que extrair alguns dispositivos, de forma isolada, de um diploma legal, e outro preceito de outro diploma legal, implica alterar por completo o seu espírito normativo, criando um conteúdo diverso do previamente estabelecido pelo legislador.<sup>16</sup>

Entretanto, em alguns julgados o Supremo Tribunal Federal rompeu com seu posicionamento clássico, e decidiu pelo cabimento, a autor de crime de tráfico de drogas cometido sob a égide da Lei 6.368/1976, do benefício introduzido pelo artigo 33, § 4.º, da nova Lei de Drogas – Lei 11.343/2006. Concluiu que aplicar a causa de diminuição não significa baralhar e confundir normas, uma vez que o juiz, ao assim proceder, não cria lei nova, mas apenas se movimenta dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente possível. Enfatizou-se, também, que a vedação de junção de dispositivos de leis diversas é apenas produto de interpretação da doutrina e da jurisprudência, sem apoio direto em texto constitucional.<sup>17</sup>

Destarte, o Supremo Tribunal Federal abandonou, destarte, a teoria da ponderação unitária ou global (a lei na sua totalidade, na globalidade das suas disposições, deve ser aplicada), e filiou-se à **teoria da ponderação diferenciada**, pela qual, considerada a complexidade de cada uma das leis em conflito no tempo e a relativa autonomia de cada uma das disposições, é preciso proceder-se ao confronto de cada uma das disposições de cada lei, podendo, portanto, acabar por se aplicar ao caso *sub iudice* disposições de ambas as leis.<sup>18</sup>

Mas a inovação jurisprudencial não se firmou, pois o Supremo Tribunal Federal rapidamente retomou sua posição tradicional, voltando a acolher a **teoria da ponderação unitária, ou global**, de modo a repelir a combinação de leis penais, em homenagem aos princípios da reserva legal e da separação dos Poderes do Estado, sob o argumento de ser vedada ao Poder Judiciário a criação de uma terceira pena.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997, v. 2, p. 256-257. Compartilham desse entendimento, entre outros, Basileu Garcia, E. Magalhães Noronha e Damásio E. de Jesus.

<sup>16</sup> Nesse sentido: HC 68.416/DF, rel. Min. Paulo Brossard, 2.ª Turma, j. 08.09.1992. E também: Decisão Monocrática do Min. Celso de Mello, Ext 829/EP, j. 23.11.2001, e HC 86.459/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2.ª Turma, j. 05.12.2006.

<sup>17</sup> HC 95.435/RS, rel. orig. Min. Ellen Gracia, rel. p/ o acórdão Min. Cezar Peluso, 2.ª Turma, j. 21.10.2008, noticiado no *Informativo* 525. Na mesma direção: HC 101.511/MG, rel. Min. Eros Grau, 2.ª Turma, j. 09.02.2010, noticiado no *Informativo* 574.

<sup>18</sup> TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *Sucessão de leis penais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 248.

<sup>19</sup> HC 97.221/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.ª Turma, j. 19.10.2010, noticiado no *Informativo* 605. Em igual sentido: HC 103.153/MS, rel. Min. Cármen Lúcia, 1.ª Turma, j. 03.08.2010, noticiado no *Informativo* 594; e HC 96.844/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2.ª Turma, j. 04.12.2009, noticiado no *Informativo* 570.

Conclui-se, portanto, que no âmbito do Supremo Tribunal Federal prevalece o entendimento no sentido da impossibilidade de combinação de leis penais, com a ressalva da existência de alguns julgados em contrário.

O Superior Tribunal de Justiça, de seu turno, não admite a combinação de leis penais. Em análise do mesmo assunto – incidência do art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006, aos crimes praticados na vigência da Lei 6.368/1976 – o STJ limita-se a facultar ao réu a escolha entre o regramento antigo e o atual, pois deve incidir em sua integralidade a legislação que mais o favoreça, isto é, ou a lei nova ou a lei antiga, mas nunca partes de cada uma delas.<sup>20</sup>

O Código Penal Militar (Decreto-lei 1.001/1969), em seu art. 2.º, § 2.º, proíbe expressamente a combinação de leis.

#### 7.7.2.5. Lei penal intermediária

É possível, em caso de sucessão de leis penais, a aplicação de uma lei intermediária mais favorável ao réu, ainda que não seja a lei em vigor quando da prática da infração penal ou a lei vigente à época do julgamento. Exemplo: Ao tempo da conduta estava em vigor a lei “A”, sucedida pela lei “B”, encontrando-se em vigor ao tempo da sentença a lei “C”.

Nada impede a aplicação da lei “B”, desde que se trate, entre todas, da mais favorável ao agente.<sup>21</sup>

Essa é a posição consagrada no Supremo Tribunal Federal:

Lei penal no tempo: incidência da norma intermediária mais favorável. Dada a garantia constitucional de retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu, é consensual na doutrina que prevalece a norma mais favorável, que tenha tido vigência entre a data do fato e a da sentença: o contrário implicaria retroação da lei nova, mais severa, de modo a afastar a incidência da lei intermediária, cuja prevalência, sobre a do tempo do fato, o princípio da retroatividade *in mellius* já determinara.<sup>22</sup>

#### 7.7.3. Lei penal temporária e lei penal excepcional

**Lei penal temporária** é aquela que tem a sua vigência predeterminada no tempo, isto é, o seu termo final é explicitamente previsto em data certa do calendário. A lei diz, por exemplo, que sua validade se limita ao dia 31 de dezembro do ano em que foi editada.

**Lei penal excepcional**, por outro lado, é a que se verifica quando a sua duração está relacionada a situações de anormalidade. Exemplo: É editada

<sup>20</sup> HC 112.647-SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5.ª Turma, j. 04.11.2008, noticiado no *Informativo* 375. E também: EREsp 1.094.499/MG, rel. Min. Felix Fischer, 3.ª Seção, j. 28.04.2010, noticiado no *Informativo* 432.

<sup>21</sup> É também o entendimento de MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal. Parte geral*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1, p. 50.

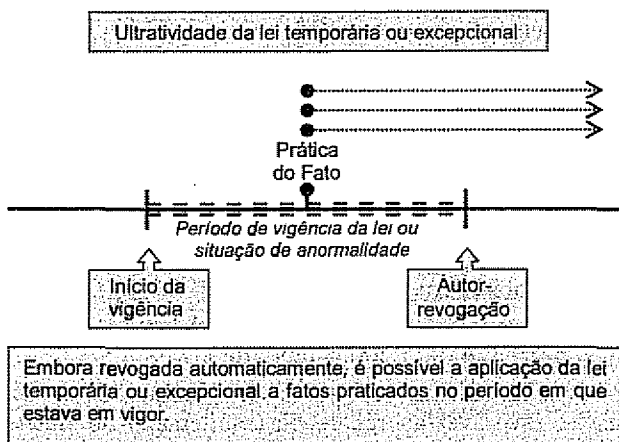
<sup>22</sup> RE 41.8876/MT, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1.ª Turma, j. 30.03.2004.

uma lei que diz ser crime, punido com reclusão de seis meses a dois anos, tomar banho com mais de dez minutos de duração durante o período de racionamento de energia.

Essas leis são **autorrevogáveis**. Não precisam de outra lei que as revogue. Basta a superveniência do dia nela previsto (lei temporária) ou o fim da situação de anormalidade (lei excepcional) para que deixem, automaticamente, de produzir efeitos jurídicos. Por esse motivo, são classificadas como **leis intermitentes**.

Se não bastasse, possuem **ultratividade**, pois se aplicam ao fato praticado durante sua vigência, embora decorrido o período de sua duração (temporária) ou cessadas as circunstâncias que a determinaram (excepcional). É o que consta do art. 3.º do Código Penal.

Em outras palavras, ultratividade significa a aplicação da lei mesmo depois de revogada. Imagine, no exemplo mencionado, que alguém tomou banho por mais de dez minutos durante o período de racionamento de energia. Configurou-se o crime tipificado pela lei excepcional. A pena será aplicada, mesmo após ser superada a situação de economia de força elétrica.



O fundamento da ultratividade é simples e foi suficientemente explicado pelo item “8” da Exposição de Motivos da antiga Parte Geral do Código Penal.<sup>23</sup>

É especialmente decidida a hipótese da *lei excepcional* ou *temporária*, reconhecendo-se a sua *ultra-atividade*. Esta ressalva visa impedir que, tratando-se

<sup>23</sup> O texto do art. 3.º do Código Penal de 1940, anteriormente à Reforma da Parte Geral pela Lei 7.209/1964, era idêntico ao atual: “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”. E, como a Exposição de Motivos funciona como interpretação doutrinária do Código Penal, os fundamentos então indicados permanecem válidos e adequados para a compreensão do assunto.

de leis previamente limitadas no tempo, possam ser frustradas as suas sanções por expedientes astuciosos no sentido do retardamento dos processos penais.

Busca-se, com a ultratividade, impedir injustiças. Sem essa característica da lei penal, alguns réus seriam inevitavelmente condenados, e outros não. Seriam punidos somente aqueles que tivessem praticado crimes em período muito anterior ao fim de sua vigência.

#### 7.7.4. As leis penais em branco e o conflito de leis no tempo

Lei penal em branco é aquela cujo **preceito secundário é completo**, mas o **preceito primário necessita de complementação**. Há previsão precisa da sanção, mas a narrativa da conduta criminosa é incompleta. O complemento pode constituir-se em outra lei, ou ainda em ato da Administração Pública.

O problema relativo ao assunto consiste em saber se, uma vez alterado o complemento da lei penal em branco, posteriormente à realização da conduta criminosa, ou seja, com a infração penal já consumada, e beneficiando o agente, deve operar-se a retroatividade.

A descrição do tipo penal continua a mesma, mas a conduta praticada pelo agente não mais encontra adequação típica, em face de não mais se enquadrar no complemento a que anteriormente se sujeitava.

Não há consenso entre os estudiosos do Direito Penal. Basileu Garcia era favorável à retroatividade, em oposição a Magalhães Noronha e José Frederico Marques, entre outros.

Em que pese a acirrada discussão, a questão é simples. Para sua compreensão, basta encará-la em sintonia com o art. 3.º do Código Penal.

Com efeito, o complemento da lei penal em branco pode assumir duas faces distintas: **normalidade e anormalidade**.

Quando o complemento revestir-se de situação de **normalidade**, a sua modificação favorável ao réu revela a alteração do tratamento penal dispensado ao caso. Em outras palavras, a situação que se buscava incriminar passa a ser irrelevante. Nesse caso, a retroatividade é obrigatória. Vejamos um exemplo: Suponhamos que alguém seja preso em flagrante, por ter sido encontrada em seu poder relevante quantidade de determinada droga. O crime de tráfico, tipificado pelo art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, constitui-se em lei penal em branco, pois a sua descrição fala somente em “droga” e a classificação de determinada substância nessa categoria depende de enquadramento em relação constante de Portaria editada pelo Poder Executivo Federal.

Se ao tempo em que a conduta foi praticada, a droga apreendida com o agente era definida como ilícita e se após o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, ou mesmo depois de proferida a condenação, inclusive com

trânsito em julgado, a Portaria é modificada, e de seu rol deixa de constar a substância com que estava o agente, deve operar-se a retroatividade, uma vez que não havia situação de anormalidade.

O que era crime deixou de ser. Aplica-se ao caso, portanto, a regra delineada pelo art. 5.º, XL, da Constituição Federal.

Por seu turno, quando o complemento se inserir em um contexto de **anormalidade**, de **excepcionalidade**, a sua modificação, ainda que benéfica ao réu, não pode retroagir. Fundamenta-se essa posição na **ultratividade** das leis penais excepcionais, alicerçada no art. 3.º do Código Penal.

Se no momento em que estava em vigor o complemento havia algo de anormal, ou seja, se se tratava de situação que naquele momento – e não necessariamente no futuro – deveria ser reprimida, a modificação do complemento não pode produzir efeitos aos casos anteriormente praticados, ou seja, cometidos em período de anormalidade.

Como exemplo, podemos recordar a famosa passagem de tabelamento de preços de produtos e mercadorias em geral. O art. 2.º, VI, da Lei 1.521/1951 preceitua ser crime contra a economia popular transgredir tabelas oficiais de gêneros e mercadorias.

Imagine que, em razão de problemas nas plantações de trigo, e visando controlar acentuada inflação, seja editada tabela pela qual o quilo do pão francês não possa ser vendido por valor superior a cinco reais enquanto não for normalizada a situação. Nesse período, um comerciante ávido por lucros vende pães por sete reais o quilo. Sua conduta é descoberta e ele vem a ser condenado.

Em seguida, a situação é normalizada e deixa de existir o preço tabelado, liberando-se os valores por parte dos comerciantes. Nada obstante, a pena deverá ser cumprida. A modificação não poderá retroagir. Ao contrário, será ultrativa, isto é, produzirá efeitos mesmo depois de cessada a situação de excepcionalidade.

Essa é a posição do Supremo Tribunal Federal, lançada na análise de caso relativo ao art. 269 do Código Penal, por ter ocorrido alteração na relação de doenças de notificação compulsória pelo médico:

Em princípio, o art. 3.º do Código Penal se aplica à norma penal em branco, na hipótese de o ato normativo que a integra ser revogado ou substituído por outro mais benéfico ao infrator, não se dando, portanto, a retroatividade. Essa aplicação só não se faz quando a norma, que complementa o preceito penal em branco, importa real modificação da figura abstrata nele prevista ou se assenta em motivo permanente, insusceptível de modificar-se por circunstâncias temporárias ou excepcionais, como sucede quando do elenco de doenças contagiosas se retira uma por se haver demonstrado que não tem ela tal característica.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> HC 73.169-6/SP, rel. Min. Moreira Alves, 1.ª Turma, j. 21.11.1995. É também a orientação do STJ: RHC 16.172/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 23.08.2005, e REsp 474.989/RS, rel. Min. Gilson Dipp, 5.ª Turma, j. 10.06.2003.



## 7.8. CONFLITO APARENTE DE LEIS PENAIS

### 7.8.1. Conceito

Dá-se o conflito aparente de leis penais quando a um único fato se revela possível, em tese, a aplicação de dois ou mais tipos legais, ambos instituídos por leis de igual hierarquia e originárias da mesma fonte de produção, e também em vigor ao tempo da prática da infração penal.

Na clássica lição de Oscar Stevenson:

Trata-se da sistemática dos princípios, mercê dos quais determinada norma repressiva tem exclusividade de aplicação, diante de outras que também definem como delito o mesmo fato, correspondente ao comportamento no todo ou em parte. [...] O conflito de preceitos penais se resolve na unicidade de delito pela aplicação de uma só norma.<sup>25</sup>

Percebe-se, assim, a existência de um único fato punível. Ao contrário, despontam diversos tipos legais aptos a serem aplicados ao caso concreto. Mas, tratando-se de conduta singular, afigura-se injusta e desproporcional a incidência de mais de uma sanção penal, razão pela qual deve ser escolhido o dispositivo legal que, na vida real, apresenta melhor adequação típica.

O conflito é aparente, pois desaparece com a correta interpretação da lei penal, que se dá com a utilização de princípios adequados.

### 7.8.2. Requisitos

São três: (1) **unidade de fato**; (2) **pluralidade de leis penais**; e (3) **vigência simultânea de todas elas**.

### 7.8.3. Localização no Direito Penal

O ponto de estudo do conflito aparente de leis penais é variável. Enquanto alguns autores preferem analisá-lo com o concurso de crimes,<sup>26</sup> outros o situam perante a teoria da lei penal,<sup>27</sup> passando, inclusive, pelo poder de punir do Estado, em face da proibição do *bis in idem*.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Néson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 28.

<sup>26</sup> É o caso de CARNELUTTI, Francesco. *Leciones de derecho penal*. El delito. Buenos Aires, 1952. p. 241, e de STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal*. Parte general. El hecho punible. Trad. espanhola Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1976. p. 343.

<sup>27</sup> Nesse sentido: ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal*. Parte general. Trad. espanhola Juan Del Rosal e Angel Tóro. Buenos Aires: Uteha, 1960. p. 113, e MORILLAS CUEVA, Luis. *Cursa de derecho penal español*. Parte general. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 98.

<sup>28</sup> HUNGRIA, Néson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v. 1, p. 118.

Mais acertado, contudo, é o seu enquadramento na **interpretação da lei penal**.<sup>29</sup> Não sem motivo, Beling conceituou o instituto como a “relação que medeia entre duas leis penais, pela qual, enquanto uma é excluída, a outra é aplicada”.<sup>30</sup>

De fato, cuida-se de problema ligado à interpretação da lei, solucionável com o emprego dos princípios apresentados pela dogmática penal. A antinomia subsiste até o verdadeiro descobrimento da finalidade da lei penal, o que se dá com a correta análise do seu alcance e conteúdo.

#### 7.8.4. Finalidade

A solução do conflito aparente de leis penais dedica-se a **manter a coerência sistemática do ordenamento jurídico**, bem como a **preservar a inaceitabilidade do *bis in idem***. Para Néelson Hungria:

Não é admissível que duas ou mais leis penais ou dois ou mais dispositivos da mesma lei penal se disputem, *com igual autoridade*, exclusiva aplicação ao mesmo fato. Para evitar a perplexidade ou a intolerável solução pelo *bis in idem*, o direito penal (como o direito em geral) dispõe de regras, explícitas ou implícitas, que previnem a possibilidade de competição em seu seio.<sup>31</sup>

Inicialmente, portanto, o conflito aparente de leis penais presta-se a evitar o repudiável *bis in idem*, implicitamente vedado pelo sistema jurídico, como exigência de justiça.

Ora, se um de seus requisitos é a unidade de fato, em relação aos quais duas ou mais leis podem ser aplicadas, resta clara a inadmissibilidade de sua dupla punição. Não pode uma conduta ser duplamente castigada. Em síntese, não se admite, pelo mesmo fato, mais de uma punição.

Se não bastasse, busca o instituto a manutenção da unidade e da coerência do ordenamento jurídico.

Não se olvida que no sistema penal afloram leis incompatíveis entre si, tanto em face da imprecisão técnica do legislador como em virtude da variedade de situações que podem surgir na vida real, impossibilitando a previsão antecipada de todos os casos merecedores de regulamentação expressa.

Entretanto, se existem leis incompatíveis, o sistema deve apresentar uma solução para que tal incompatibilidade desapareça. A incompatibilidade entre elas deve ser tolhida mediante a exclusão de uma delas pelo Poder Judiciário. Em síntese, o Direito não tolera antinomias.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Compartilham desse entendimento: BRUNO, Anibal. Op. cit., p. 260, e CORREIA, Eduardo Henrique da Silva. *A teoria do concurso em direito criminal*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 34.

<sup>30</sup> BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. La doctrina del delito tipo. Trad. Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944. p. 135.

<sup>31</sup> *Comentários ao Código Penal*, p. 118.

<sup>32</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 81. Para o autor, “para que possa ocorrer antinomia

### 7.8.5. Diferença com o concurso de crimes

Concurso de crimes é a situação que ocorre quando, mediante uma ou mais condutas, o agente pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não. Está disciplinado pelos arts. 69 a 72 do Código Penal.

São duas as diferenças fundamentais entre os institutos:

- 1) O conflito aparente não possui regramento legislativo, tratando-se atualmente de construção doutrinária e jurisprudencial, ao passo que o concurso de crimes foi regulamentado à risca pelo Código Penal.
- 2) No concurso de crimes, todas as leis violadas serão aplicadas no caso concreto, implicando a soma ou majoração das penas previstas para cada uma delas. Em suma, tudo o que foi praticado será imputado ao agente. Ao contrário, no conflito aparente de leis a incidência de uma delas impede a aplicabilidade da outra. Como um de seus requisitos é a unidade de fato, restaria configurado o *bis in idem* se houvesse mais de uma punição. A um fato corresponde igualmente uma pena. As diversas leis buscam espaço, concorrem, mas, ao final, superado o processo exegético, apenas uma será utilizada, acarretando a incidência da sanção penal a ela destinada.

### 7.8.6. Diferença com o conflito de leis penais no tempo

No conflito de leis penais no tempo, regulado pelo direito intertemporal, duas ou mais leis disputam a aplicação a um fato típico e ilícito praticado por agente culpável. Somente uma delas, ainda não revogada, poderá ser empregada, já que a outra não mais existe, não goza de vigência, não produz efeitos válidos no mundo fenomênico.

Dessa forma, e não se olvidando que um dos elementos do conflito aparente é a vigência simultânea de duas ou mais disposições inicialmente aplicáveis a um único fato, a diferença entre os institutos é flagrante.

Enquanto no conflito de leis no tempo somente uma delas existe e está em vigor, no conflito aparente ambas vigoram, mas apenas a adequada surtirá efeitos no caso real, sob pena de configuração do *bis in idem*, sem prejuízo da quebra de unidade lógica do sistema jurídico-penal.

### 7.8.7. Princípios para solução do conflito

A doutrina indica, em geral, quatro princípios para solucionar o conflito aparente de leis penais. São eles: (1) especialidade; (2) subsidiariedade; (3) consunção; e (4) alternatividade.

são necessárias duas condições, que, embora óbvias, devem ser explicitadas: 1) As duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento. [...] 2) As duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade. Distinguem-se quatro âmbitos de validade de uma norma: temporal, espacial, pessoal e material".

### 7.8.7.1. Princípio da especialidade

Com origem no Direito Romano, é aceito de forma unânime. Por sinal, não se questiona que a lei especial prevalece sobre a lei geral (*lex specialis derogat generali: semper specialia generalibus insunt; generi per speciem derogatur*).

A lei especial, também chamada de específica, possui sentido diferenciado, particularizado. Cuida-se daquela cuja previsão reproduz, de modo expresso ou elíptico, a da lei geral, tornando-a especial pelo acréscimo de outros elementos.

Lei especial é a que contém todos os dados típicos de uma lei geral, e também outros, denominados **especializantes**. A primeira prevê o crime genérico, ao passo que a última traz em seu bojo o crime específico. Exemplo: O crime de infanticídio, previsto no art. 123 do Código Penal, tem núcleo idêntico ao do crime de homicídio, tipificado pelo art. 121, *caput*, qual seja, “matar alguém”. Torna-se, entretanto, figura especial, ao exigir elementos especiais, diferenciadores: a autora deve ser a genitora, e a vítima deve ser o seu próprio filho, nascente ou neonato, cometendo-se o delito durante o parto ou logo após, sob a influência do estado puerperal.

É o que também se verifica entre as mais diversas infrações penais em suas formas simples, quando comparadas com as modalidades derivadas, sejam estas qualificadoras ou instituidoras de figuras privilegiadas.

Visualiza-se na especialidade uma relação lógica de dependência própria de uma situação de subordinação legislativa,<sup>33</sup> eis que toda conduta que atende ao tipo especial realiza também, necessariamente e de forma simultânea, o crime previsto na lei geral, o que não ocorre em sentido diverso. Em suma, quem pratica o crime específico também o faz perante o crime genérico, mas quem executa este não obrigatoriamente realiza aquele.

Há entre as leis **relação de gênero e espécie**, ou seja, todos os elementos descritos pela lei geral são reproduzidos pela lei especial. Por tal razão a primeira é excluída quando comparada com a última. De fato, as diversas disposições têm por objeto o mesmo fato, mas a aplicação de uma delas, diferenciada, específica e mais adequada, além de ser dotada de elementos qualitativos, ilide a incidência da outra, de natureza residual e genérica.

Deve-se atentar, contudo, que entra em cena o critério da especialidade não só quando um crime se encontra expressamente compreendido em outro, tal como acontece entre infanticídio e homicídio, mas também nas situações em que a cuidadosa interpretação revela que um tipo penal acarreta em uma descrição mais próxima ou minuciosa para determinado fato punível.<sup>34</sup> É o que se verifica entre os crimes de calúnia e difamação, tipificados, respec-

<sup>33</sup> Expressão empregada por JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte general*. 5. ed. Trad. espanhola Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 790.

<sup>34</sup> Cf. SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: La Ley, 1945, t. II, p. 190-191.

tivamente, pelos arts. 138 e 139 do Código Penal: ambos atentam contra honra objetiva e exigem a imputação de fato determinado, consumando-se no instante em que terceira pessoa toma conhecimento do teor da ofensa. No primeiro, todavia, a imputação refere-se ao cometimento de um crime que o agente sabe não ter sido praticado pela vítima, seja porque outra pessoa foi seu autor, seja porque jamais existiu. Por sua vez, na difamação a imputação diz respeito a um fato desabonador, de índole criminosa ou não, pouco importando seja verdadeiro ou falso.

Cumprе frisar que o princípio da especialidade impõe sejam os delitos genérico e específico praticados em **absoluta contemporaneidade**, isto é, no mesmo contexto fático. Com efeito, deve tratar-se de fato único, isolado, e não de reiteração criminosa. Exemplificativamente, temos a situação da mãe que tenta matar o próprio filho durante o próprio parto, sob a influência do estado puerperal, mas não obtém êxito por circunstâncias alheias à sua vontade, e depois vem a matá-lo, em outro momento, já com o desaparecimento do puerpério, caso em que responderá pelos dois crimes, em concurso material (tentativa de infanticídio e homicídio doloso consumado).

Ainda, as disposições genérica e específica podem ser integrantes de um mesmo diploma legal, como se dá entre os crimes previstos no Código Penal, ou, ainda, constar de leis distintas, podendo ser lembrada a relação existente entre os crimes previstos no art. 334 do Código Penal e pelo art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006: aquele que importa, clandestinamente, qualquer produto, incidirá na regra geral, prevista no Código Penal; de sua vez, se o produto importado for droga, assim definida na Portaria da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por se tratar de lei penal em branco, o crime será o de tráfico de drogas, tipificado na lei extravagante.

Ademais, as leis podem ter sido promulgadas ao mesmo tempo ou em épocas diversas, e, nesse caso, tanto pode ser posterior a lei geral como a especial.

Nesse contexto, decidiu o Supremo Tribunal Federal que as novas disposições da Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas não alteraram o art. 290 do Código Penal Militar.<sup>35</sup> Vejamos:

O art. 290 do Código Penal Militar não sofreu alteração pela superveniência da Lei n. 11.343/06, por não ser o critério adotado, na espécie, o da retroatividade da lei penal mais benéfica, mas, sim, o da especialidade. O fundamento constitucional do crime militar é o art. 124, parágrafo único, da Constituição da República: tratamento diferenciado do crime militar de posse de entorpecente, definido no art. 290 do Código Penal Militar. Jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal reverencia a especialidade da legislação penal militar

<sup>35</sup> "Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena – reclusão, até cinco anos."

e da justiça castrense, sem a submissão à legislação penal comum do crime militar devidamente caracterizado.<sup>36</sup>

O conflito aparente de leis penais tem como requisito inafastável, portanto, a existência de duas leis penais concorrentes sobre o mesmo fato, e uma delas está contida na outra parcialmente, da qual é diferenciada por um ou mais elementos especializantes.

Uma vez configurada a especialidade, a sua utilização é **peremptória**. De fato, se fosse aplicada sempre a lei genérica, não haveria sentido na atuação do legislador ao contemplar mais especificamente um preceito penal perante outro qualquer.

Sua aferição se estabelece **em abstrato**, ou seja, para saber qual lei é geral e qual é especial, prescinde-se da análise do fato praticado. É suficiente a comparação em tese das condutas definidas nos tipos penais.

Destarte, para determinar a configuração da especialidade, deve o intérprete formular um **juízo hipotético negativo**, no qual se suprime mentalmente a existência do delito específico. Caso todo o fato, sem exceções dos ali contemplados, seja suscetível de ser qualificado perante o crime genérico, há de afirmar-se a sua presença.<sup>37</sup>

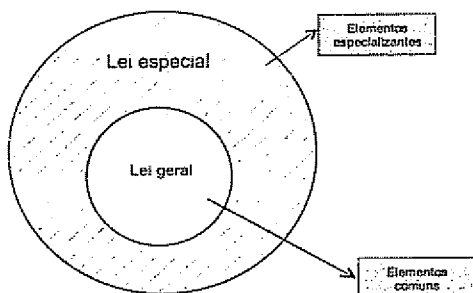
Se não bastasse, pouco importa a quantidade de sanção penal reservada para as infrações penais. **A comparação entre as leis não se faz da mais grave para a menos grave, pois a lei específica pode narrar um ilícito penal mais rigoroso ou mais brando.**

Em síntese, o critério da especialidade reclama duas leis penais em concurso, caracterizadas pela relação de gênero e espécie, na qual esta prefere àquela, excluindo a sua aplicação para fins de tipicidade. A lei específica deve abrigar todos os elementos da genérica, apresentando ainda outras particulares características que podem ser denominadas elementos especializantes, constituindo uma subespécie agravada ou atenuada daquela.

Em virtude de tais elementos, a lei especial abarca um âmbito de aplicação mais restrito, captando um menor número de condutas típicas e ilícitas. Pode, então, ser efetuada a comparação entre os tipos penais como dois círculos concêntricos de diferentes raios, sendo maior o especial (mais elementares) e menor o geral (menos elementares), razão pela qual, quando o tipo especial não restar caracterizado pela ausência dos elementos especializantes que formam a sua peculiar estrutura abstrata, a conduta poderá ser subsumida no tipo genérico, de natureza residual.

<sup>36</sup> HC 92.462/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, 1.ª Turma, j. 23.10.2007.

<sup>37</sup> Cf. GARCÍA ALBERO, Ramón. *Non bis in idem material y concurso de leyes penales*. Barcelona: Marcial Pons, 1995. p. 321.



### 7.8.7.2. Princípio da subsidiariedade

Estabelece que a **lei primária** tem prevalência sobre a **lei subsidiária** (*lex primaria derogat legi subsidiarie*). Esta é a que define como crime um fato incluído por aquela na previsão de delito mais grave, como qualificadora, agravante, causa de aumento de pena ou, inclusive, modo de execução.

Portanto, há subsidiariedade entre duas leis penais quando se trata de estágios ou graus diversos de ofensa a um mesmo bem jurídico, de forma que a ofensa mais ampla e dotada de maior gravidade, descrita pela lei primária, engloba a menos ampla, contida na subsidiária, ficando a aplicabilidade desta condicionada à não incidência da outra.<sup>38</sup>

O crime tipificado pela lei subsidiária, além de menos grave do que o narrado pela lei primária, dele também difere quanto à forma de execução, já que corresponde a uma parte deste. Em outras palavras, a **figura subsidiária está inserida na principal**. O roubo, por exemplo, contém em seu arquetipo os crimes de furto e de ameaça ou lesão corporal.

Não por outra razão, a lei subsidiária exerce **função complementar** diante da principal. De fato, somente se aplica quando esta última (lei principal) não puder incidir no tocante ao fato punível. Corolário disso, ao contrário do que se opera na especialidade, aqui o fato tem de ser apreciado em concreto, para aferir qual a disposição legal em que se enquadra. Para Oscar Stevenson: “A aplicabilidade da norma subsidiária e a inaplicabilidade da principal não resultam da relação lógica e abstrata de uma com a outra, mas do juízo de valor do fato em face delas”.<sup>39</sup>

Além disso, na subsidiariedade não existem elementos especializantes, mas **descrição típica de fato mais abrangente e mais grave**. Na hipótese de restar configurada a lei primária, instituidora de fato apenado mais grave-

<sup>38</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal. Filosofía y ley penal*. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1992. t. II, p. 550.

<sup>39</sup> *Concurso aparente de normas penais*, p. 39.

mente, jamais terá incidência a lei subsidiária, com conduta sancionada mais levemente. Esta somente será utilizada na impossibilidade daquela, atuando como verdadeiro “soldado de reserva”.<sup>40</sup>

Em suma, as diferenças entre os princípios da especialidade e da subsidiariedade são manifestas.

No princípio da especialidade, a lei especial é aplicada mesmo se for mais branda do que a lei geral. No caso do princípio da subsidiariedade, ao contrário, a lei subsidiária, menos grave, sempre será excluída pela lei principal, mais grave.

Ainda, no princípio da especialidade a aferição do caráter geral ou especial das leis se estabelece em abstrato, ou seja, prescinde da análise do caso concreto, enquanto no princípio da subsidiariedade a comparação sempre deve ser efetuada **no caso concreto**, buscando a aplicação da lei mais grave.

Finalmente, no princípio da especialidade ocorre relação de gênero e espécie entre as leis em conflito, ao passo que no da subsidiariedade a lei subsidiária não deriva da principal.

A subsidiariedade pode ser expressa ou tácita.

Verifica-se a **subsidiariedade expressa** ou **explícita** nas situações em que é declarada formalmente na lei, mediante o emprego de locuções como: “se as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo” (CP, art. 129, § 3.º), “se o fato não constitui crime mais grave” (CP, art. 132), “se o fato não constitui elemento de outro crime” (CP, art. 249), entre outras análogas.

De outro lado, dá-se a **subsidiariedade tácita** ou **implícita** quando a lei residual não condiciona, taxativamente, a sua aplicação em caso de impossibilidade de incidência da primária. Possível, assim, a sua presença sem o apelo expresso do legislador, deduzindo-se da finalidade almejada e dos meios que se relacionam entre as diversas disposições, ou seja, conclui-se pela sua existência diante da circunstância de encontrar-se o fato implicado na lei primária como elemento constitutivo, qualificadora, causa de aumento da pena, agravante genérica ou meio de execução. Exemplo: Constrangimento ilegal (CP, art. 146), subsidiário diante do estupro (CP, art. 213).

#### 7.8.7.3. Princípio da consunção ou da absorção

De acordo com o princípio da consunção, ou da absorção,<sup>41</sup> **o fato mais amplo e grave consome, absorve os demais fatos menos amplos e graves**, os quais atuam como meio normal de preparação ou execução daquele, ou ainda como seu mero

<sup>40</sup> Expressão de HUNGRIA, Néson. *Comentários ao Código Penal*, p. 121.

<sup>41</sup> Terminologia empregada, entre outros, por: CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho penal*. Parte general. 10. ed. Barcelona: Bosch, 1953. t. I, p. 641.



exaurimento. Por tal razão, aplica-se somente a lei que o tipifica: *lex consumens derogat legi consumptae*. A lei consuntiva prefere a lei consumida. Como prefere Magalhães Noronha, “na consunção, o crime consuntivo é como que o vértice da montanha que se alcança, passando pela encosta do crime consumido”.

Pressupõe, entre as leis penais em conflito, relação de *magis* para *minus*, ou seja, de continente para conteúdo, de forma que a lei instituidora de fato de mais longo espectro consome as demais. Como decorrência da sanção penal prevista para a violação do bem jurídico mais extenso, torna-se prescindível e inaceitável a pena atribuída à violação do bem jurídico mais restrito, evitando-se a configuração do *bis in idem*, daí decorrendo a sua indiscutível finalidade prática.

Seus fundamentos são claros: o bem jurídico resguardado pela lei penal menos vasta já está protegido pela mais ampla, e a prática de um ilícito definido por uma lei penal é indispensável para a violação de conduta tipificada por outra disposição legal.

Como bem ressalta Jiménez de Asúa:<sup>42</sup>

A maior amplitude da lei ou da disposição legal pode derivar do bem jurídico tutelado — que compreende também o tutelado por outra lei — ou da natureza dos meios adotados ou dos efeitos produzidos, ou bem de que aquela assuma como elemento constitutivo ou circunstância qualificadora de algum fato previsto por outra lei (tradução livre).

Ao contrário do que se dá no princípio da especialidade, aqui não se reclama a comparação abstrata entre as leis penais. **Comparam-se os fatos**, inferindo-se que o mais grave consome os demais, sobrando apenas a lei penal que o disciplina.

O cotejo se dá entre fatos concretos, de modo que o mais completo, o inteiro, prevalece sobre a fração. Não há um único fato buscando se abrigar em uma ou outra lei penal, caracterizada por notas especializantes, mas uma sucessão de fatos, todos penalmente tipificados, na qual o mais amplo consome o menos amplo, evitando-se seja este duplamente punido, como parte de um todo e como crime autônomo. Não por outro motivo, o crime consumado consome o crime tentado, ocorrendo idêntico fenômeno entre os crimes de dano e os de perigo.

A distinção com o princípio da subsidiariedade também é evidente.

Na regra da subsidiariedade, em função do fato concreto praticado, comparam-se as leis para saber qual é a aplicável. Por seu turno, na consunção, sem buscar auxílio nas leis, comparam-se os fatos, apurando-se que o mais amplo, completo e grave consome os demais. O fato principal absorve o acessório, sobrando apenas a lei que o disciplina.

<sup>42</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La ley y el delito*. Principios de derecho penal. 13. ed. Buenos Aires: Sudamericana, 1984. p. 147.

E, em oposição ao que se visualiza nos princípios da especialidade e da subsidiariedade, na consunção não há um fato único buscando amoldar-se em uma ou outra lei, mas uma sucessão de fatos em que o mais amplo e mais grave absorve os menos amplos e menos graves. Não é a lei que consome as outras, mas o fato que consome os demais, possibilitando a incidência de apenas uma das leis.

Afasta-se, assim, o *bis in idem*, já que o fato menos amplo e menos grave seria duplamente punido, como parte do todo e como crime autônomo.

A consunção pode ter sua origem tanto em virtude da expressa declaração da lei<sup>43</sup> como também na sua zelosa interpretação, utilizando-se para tanto de elementos de ordem gramatical, lógica, histórica e sistemática na apreciação jurídica do caso concreto.

#### 7.8.7.3.1. Hipóteses em que se aplica o princípio da consunção

O princípio da consunção se concretiza em quatro situações: crime complexo, crime progressivo, progressão criminosa e atos impuníveis.

##### 7.8.7.3.1.1. Crime complexo

Também conhecido como **crime composto**, é a modalidade que resulta da fusão de dois ou mais crimes, que passam a desempenhar a função de elementares ou circunstâncias daquele, tal como se dá no roubo, originário da união entre os delitos de furto e ameaça ou lesão corporal, dependendo do meio de execução empregado pelo agente. Para Jorge de Figueiredo Dias:<sup>44</sup>

Se na maior parte dos tipos de crime – *tipos simples* – está em causa a proteção de apenas um bem jurídico (*v.g.*, a vida no art. 131.º, a honra no art. 180.º), nos *tipos complexos* pretende-se alcançar a proteção de vários bens jurídicos. Por exemplo, no roubo (art. 210.º) é tutelada não só a propriedade, mas também a integridade física e a liberdade individual de decisão e ação. O relevo normativo-prático desta distinção reside em que ela pode mostrar-se essencial para uma correcta interpretação (e aplicação) do tipo.

Indicado por relevante parcela doutrinária como hipótese da consunção,<sup>45</sup> parece-nos não ser esta a melhor escolha.

<sup>43</sup> É o que ocorre no art. 61 do Código Penal: "São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime".

<sup>44</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal. Parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t. I, p. 294. Os dispositivos citados pelo autor referem-se ao Código Penal português.

<sup>45</sup> Podem ser lembrados: STEVENSON, Oscar. *Concurso aparente de normas penais*, p. 40; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*, p. 561-565; e CASTELLÓ NICÁS, Nuria. *El concurso de normas penales*. Granada: Comares, 2000. p. 168.

Em apertada síntese, alegam seus defensores que o crime complexo absorve os delitos autônomos que compõem a sua estrutura típica, razão pela qual prevalece a lei responsável pela sua definição.

Na verdade, o crime complexo constitui verdadeiro concurso de crimes, ainda que pela escolha técnico-legislativa exista a opção de castigar a atuação do agente pela figura final, que deverá prevalecer, por estabelecer uma valoração conjunta dos fatos em concurso.

Destarte, não se desnatura o concurso de crimes existente no complexo delitivo, convertendo-o em conflito aparente de leis penais. É óbvio, contudo, que o conflito aparente se realizará entre a figura complexa, de um lado, e as figuras simples, do outro.

Além disso, é fundamental que no conflito aparente todas as leis penais devem qualificar os mesmos fatos, atentatórios do mesmo bem jurídico, permitindo-se a aplicação da mais pertinente entre elas, coisa que aqui não sucede.

#### 7.8.7.3.1.2. Crime progressivo

É o que se opera quando o agente, almejando desde o início alcançar o resultado mais grave, pratica, mediante a reiteração de atos, crescentes violações ao bem jurídico.<sup>46</sup> Pressupõe necessariamente a existência de um crime plurissubsistente, isto é, uma única conduta orientada por um só propósito, mas fracionável em diversos atos. O ato final, gerador do evento originariamente desejado, consome os anteriores, que produziram violações mais brandas ao bem jurídico finalmente atacado, denominados de **crimes de ação de passagem**.<sup>47</sup>

Possui como requisitos, portanto, a unidade de elemento subjetivo e de conduta, composta de vários atos, e a progressividade no dano ao bem jurídico.

Desde o início de sua empreitada, o crime mais grave é desejado pelo sujeito, que vem a praticar uma única conduta, decomposta em vários executórios, lesando gradativamente o bem jurídico que se propôs a lesionar. Imagine-se a hipótese em que alguém, desejando eliminar um desafeto, começa a golpeá-lo em várias regiões do corpo, iniciando o processo de matá-lo, vindo finalmente a atingi-lo na cabeça, ceifando sua vida. As diversas lesões corporais, necessárias para a execução do homicídio, ficam por este absorvidas.

<sup>46</sup> Na definição de Nelson Hungria: "Ocorre quando, da conduta inicial que realiza um tipo de crime, o agente passa a ulterior atividade, realizando outro tipo de crime, de que aquele é elemento constitutivo (reconhecida a unidade jurídica, segundo a regra do *ubi maior, minor cessat*). *Comentários ao Código Penal*, p. 232-233.

<sup>47</sup> Expressão originária do Direito Penal italiano, referida por SABINO JÚNIOR, Vicente. *Direito penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967. v. 1, p. 188.

#### 7.8.7.3.1.3. Progressão criminosa

Dá-se quando o agente pretende inicialmente produzir um resultado e, depois de alcançá-lo, opta por prosseguir na prática ilícita e reinicia outra conduta, produzindo um evento mais grave.<sup>48</sup> Exemplo: O agente que, após praticar vias de fato, opta por produzir lesões corporais na vítima, e, ainda não satisfeito, acaba por matá-la responde exclusivamente pelo homicídio.

O sujeito é guiado por uma pluralidade de desígnios, havendo alteração em seu dolo, razão pela qual executa uma diversidade de fatos (mais de um crime), cada um correspondente a uma vontade, destacando-se a crescente lesão ao bem jurídico. Por tal motivo, a resposta penal se dará somente para o fato final, mais grave, ficando absorvidos os demais.

Com a punição do crime final, o Estado também sanciona os anteriores, efetuados no mesmo contexto fático. A penalização autônoma constituiria indistigável *bis in idem*, tendo em vista que seriam castigados como parte do resultado final e também de maneira independente.

#### 7.8.7.3.1.4. Fatos impuníveis

São divididos em três grupos:<sup>49</sup> anteriores, simultâneos e posteriores, todos previstos como crimes ou contravenções penais por outras leis, as quais o agente realiza em virtude da mesma e única finalidade, qual seja, praticar o fato principal, ou então, como consequência deste, o seu exaurimento, por força do *id quod plerumque accidit*, isto é, de acordo com o que normalmente acontece, aquilatando-se a sua conduta com as máximas da experiência cotidiana.

Atos anteriores, prévios ou preliminares impuníveis são os que funcionam como meios de execução do tipo principal, ficando por este absorvidos. No caso do roubo da bolsa da vítima que se encontra no interior de um automóvel, eventual destruição do vidro não acarreta na imputação ao agente do crime contido no art. 163, *caput*, do Código Penal.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> "A única diferença conceitual que se pode estabelecer entre ambos os institutos situa-se no aspecto mutativo existente na progressão criminosa no tocante ao elemento subjetivo e não presente no crime progressivo. De fato, no crime progressivo, o agente, desde o início, desejava o resultado mais grave. Na progressão criminosa, o agente, de início, pretendia apenas o crime menos grave, alterando, porém, a sua intenção no desenrolar dos fatos até decidir produzir o resultado mais grave. No crime progressivo, o dolo do agente é um só, do começo ao fim; na progressão criminosa, o dolo passa por uma série de mutações." Cf. BARBOSA, Marcelo Fortes. *Concurso de normas penais*. São Paulo: RT, 1976. p. 100.

<sup>49</sup> Maggiore admite apenas a consunção do fato anterior, referindo-se ao posterior como um indiferente para a lei penal ou então como concurso real de crimes. Cf. MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*. Bogotá: Temis, 1971. v. 1, p. 186.

<sup>50</sup> É também o que se verifica no porte ilegal de arma de fogo voltado à prática de homicídio (STJ: HC 104.455/ES, rel. Min. Og Fernandes, 6.ª Turma, j. 21.10.2010, noticiado no *Informativo* 452).

Em conformidade com a definição do princípio da consunção, o fato anterior componente dos atos preparatórios ou de execução apenas será absorvido quando apresentar menor ou igual gravidade quando comparado ao principal, para que este goze de força suficiente para consumir os demais, englobando-os em seu raio de atuação.

Nesse contexto, manifesto o equívoco técnico da Súmula 17 do Superior Tribunal de Justiça, assim redigida: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”.<sup>51</sup>

O enunciado jurisprudencial destina-se, precipuamente, às hipóteses em que o sujeito, com o escopo de praticar estelionato, falsifica materialmente uma cártula de cheque, documento particular equiparado a documento público por expressa determinação legal, nos termos do art. 297, § 2.º, do Código Penal.

Ora, tal crime é punido com reclusão de dois a seis anos, e multa. Sendo o fato mais amplo e grave, não pode ser consumido pelo estelionato, sancionado de forma mais branda. Mas não pára por aí.

Os delitos apontados atingem bens jurídicos diversos. Enquanto o estelionato constitui crime contra o patrimônio, o falso agride a fé pública. Não há falar, tecnicamente, em conflito aparente de leis, mas em autêntico concurso material de delitos. Portanto, se no rigor científico a súmula deve ser rejeitada, resta acreditar que a sua criação e manutenção se devem, exclusivamente, a motivos de política criminal, tornando a conduta cada vez mais próxima do âmbito civil, à medida que a pena pode ser, inclusive, reduzida pelo arrependimento posterior, benefício vedado ao crime de falso.

É importante ressaltar que o *ante factum* impunível e o crime progressivo não se confundem. No último, há incursão obrigatória pela infração penal menos grave, não se podendo, exemplificativamente, matar sem antes ferir. O primeiro, todavia, pode ser cometido sem violação da lei penal menos grave. Na hipótese aventada, não se discute que a bolsa da vítima pode ser roubada sem a destruição do vidro do veículo.

Já os atos concomitantes, ou simultâneos não puníveis, são aqueles praticados no instante em que se executa o fato principal. É o caso dos ferimentos leves suportados pela mulher violentada sexualmente, os quais restam consumidos pelo crime de estupro.

Finalmente, os fatos posteriores não puníveis são visualizados quando, depois de realizada a conduta, o sujeito pratica nova ofensa contra o mesmo

<sup>51</sup> Esta posição tem o apoio do Supremo Tribunal Federal: “Contrafação de cheques depositados pelo acusado em sua conta corrente, e cujos valores foram sacados por ele em dinheiro após o creditação. Falso cuja potencialidade lesiva se exaure na fraude elementar da burla qualificada, ou estelionato. Absorção daquele por este. Aplicação do princípio da consunção. Inexistência de concurso formal” (Ext 931/P.T, rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, j. 28.09.2005).

bem jurídico, buscando alguma vantagem com o crime anterior.<sup>52</sup> O exaurimento deve ser aferido em consonância com a lógica do razoável, pois não há dúvida de que, exemplificativamente, o larápio usualmente vende os bens subtraídos, visando lucro financeiro. Se o furto ou roubo se deu por força de ânimo de lucro, não seria correto puni-lo mais uma vez por ter lucrado.<sup>53</sup> Cuida-se de previsível exaurimento, ficando consumidos os atos posteriores.

#### 7.8.7.3.1.4.1. Fatos anteriores e posteriores impuníveis e o crime conexo

A palavra “conexão” é utilizada para dirigir-se ao elo objetivo ou subjetivo entre duas ou mais infrações penais. Define-se, então, o crime conexo como aquele **ligado a outro delito**.

A conexão pode ser **teleológica**, quando o crime é praticado para assegurar a execução de outro, ou **consequencial**, se visar garantir a ocultação, impunidade ou vantagem de delito anterior. Funciona como qualificadora no homicídio e agravante genérica nos demais casos, como se infere dos arts. 121, § 2.º, V, e 61, II, alínea “b”, respectivamente, ambos do Código Penal.

Entre os crimes há autêntico concurso material. Assim, quem mata o segurança de um empresário e priva este último da liberdade para obter vantagem como condição ou preço do resgate responde por homicídio e extorsão mediante sequestro, somando-se as penas. Se o último delito, todavia, não se produz nem na forma tentada, por ele não responde o agente, mas o crime contra a vida subsiste na forma qualificada. Leva-se em conta o tempo do crime, considerando-se a teoria da atividade, encampada pelo art. 4.º do Código Penal.

Há, assim, certa semelhança entre o crime conexo e os fatos anteriores e posteriores não puníveis, os primeiros relacionados com a conexão consequencial e os últimos, com a teleológica. Mas a diferença é nítida.

Na conexão, a prática do crime-meio e do crime-fim não é o que normalmente acontece na vida cotidiana, ao passo que no *ante factum* e no *post factum* impuníveis o crime principal e os demais são consequências naturais,

<sup>52</sup> Exemplificativamente, o sujeito que falsifica um documento e posteriormente o utiliza deve responder somente pelo primeiro delito, pois “a utilização pelo próprio agente do documento que anteriormente falsificara constitui fato posterior impunível, principalmente porque o bem jurídico tutelado, ou seja, a fé pública, foi malferido no momento em que se constituiu a falsificação. Significa, portanto, que a posterior utilização do documento pelo próprio autor do falso consubstancia, em si, desdobramento dos efeitos da infração anterior” (STJ: HC 107.103/GO, rel. Min. Og Fernandes, 6.º Turma, j. 19.10.2010, noticiado no *Informativo* 452).

<sup>53</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penal*. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, 1971. v. 2, p. 568: “Existe fato posterior não punível quando um comportamento que realiza uma tipicidade prevista por determinada norma penal deve considerar-se como implicitamente apreciado e valorado para todos seus fins pela norma que prevê pena para um comportamento precedente, como na hipótese em que o segundo fato, sem lesionar um novo bem jurídico, consiste na realização do fim em virtude do qual, em correspondência com a tipicidade legal, devia estar dominada a primeira ação”.

no sentido de que o desrespeito de uma lei tem por resultado normal a posterior violação da outra.

Nesses termos, o agente que mata alguém e depois destrói o cadáver deve suportar a responsabilização do crime de homicídio em concurso com o de destruição de cadáver, tipificado no art. 211 do Código Penal. Cuida-se de conexão consequencial, e não de *post factum* impunível, haja vista não ser a violação do mencionado tipo penal consequência normal da prática do crime contra a vida.

Por seu turno, o sujeito que falsifica documento público e depois dele faz uso somente responde pelo crime de falso material, pois o delito tipificado no art. 304 do Código Penal é corolário lógico do previsto no art. 297 do citado diploma legal.

Não se deve, portanto, equiparar as situações. A forma de interpretação é bastante diversa, justificando a distinção no tocante ao tratamento penal dispensado.

#### 7.8.7.3.1.5. Princípio da alternatividade

Seu conceito, em consonância com as posições fornecidas pela doutrina, deve levar em conta dois pontos de partida distintos.

Inicialmente, a alternatividade é definida como a situação em que duas ou mais disposições legais se repetem diante do mesmo fato. Para Luis Jiménez de Asúa:

Há alternatividade quando os dois artigos “ou leis” se comportam como dois círculos secantes. O que interessa é definir qual deles deve ser eleito para a subsunção. Os autores se pronunciam pelo preceito que contém penas mais severas, fórmula que aceitamos porque mede a maior importância do bem jurídico protegido; mas se forem iguais as sanções impostas, apenas por “via interpretativa” – segundo disse Fontecilla – pode, descobrir-se o maior valor do bem jurídico tutelado<sup>54</sup> (tradução livre).

Oscar Stevenson compartilha desse entendimento:

Pelo princípio da alternatividade, a aplicação de uma norma a um fato exclui a aplicabilidade de outra que também o prevê como delito.<sup>55</sup>

Exemplo: Se no caso concreto restar reconhecido que a conjunção carnal se enquadra na figura da violação sexual mediante fraude (CP, art. 215), descabe atribuir ao agente o crime de estupro (CP, art. 213).

De outro campo, notam-se também autores que entendem configurada a alternatividade na hipótese em que o tipo penal contém em seu corpo vários

<sup>54</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*, p. 541.

<sup>55</sup> STEVENSON, Oscar. *Concurso aparente de normas penais*, p. 43.

fatos, alternativamente, como modalidades de uma mesma infração penal. Assim, praticados pelo mesmo sujeito um ou mais núcleos, sucessivamente, restará configurado crime único.<sup>56</sup>

São os chamados **tipos mistos alternativos, de ação múltipla ou de conteúdo variado**, identificados assim quanto à conduta (ex.: Lei 11.343/2006, art. 33, *caput*), ao modo de execução (ex.: CP, art. 121, § 2.º, inc. IV), ao resultado naturalístico (ex.: CP, art. 129, § 2.º, inc. III), ao objeto material (ex.: CP, art. 234), aos meios de execução (ex.: CP, art. 121, § 2.º, inc. III), às circunstâncias de tempo (ex.: CP, art. 123), às circunstâncias de lugar (ex.: CP, art. 233), ou ainda perante outras situações apontadas pelo legislador.

O princípio da alternatividade não é aceito por relevante parcela da doutrina como útil para a solução do conflito aparente de leis penais.<sup>57</sup> Isto porque teria a sua função esvaziada pelo princípio da consunção.

Deveras, a variante inicial, denominada **alternatividade imprópria**, a qual se verifica quando o legislador disciplina o mesmo fato mediante o emprego de duas ou mais leis penais, deve ser rechaçada de plano.

Com efeito, nada mais é do que hipótese de inadmissível equívoco legislativo, solucionável pela **ab-rogação tácita**, pois uma lei posterior estaria versando integralmente acerca de matéria tratada por lei anterior, de igual natureza e hierarquia.

Por seu turno, a outra variante, conhecida como **alternatividade própria**, existente entre dois ou mais tipos penais protetores de único bem jurídico contra diversas ofensas, não tem espaço por questão de lógica, é dizer, a ausência de um dos requisitos basilares do instituto.

Inexiste propriamente conflito entre leis penais, mas **sim conflito interno na própria lei penal**. Ademais, o critério da consunção resolve com vantagens os problemas acaso surgidos nos tipos mistos alternativos. Veja-se a hipótese em que o indivíduo, exemplificativamente, importa, transporta, guarda, expõe à venda e, finalmente, vende a mesma droga. Estará configurado um único crime tipificado pelo art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, não por aplicação do princípio da alternatividade, mas da consunção.

Contudo, se o mesmo sujeito importa cocaína, transporta ópio e vende heroína, responderá por três crimes distintos, em concurso material, na forma prevista no art. 69 do Código Penal, somando-se as penas.

<sup>56</sup> É o caso de DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 290.

<sup>57</sup> Podem ser citados, entre aqueles que não o recepcionam: MERKEL, Adolf. *Derecho penal*. Parte general. Trad. espanhola Pedro Dorado Montero. Buenos Aires: Julio César Faria, 2004. p. 280 e ss. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*, p. 791; HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*, p. 119; SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*. Parte geral. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. t. I, p. 151; BRUNO, Anibal. *Direito penal*, p. 161.



Destarte, entendemos ser a alternatividade a consunção que se instrumentaliza no interior de um mesmo tipo penal entre condutas integrantes de leis de conteúdo variado. Em síntese, nada mais é do que a consunção que resolve o conflito entre condutas previstas na mesma lei penal.

Por tal razão, o princípio da alternatividade não é tolerado pela doutrina dominante como válido para solução do conflito aparente de leis penais.

### 7.8.8. Ausência de previsão legal

O conflito aparente de leis penais **não tem previsão legal**. O Código Penal não disciplinou expressamente o assunto.

Em que pesem alguns entendimentos em contrário, nem mesmo o princípio da especialidade foi tratado pelo Código Penal. De fato, o art. 12 cuida, na verdade, do princípio da convivência das esferas autônomas: relaciona-se à solução do conflito entre as regras previstas na Parte Geral do Código Penal e a legislação penal extravagante, o que não se confunde com o instituto em apreço.

Exemplificativamente, o art. 12 do Código Penal soluciona conflitos entre as regras inerentes à prescrição, diferenciando a sua aplicação entre os crimes previstos no Código Penal e outros delitos consagrados pela legislação especial que possuam um sistema prescricional diferenciado.

Não se presta, todavia, para cuidar da especialidade entre crimes de homicídio e de infanticídio, por exemplo, ou entre outros delitos delineados pelo Código Penal.

Repita-se: o art. 12 do Código Penal fala em “**regras gerais deste Código**”, motivo pelo qual não é apto a tratar da especialidade entre os diversos crimes, os quais se encontram tipificados na **Parte Especial**.

Seria oportuno, contudo, fosse o tema disciplinado expressamente pelo Código Penal, com o propósito de apresentar regras sistemáticas e, principalmente, possibilitar segurança jurídica em um assunto tão tormentoso nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial. Mas, infelizmente, o legislador ainda não conferiu ao instituto a merecida atenção.

## 7.9. TEMPO DO CRIME

É necessária a identificação do momento em que se considera praticado o crime, para que se opere a aplicação da lei penal ao seu responsável. Três teorias buscam explicar o momento em que o crime é cometido.

Pela **teoria da atividade**, considera-se praticado o crime no momento da conduta (ação ou omissão), pouco importando o momento do resultado.

A **teoria do resultado** ou do evento reputa praticado o crime no momento em que ocorre a consumação. É irrelevante a ocasião da conduta.

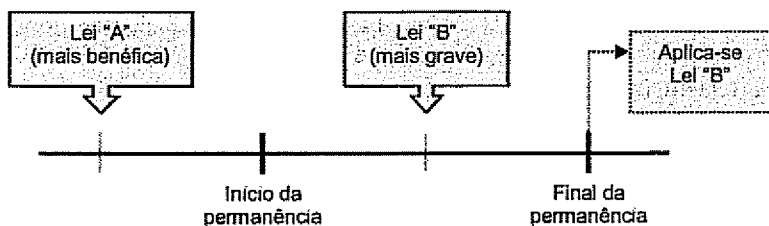
Por fim, a **teoria mista** ou da **ubiquidade** busca conciliar as anteriores. Para ela, momento do crime tanto é o da conduta como também o do resultado.

O art. 4.º do Código Penal acolheu a **teoria da atividade**: “Considera-se praticado o crime no momento da ação ou da omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”.

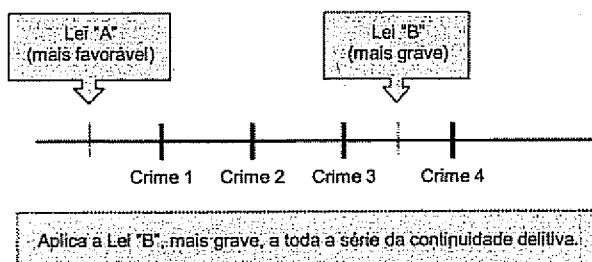
Dessa forma, a identificação do tempo do crime leva em conta a prática da conduta. Exemplo: “A”, com a idade de 17 anos, 11 meses e 20 dias, efetua disparos de arma de fogo contra “B”, nele provocando diversos ferimentos. A vítima vem a ser socorrida e internada em hospital, falecendo 15 dias depois. Não se aplicará ao autor o Código Penal, em face de sua inimputabilidade ao tempo do crime, mas sim as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990.

A adoção da teoria da atividade apresenta relevantes consequências, tais como:

- a) aplica-se a lei em vigor ao tempo da conduta, exceto se a do tempo do resultado for mais benéfica;
- b) a imputabilidade é apurada ao tempo da conduta;
- c) no crime permanente em que a conduta tenha se iniciado durante a vigência de uma lei, e prossiga durante o império de outra, aplica-se a lei nova, ainda que mais severa. Fundamenta-se o raciocínio na reiteração de ofensa ao bem jurídico, já que a conduta criminosa continua a ser praticada depois da entrada em vigor da lei nova, mais gravosa;



- d) no crime continuado em que os fatos anteriores eram punidos por uma lei, operando-se o aumento da pena por lei nova, aplica-se esta última a toda a unidade delitiva, desde que sob a sua vigência continue a ser praticada. O crime continuado, em que pese ser constituído de vários delitos parcelares, é considerado crime único para fins de aplicação da pena (teoria da ficção jurídica);



No tocante a estes dois casos, dispõe a **Súmula 711 do Supremo Tribunal Federal**: “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”.

- e) no crime habitual em que haja sucessão de leis, deve ser aplicada a nova, ainda que mais severa, se o agente insistir em reiterar a conduta criminosa.

**Cuidado:** Em matéria de **prescrição**, o art. 111, I, do Código Penal preferiu a **teoria do resultado**, uma vez que a causa extintiva da punibilidade tem por termo inicial a data da consumação da infração penal.

## 7.10. LEI PENAL NO ESPAÇO<sup>58</sup>

### 7.10.1. Introdução

O Código Penal brasileiro limita o campo de validade da lei penal com observância de dois vetores fundamentais: a **territorialidade** (art. 5.º) e a **extraterritorialidade** (art. 7.º). Com base neles se estabelecem princípios que buscam solucionar os conflitos de leis penais no espaço.

A **territorialidade** é a **regra**. Excepcionalmente, admitem-se outros princípios para o caso de extraterritorialidade, que são os da personalidade, do domicílio, da defesa, da justiça universal e da representação.

A matéria se relaciona ao **Direito Penal Internacional**, ramo do Direito Internacional Público que estabelece as regras de determinação da lei penal aplicável na hipótese de a conduta criminosa violar o sistema jurídico de mais de um país.

<sup>58</sup> A matéria “Lei Penal no Espaço”, embora constante de quase todos os editais de concursos públicos, tem maior incidência nos da área federal. Em tais concursos, o candidato deve ter amplo domínio do tema. Essa circunstância, contudo, não dispensa seu estudo por parte dos aspirantes a cargos estaduais. Lembre-se: na prova pode ser cobrada qualquer matéria prevista no edital. Ainda que a frequência seja menor, vale a pena não dar chance ao azar, colocando em risco a aprovação, mormente em razão de um tema curto e de fácil assimilação.

### 7.10.2. Princípio da territorialidade

Cuida-se da principal forma de delimitação do espaço geopolítico de validade da lei penal nas relações entre Estados soberanos.

A soberania do Estado, nota característica do princípio da **igualdade soberana** de todos os membros da comunidade internacional (art. 2.º, § 1.º, da Carta da ONU), fundamenta o exercício de todas as competências sobre crimes praticados em seu território.

Nesse sentido, dispõe o art. 5.º do Código Penal: “Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional”.

Essa é a **regra geral**. Aplica-se a lei brasileira aos crimes cometidos no território nacional. Há exceções que ocorrem quando brasileiro pratica crime no exterior ou um estrangeiro comete delito no Brasil. Fala-se, assim, que o Código Penal adotou o princípio da **territorialidade temperada** ou **mitigada**.

#### 7.10.2.1. Conceito de território

Em termos jurídicos, território é o **espaço em que o Estado exerce sua soberania política**.

A análise do art. 5.º do Código Penal revela que o território brasileiro compreende:

- a) o espaço territorial delimitado pelas fronteiras, sem solução de continuidade, inclusive rios, lagos, mares interiores e ilhas, bem como o respectivo subsolo;
- b) o mar territorial, ou marginal, que corre ao longo da costa como parte integrante do território brasileiro e que tem uma faixa de doze milhas marítimas de largura, medidas a partir da baixa-mar do litoral continental e insular brasileiro, na forma definida pela Lei 8.617/1993. A soberania brasileira alcança também o leito e o subsolo do mar territorial. O conceito de território não obsta, contudo, o **direito de passagem inocente**, isto é, a prerrogativa de navios mercantes ou militares de qualquer Estado de transitarem livremente pelo mar territorial, embora sujeitos ao poder de polícia do Brasil;
- c) a plataforma continental, medindo 200 milhas marítimas a partir do litoral brasileiro (ou 188 milhas, deduzidas as 12 milhas do mar territorial), como zona econômica exclusiva, instituída pela Lei 8.617/1993, que incorporou a Convenção da ONU de 1982, sobre o direito do mar;

- d) o espaço aéreo, compreendido como a dimensão estatal da altitude. Em relação ao domínio aéreo, adotou-se a **teoria da absoluta soberania do país subjacente**, pela qual o Brasil exerce completa e exclusiva soberania sobre o espaço aéreo acima de seu território e mar territorial (art. 11 da Lei 7.565/1986);
- e) os navios e aeronaves, de natureza particular, em alto-mar ou no espaço aéreo correspondente ao alto-mar;
- f) os navios e aeronaves, de natureza pública, onde quer que se encontrem;
- g) os rios e lagos internacionais, que são aqueles que atravessam mais de um Estado. Se forem sucessivos, ou seja, passarem por dois ou mais países, mas sem separá-los, considera-se o trecho que atravessa o Brasil. Caso sejam **simultâneos** ou **fronteiriços**, isto é, separarem os territórios de dois ou mais países, a delimitação da parte pertencente ao Brasil é fixada por tratados ou convenções internacionais entre os Estados interessados.

#### 7.10.2.2. Território brasileiro por extensão

Na forma definida pelo art. 5.º, § 1.º, do CP, 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 embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar.

#### 7.10.3. Outros princípios

Estudamos há pouco que o Código Penal adotou como regra geral o princípio da territorialidade. Há, entretanto, exceções, motivo pelo qual se fala em territorialidade temperada ou mitigada. Vejamos quais são elas.

##### 7.10.3.1. Princípio da personalidade ou da nacionalidade

Esse princípio autoriza a submissão à lei brasileira dos crimes praticados no estrangeiro por autor brasileiro (ativa) ou contra vítima brasileira (passiva).

De acordo com a **personalidade ativa**, o agente é punido de acordo com a lei brasileira, independentemente da nacionalidade do sujeito passivo e do bem jurídico ofendido. É previsto no art. 7.º, I, alínea “d” (“quando o agente for brasileiro”), e também pelo inciso II, alínea “b”, do Código Penal.

Seu fundamento constitucional é a relativa proibição de extradição de brasileiros (art. 5.º, LI, da Constituição Federal), evitando a impunidade de crimes cometidos por brasileiros que, após praticarem crimes no exterior, fogem para o Brasil. A propósito, confira-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal envolvendo o assunto:

Se a extradição não puder ser concedida, por inadmissível, em face de a pessoa reclamada ostentar a condição de brasileira nata, legitimar-se-á a possibilidade de o Estado brasileiro, mediante aplicação extraterritorial de sua própria lei penal (CP, art. 7.º, II, “b”, e respectivo § 2.º), [...] fazer instaurar, perante órgão judiciário nacional competente (CPP, art. 88), a concernente *persecutio criminis*, em ordem a impedir, por razões de caráter ético-jurídico, que práticas delituosas, supostamente cometidas, no exterior, por brasileiros (natos ou naturalizados), fiquem impunes.<sup>59</sup>

Por sua vez, aplica-se o princípio da **personalidade passiva** nos casos em que a vítima é brasileira. O autor do delito que se encontrar em território brasileiro, embora seja estrangeiro, deverá ser julgado de acordo com a nossa lei penal. É adotado pelo art. 7.º, § 3.º, do Código Penal.

#### 7.10.3.2. *Princípio do domicílio*

De acordo com esse princípio, o autor do crime deve ser julgado em consonância com a lei do país em que for domiciliado, pouco importando sua nacionalidade. Previsto no art. 7.º, I, alínea “d” (“domiciliado no Brasil”), do Código Penal, no tocante ao crime de **genocídio** no qual o agente não é brasileiro, mas apenas domiciliado no Brasil.

#### 7.10.3.3. *Princípio da defesa, real ou da proteção*

Permite submeter à lei penal brasileira os crimes praticados no estrangeiro que ofendam bens jurídicos pertencentes ao Brasil, qualquer que seja a nacionalidade do agente e o local do delito.

Adotado pelo Código Penal, em seu art. 7.º, I, alíneas “a”, “b” e “c”, compreendendo os crimes contra:

- a) a vida ou a liberdade do Presidente da República;
- b) 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; e
- c) a administração pública, por quem está a seu serviço.

<sup>59</sup> HC-QO 83.113/DF, rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. 26.06.2003. No mesmo sentido: STF; HC 83.113/DF, rel. Min. Celso de Mello (decisão monocrática), j. 21.05.2003.

#### 7.10.3.4. *Princípio da justiça universal*

Conhecido também como princípio da **justiça cosmopolita**, da **competência universal**, da **jurisdição universal**, da **jurisdição mundial**, da **repressão mundial** ou da **universalidade do direito de punir**, é característico da cooperação penal internacional, porque todos os Estados da comunidade internacional podem punir os autores de determinados crimes que se encontrem em seu território, de acordo com as convenções ou tratados internacionais, pouco importando a nacionalidade do agente, o local do crime ou o bem jurídico atingido.

Fundamenta-se no dever de solidariedade na repressão de certos delitos cuja punição interessa a todos os povos. Exemplos: tráfico de drogas, comércio de seres humanos, genocídio etc.

É adotado no art. 7.º, II, “a”, do Código Penal: “os crimes que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir”.

#### 7.10.3.5. *Princípio da representação*

Também denominado princípio do **pavilhão**, da **bandeira**, **subsidiário** ou da **substituição**.

Segundo esse princípio, deve ser aplicada a lei penal brasileira aos crimes cometidos em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando estiverem em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

É adotado pelo art. 7.º, II, “c”, do Código Penal.

**E se a aeronave ou embarcação brasileira for pública ou estiver a serviço do governo brasileiro?**

Essa questão, simples, mas capciosa, já foi formulada em diversos concursos federais. Não incide no caso o princípio da representação, mas sim o da territorialidade. Lembre-se: aeronaves e embarcações brasileiras, públicas ou a serviço do governo brasileiro, constituem extensão do território nacional (art. 5.º, § 1.º, do Código Penal).

## 7.11. LUGAR DO CRIME

A aplicação do princípio da territorialidade da lei penal no espaço depende da identificação do lugar do crime. Nesse diapasão, várias teorias buscam estabelecer o lugar do crime. Destacam-se três:

1.ª **Teoria da atividade, ou da ação:** Lugar do crime é aquele em que foi praticada a conduta (ação ou omissão);

2.<sup>a</sup> **Teoria do resultado, ou do evento:** Lugar do crime é aquele em que se produziu ou deveria produzir-se o resultado, pouco importando o local da prática da conduta; e

3.<sup>a</sup> **Teoria mista ou da ubiquidade:** Lugar do crime é tanto aquele em que foi praticada a conduta (ação ou omissão) quanto aquele em que se produziu ou deveria produzir-se o resultado. Foi adotada pelo Código Penal, em seu art. 6.<sup>o</sup>: “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”.<sup>60</sup>

A discussão acerca do local do crime tem pertinência somente em relação aos **crimes à distância**, isto é, aqueles em que a conduta é praticada em um país e o resultado vem a ser produzido em outro. Não se trata, assim, de comarcas distintas. Exige-se a **pluralidade de países**.

Como exemplo, imagine que o agente efetue disparos de arma de fogo contra a vítima em solo brasileiro, com a intenção de matá-la, mas esta consegue fugir e morre depois de atravessar a fronteira com o Paraguai. A adoção da teoria da ubiquidade permite a conclusão de que o lugar do crime tanto pode ser o Brasil como o Paraguai.

Não poderia ser diferente, em obediência às **soberanias dos países envolvidos**.

Para a incidência da lei brasileira é suficiente que um único ato executivo atinja o território nacional, ou então que o resultado ocorra no Brasil. A teoria não se importa, contudo, com os atos preparatórios, nem com os atos realizados pelo agente após a consumação.

Em relação à tentativa, o lugar do crime abrange aquele em que se desenvolveram os atos executórios, bem como aquele em que deveria produzir-se o resultado.

No tocante ao co-autor e ao partícipe, operando-se o concurso de pessoas no território brasileiro, aplica-se a lei penal nacional, ainda que o crime tenha sido integralmente executado no exterior.

### 7.11.1. Não aplicação da teoria da ubiquidade em outras hipóteses

A teoria da ubiquidade não se aplica nos seguintes casos:

a) **Crimes conexos:** São aqueles que de algum modo estão relacionados entre si. Não se aplica a teoria da ubiquidade, eis que os diversos crimes não

<sup>60</sup> É comum a formulação de questões em provas objetivas e orais sobre as teorias adotadas pelo Código Penal em relação ao lugar e ao tempo do crime. Não há dificuldade no assunto, mas podem ocorrer os terríveis “brancos” na memória, que tanto assustam e atrapalham os candidatos. Lembre-se então da palavra LUTA. Veja: Lugar = Ubiquidade, Tempo = Atividade. Se a aprovação no tão sonhado concurso é uma luta, certamente há meios para facilitar nossa missão.



constituem unidade jurídica. Deve cada um deles, portanto, ser processado e julgado no país em que foi cometido.

**b) Crimes plurilocais:** São aqueles em que a conduta e o resultado ocorrem em **comarcas diversas**, mas no mesmo país. Exemplo: “A”, em determinada cidade, e com a intenção de produzir lesões corporais de natureza grave, efetua disparos de arma de fogo contra “B”, o qual se encontra do lado oposto de uma ponte que faz a divisa com outra cidade. Aplica-se a regra delineada pelo art. 70, *caput*, do Código de Processo Penal, ou seja, a competência será determinada pelo lugar em que se consumar a infração ou, no caso de tentativa, pelo local em que for praticado o último ato de execução.

Na hipótese de **crimes dolosos contra a vida**, aplica-se a **teoria da atividade**, segundo pacífica jurisprudência, em razão da conveniência para a instrução criminal em juízo, possibilitando a descoberta da verdade real. De fato, é mais fácil e seguro produzir provas no local em que o crime se realizou. Além disso, não é possível obrigar as testemunhas do fato a comparecerem ao plenário do Júri em outra comarca.

Se não bastasse, um dos pilares que fundamenta o Tribunal do Júri é permitir a pacificação da sociedade perturbada pelo crime mediante o julgamento pelos seus membros. Nesse sentido: “A competência para julgar os crimes dolosos contra a vida e os que lhe são conexos é, em princípio, do Conselho de Sentença da comarca em que os fatos criminosos ocorreram, salvo excepcional motivação”.<sup>61</sup>

**c) Infrações penais de menor potencial ofensivo:** O art. 63 da Lei 9.099/1995 adotou a **teoria da atividade**: “A competência do Juizado será determinada pelo lugar em que foi praticada a infração penal”.

**d) Crimes falimentares:** Será competente o foro do local em que foi decretada a falência, concedida a recuperação judicial ou homologado o plano de recuperação judicial (art. 183 da Lei 11.101/2005).

**e) Atos infracionais:** Para os crimes ou contravenções penais praticados por crianças e adolescentes, será competente a autoridade do lugar da ação ou da omissão (Lei 8.069/1990 – ECA, art. 147, § 1.º).

## 7.12. EXTRATERRITORIALIDADE

### 7.12.1. Introdução

Extraterritorialidade é a **aplicação da legislação penal brasileira aos crimes cometidos no exterior**.

<sup>61</sup> STJ: HC 73.451/PE, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG), 5.ª Turma, j. 04.10.2007.

Justifica-se pelo fato de o Brasil ter adotado, relativamente à lei penal no espaço, o princípio da territorialidade temperada ou mitigada (CP, art. 5.º), o que autoriza, excepcionalmente, a incidência da lei penal brasileira a crimes praticados fora do território nacional.

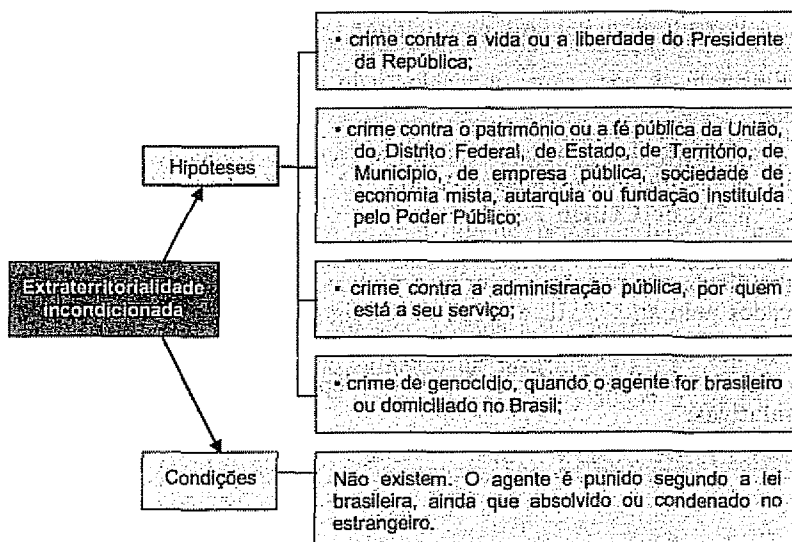
A extraterritorialidade pode ser incondicionada ou condicionada.

Não se admite a aplicação da lei penal brasileira às contravenções penais praticadas no estrangeiro, de acordo com a regra estabelecida pelo art. 2.º do Decreto-lei 3.688/1941 – Lei das Contravenções Penais.

### 7.12.2. Extraterritorialidade incondicionada

Não está sujeita a nenhuma condição. A mera prática do crime em território estrangeiro autoriza a incidência da lei penal brasileira, independentemente de qualquer outro requisito.

As hipóteses de extraterritorialidade incondicionada encontram previsão no art. 7.º, I, do Código Penal, e, no tocante a esses crimes, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro (art. 7.º, § 1.º). A lei brasileira é extraterritorial em relação aos crimes:



#### 7.12.2.1. Extraterritorialidade incondicionada e o art. 8.º do Código Penal – Proibição do bis in idem

Em face da detração penal determinada pelo art. 8.º do Código Penal, no caso de extraterritorialidade incondicionada, a pena cumprida no estrangeiro

atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.<sup>62</sup>

Se o agente praticou um crime contra a vida do Presidente da República do Brasil em solo argentino, e lá foi condenado á pena de dez anos de reclusão, dos quais já cumpriu oito anos, e, posteriormente, fugiu para o Brasil, vindo aqui a ser condenado a doze anos de reclusão, não precisará cumprir toda a pena imposta em nosso país. Faltarã o cumprimento de outros quatro anos, em consonância com a regra prevista no art. 8.º do Código Penal.

#### 7.12.2.2. *Extraterritorialidade incondicionada e a Lei de Tortura*

Sem prejuízo dos casos previstos no Código Penal, o art. 2.º da Lei 9.455/1997 estatuiu mais uma situação de extraterritorialidade incondicionada, nos seguintes termos: “O disposto nesta Lei aplica-se ainda quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira”.

#### 7.12.3. **Extraterritorialidade condicionada**

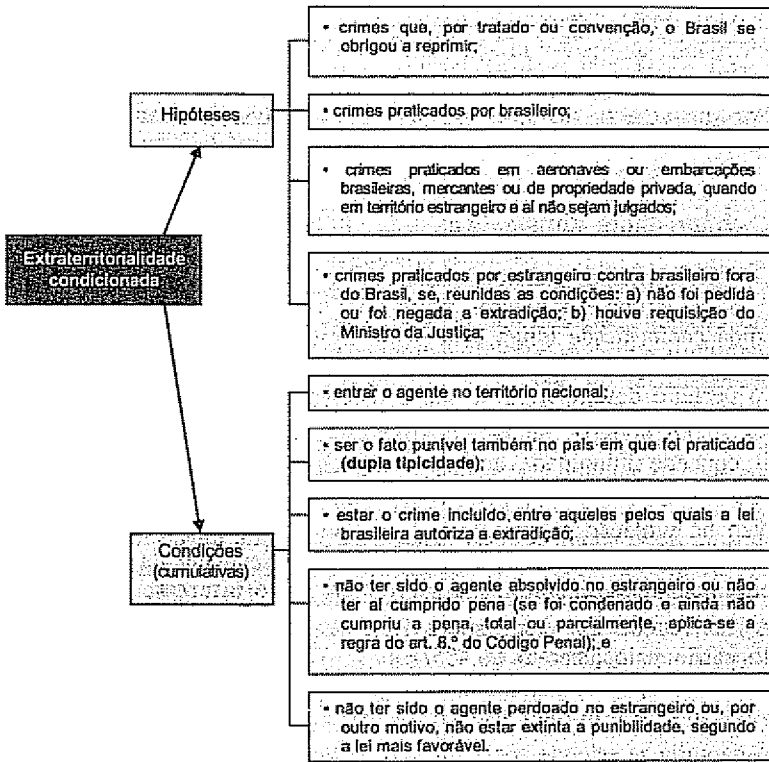
Relaciona-se aos crimes indicados pelo art. 7.º, II, e § 3.º, do Código Penal.

A aplicação da lei penal brasileira aos crimes cometidos no exterior se sujeita às **condições descritas pelo art. 7.º, § 2.º, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, e § 3.º, do Código Penal,**

Tratando-se de extraterritorialidade condicionada, a lei penal brasileira é **subsidiária** em relação aos crimes praticados fora do território nacional, elencados pelo art. 7.º, II, e § 3.º, do Código Penal.

No que diz respeito aos crimes previstos no art. 7.º, II, e § 3.º, do Código Penal, a aplicação da lei brasileira depende das seguintes condições, **cumulativas:**

<sup>62</sup> Nessa linha de raciocínio: STJ; HC 41.892/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5.ª Turma, j. 02.06.2005.



De outro lado, no caso de crime cometido por estrangeiro contra brasileiro, **fora do Brasil**, exigem-se outras duas condições, além das anteriormente indicadas, quais sejam:

- a) não ter sido pedida ou ter sido negada a extradição; e
- b) ter havido requisição do Ministro da Justiça.

## 7.13. LEI PENAL EM RELAÇÃO AS PESSOAS

### 7.13.1. Introdução

O princípio da territorialidade, adotado pelo Brasil, não é absoluto. A territorialidade é **temperada** ou **mitigada**. O art. 5.º, *caput*, do Código Penal é claro ao determinar que “aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional”.

A parte final – “sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional”, autoriza a criação das **imunidades diplomáticas e de chefes de governos estrangeiros**.

Por sua vez, as regras constitucionais instituem as **imunidades parlamentares**.

### 7.13.2. Imunidades diplomáticas e de chefes de governos estrangeiros

O deferimento de tratamento especial a representantes diplomáticos e a chefes de governos estrangeiros, no tocante a atos ilícitos por eles praticados, é medida aceita desde longa data pelo direito internacional, em respeito ao Estado representado, e também pela necessidade de garantir meios suficientes para o perfeito desempenho de seus misteres por tais pessoas.

As imunidades se fundam no **princípio da reciprocidade**, ou seja, o Brasil concede imunidade aos agentes dos países que também conferem iguais privilégios aos nossos representantes.

Não há violação ao princípio da isonomia, eis que a imunidade não é pessoal, mas **funcional**. Leva-se em conta a relevância da função pública exercida pelo representante estrangeiro (**teoria do interesse da função**).

A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, incorporada ao direito pátrio pelo Decreto 56.435/1965, assegura ao diplomata **imunidade de jurisdição penal**, sujeitando-o à jurisdição do Estado que representa. **Abrange toda e qualquer espécie de delito**.

A garantia se estende aos agentes diplomáticos e funcionários das organizações internacionais, quando em serviço, incluindo seus familiares. A essas pessoas é assegurada **inviolabilidade pessoal**, já que não podem ser presas nem submetidas a qualquer procedimento sem autorização de seu país.

Por óbvio, aos chefes de governos estrangeiros e aos ministros das Relações Exteriores asseguram-se idênticas imunidades concedidas aos agentes diplomáticos.

A imunidade é **irrenunciável** por parte do seu destinatário. Nada impede, por outro lado, a renúncia por meio do Estado acreditante, com fundamento no art. 32 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (1961) e art. 45 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (1963).<sup>63</sup> Nesse contexto, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

[...] de acordo com a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, do qual o Brasil é signatário, os agentes diplomáticos estrangeiros estão imunes à jurisdição penal do Estado perante o qual estão acreditados. Assim, o

<sup>63</sup> STJ: HC 149.481/DF, rel. Min. Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), 6.ª Turma, j. 19.10.2010, noticiado no *Informativo* 452.

chefe da missão diplomática e os membros do pessoal diplomático gozam, nos termos dos arts. 29 a 42 da Convenção de Viena de 1961, dos direitos da inviolabilidade pessoal e de sua residência, da totalidade das imunidades de jurisdição penal, etc. Tais privilégios e imunidades podem ser renunciados pelo Estado acreditante, a quem tais direitos pertencem, mediante declarações especiais e em cada caso particular ajuizado perante autoridades judiciais do Estado acreditado, i.e., o Brasil.<sup>64</sup>

As imunidades não se aplicam aos empregados particulares dos diplomatas, ainda que oriundos do Estado representado.

Os cônsules, por seu turno, são funcionários públicos de carreira ou honorários e indicados para a realização de determinadas funções em outros países, com imunidades e privilégios inferiores aos dos diplomatas. A imunidade penal é limitada aos atos de ofício, podendo ser processados e condenados por outros crimes.<sup>65</sup>

De acordo com a Convenção de Viena, as sedes diplomáticas não admitem busca e apreensão, requisição, embargo ou qualquer tipo de medida de execução de natureza penal.

Malgrado opiniões em contrário, cada vez em maior declínio, pode-se afirmar que as sedes das embaixadas não são extensões de territórios estrangeiros no Brasil. De fato, localizam-se em território nacional, e, se alguém que não goza da imunidade praticar algum crime em seu âmbito, inevitavelmente será processado nos termos da legislação penal brasileira.

### 7.13.3. Imunidades parlamentares

#### 7.13.3.1. Alocação

Essa disciplina encontra seu nascedouro na **Constituição Federal**, razão pela qual seu estudo é aprofundado nas obras de Direito Constitucional. Contudo, sua sistemática produz inúmeros reflexos na aplicação da lei penal, justificando a cobrança frequente do tema em concursos públicos nas provas de Direito Penal, motivo que nos autoriza a abordá-lo no presente trabalho.

#### 7.13.3.2. Introdução

O Poder Legislativo, constituído no âmbito da União pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, tem suas funções típicas tratadas nos arts. 44 e seguintes da Constituição Federal, consistindo, precipuamente, na atividade legislativa e na função fiscalizadora do Poder Executivo.

<sup>64</sup> Pet 3.698/PR, rel. Min. Cármen Lúcia (decisão monocrática), j. 05.10.2006.

<sup>65</sup> MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 1.337-1.340.

No exercício desses misteres, os representantes do povo e dos Estados necessitam de uma série de regras específicas, que estabeleçam os seus direitos, deveres e, notadamente, prerrogativas.

Consagrou-se denominar de **estatuto dos congressistas** o conjunto de normas constitucionais que estatui o regime jurídico dos membros do Congresso Nacional, prevendo suas prerrogativas e direitos, seus deveres e incompatibilidades.<sup>66</sup>

Entre as prerrogativas previstas na Constituição de 1988, estão a inviolabilidade e a imunidade, de natureza penal, e também o privilégio de foro e a isenção do serviço militar, previstas nas constituições anteriores, bem como a limitação ao dever de testemunhar, todas de caráter processual.

Abordaremos somente as **imunidades parlamentares**, por produzirem relevantes consequências na aplicação da lei penal.

#### 7.13.3.3. *Conceito e finalidade*

As imunidades parlamentares são **prerrogativas** ou **garantias inerentes ao exercício do mandato parlamentar**, preservando-se a instituição de ingerências externas.

A Constituição Federal prevê duas espécies de imunidades:

- a) **imunidade absoluta, material, real, substantiva ou inviolabilidade:** art. 53, *caput*; e
- b) **imunidade processual, formal, adjetiva, ou imunidade propriamente dita:** art. 53, §§ 1.º a 5.º.

A imunidade formal, por sua vez, pode referir-se à prisão do parlamentar ou ao ajuizamento da ação penal.

#### 7.13.3.4. *Imunidade material ou inviolabilidade*

De acordo com o art. 53, *caput*, da Constituição Federal, com a redação determinada pela Emenda Constitucional 35/2001: “os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”.

A emenda constitucional mencionada acrescentou a inviolabilidade também no âmbito cível, consagrando posição firmada pela jurisprudência.

A imunidade material protege o parlamentar em suas **opiniões, palavras e votos**, desde que **relacionadas às suas funções**, não abrangendo manifestações

<sup>66</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 534.

desarrazoadas e desprovidas de conexão com os seus deveres constitucionais. Não se faz necessário, contudo, que o parlamentar se manifeste no recinto do Congresso Nacional para a incidência da inviolabilidade. Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

A garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material (CF, art. 53, *caput*) exclui a responsabilidade civil do membro do Poder Legislativo, por danos eventualmente resultantes de manifestações, orais ou escritas, desde que motivadas pelo desempenho do mandato (prática *in officio*) ou externadas em razão deste (prática *propter officium*), qualquer que seja o âmbito espacial (*locus*) em que se haja exercido a liberdade de opinião, ainda que fora do recinto da própria Casa legislativa.<sup>67</sup>

#### 7.13.3.4.1. Natureza jurídica da imunidade material

Há grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da natureza jurídica da inviolabilidade. Destacam-se os seguintes entendimentos:

- a) causa de atipicidade: Celso Ribeiro Bastos;<sup>68</sup>
- b) causa excludente de crime: Néelson Hungria, José Afonso da Silva<sup>69</sup> e Pontes de Miranda;
- c) causa que se opõe à formação do crime: Basileu Garcia;
- d) causa pessoal e funcional de isenção de pena: Aníbal Bruno;
- e) causa de irresponsabilidade: Heleno Cláudio Fragozo; e
- f) causa de incapacidade penal por razões políticas: José Frederico Marques.

O Supremo Tribunal Federal tem considerado a manifestação parlamentar, nas hipóteses abrangidas pela inviolabilidade, como **fato atípico**. Nesse sentido:

As declarações proferidas pelo querelado, na qualidade de Presidente da Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal, alusivas a denúncias de tortura sob investigação do Ministério Público são palavras absolutamente ligadas ao exercício do mandato, donde estarem cobertas pela imunidade parlamentar

<sup>67</sup> AI 473.092/AC, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 07.03.2005. No mesmo sentido: Inq. 2.297/DF, rel. Min. Carmen Lucia, Tribunal Pleno, j. 20.09.2007. Note-se, contudo, que há decisão da 1.ª Turma do STF, cuja ementa é a seguinte: "Imunidade parlamentar material: ofensa irrogada em plenário, independente de conexão com o mandato, elide a responsabilidade civil por dano moral" (RE-AgRg 463.671/RJ, j. 19.06.2007). Embora o texto pareça sinalizar a mudança de posição afirmada, percebem-se do inteiro teor da decisão que o Tribunal considerou que as opiniões, no caso concreto, guardavam conexão com a atividade parlamentar da recorrente e refletem o contexto da disputa política local", mantendo o entendimento da Corte.

<sup>68</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 82.

<sup>69</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 534-535.



material. Não é cabível indagar sobre **nenhuma qualificação penal do fato objetivo**, se ele está compreendido na área da inviolabilidade parlamentar (Inq. 2.282/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30.06.2006 – *Informativo* 433).<sup>70</sup>

Qualquer que seja o posicionamento adotado, a inviolabilidade acarretará sempre a irresponsabilidade do agente por suas opiniões, palavras e votos, se presentes os demais elementos do instituto.

### 7.13.3.5. Imunidade formal

A imunidade formal, processual, adjetiva ou imunidade propriamente dita envolve a disciplina da **prisão** e do **processo** contra Deputados Federais e Senadores e tem previsão no art. 53, §§ 1.º a 5.º, da Constituição Federal.

O instituto foi bastante alterado com o advento da Emenda Constitucional 35/2001, que buscou evitar o desvirtuamento da prerrogativa, tal qual estabelecida pela sua redação originária.

#### 7.13.3.5.1. Imunidade formal para a prisão

Dispõe o art. 53, § 2.º, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 35/2001, que, “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”.

Assim, extrai-se a regra geral de que os parlamentares não poderão ser presos. A regra abrange tanto a prisão provisória, de cunho penal, em qualquer de suas modalidades, salvo no caso de flagrante de crime inafiançável, assim como a prisão civil, uma vez que o texto constitucional não faz qualquer distinção.

Essa imunidade foi denominada de **relativa incoercibilidade pessoal** dos congressistas (*freedom from arrest*) pelo Supremo Tribunal Federal (Inquérito 510/DF, j. 01.02.2001, Tribunal Pleno).

A única exceção admitida pela Constituição Federal é a hipótese de prisão em flagrante pela prática de crime inafiançável. No julgamento acima mencionado, entretanto, o Pretório Excelso reconheceu como exceção à imunidade a hipótese de pena privativa de liberdade fixada por sentença condenatória com trânsito em julgado, nos seguintes termos:

Dentro do contexto normativo delineado pela Constituição, a garantia jurídico-institucional da imunidade parlamentar formal não obsta, observado o *due process of law*, a execução de penas privativas de liberdade definitivamente impostas ao membro do Congresso Nacional.

<sup>70</sup> Cf. Inq. 2297/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 20.09.2007, considerando os deputados federais e senadores isentos de enquadramento penal por suas opiniões, palavras e votos.

Na exceção prevista no texto constitucional, os autos deverão ser remetidos à Casa Parlamentar respectiva no prazo de vinte e quatro horas, para que, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, resolva sobre a prisão (CF, art. 53, § 2.º). A votação será aberta, ao reverso do previsto na redação originária do art. 53.

Impende salientar, contudo, que, nas hipóteses em que for verificada a impossibilidade de apreciação do pedido pela Casa respectiva, a prisão será mantida independentemente dessa manifestação. Veja-se a seguinte situação, de excepcional gravidade, já apreciada pelo Supremo Tribunal Federal:

Os elementos contidos nos autos impõem interpretação que considere mais que a regra proibitiva da prisão de parlamentar, isoladamente, como previsto no art. 53, § 2.º, da Constituição da República. Há de se buscar interpretação que conduza à aplicação efetiva e eficaz do sistema constitucional como um todo. A norma constitucional que cuida da imunidade parlamentar e da proibição de prisão do membro de órgão legislativo não pode ser tomada em sua literalidade, menos ainda como regra isolada do sistema constitucional. Os princípios determinam a interpretação e aplicação corretas da norma, sempre se considerando os fins a que ela se destina. A Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia, composta de vinte e quatro deputados, dos quais vinte e três estão indiciados em diversos inquéritos, afirma situação excepcional e, por isso, não se há de aplicar a regra constitucional do art. 53, § 2.º, da Constituição da República, de forma isolada e insujeita aos princípios fundamentais do sistema jurídico vigente. *Habeas corpus* cuja ordem se denega.<sup>71</sup>

Apesar de a decisão referir-se à esfera estadual, o entendimento é válido para os deputados federais e senadores, uma vez que a imunidade em ambos os casos possui idêntica disciplina.

Por outro lado, José Afonso da Silva afirma que convém ponderar sobre a questão da afiançabilidade do crime, diante do disposto no art. 5.º, LXVI, da Constituição Federal, pois, se o crime for daqueles que admitem **liberdade provisória**, o tratamento a ser dado ao congressista teria de ser idêntico aos dos crimes afiançáveis, ou seja, vedada a prisão.<sup>72</sup>

A imunidade persiste desde a diplomação até o encerramento definitivo do mandato, independentemente do motivo, incluindo a não reeleição.

#### 7.13.3.5.2. Imunidade formal para o processo

A disciplina da imunidade formal para o processo foi substancialmente alterada pela Emenda Constitucional 35/2001, que retirou a necessidade de prévia licença da Casa para a instauração da ação penal contra o parlamentar.

<sup>71</sup> HC 89.417/RO, rel. Min. Cármen Lúcia, 1.º Turma, j. 22.08.2006.

<sup>72</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 535.

De acordo com a nova regra prevista no art. 53, § 3.º: “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”.

Destarte, uma vez oferecida a denúncia contra o parlamentar, por crime ocorrido após a diplomação, o Ministro do Supremo Tribunal Federal poderá recebê-la, independentemente de prévia licença.

Nesse caso, o Tribunal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação penal.

O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de 45 dias do seu recebimento pela Mesa diretora, e a sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato (CF, art. 53, §§ 3.º a 5.º). O pedido de sustação poderá ser feito, contudo, até a decisão final da ação penal movida contra o parlamentar.<sup>73</sup>

A nova regra se aplica imediatamente aos processos em curso. É o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Tendo em conta que com a superveniência da EC 35/2001 ficou eliminada a exigência de licença prévia da Casa respectiva para instauração de processos contra membros do Congresso Nacional por fatos não cobertos pela imunidade material, o Tribunal, resolvendo questão de ordem, e dando pela aplicabilidade imediata da referida norma aos casos pendentes, declarou prejudicado o pedido de licença prévia para o prosseguimento de ação penal proposta contra deputado federal e, em consequência, determinou o término da suspensão do curso da prescrição dos fatos a ele imputados, a partir da publicação da mencionada Emenda.<sup>74</sup>

E atenção: pela nova regra, não haverá necessidade de o Supremo Tribunal Federal dar ciência à respectiva Casa em caso de ação penal por crime praticado antes da diplomação. Nessas hipóteses, não é possível, pelo mesmo motivo, a suspensão da ação penal por iniciativa do partido político.

Nos crimes praticados após a diplomação, se houver sustação da ação penal, e o crime tiver sido praticado em concurso com agente não congressista, o processo deve ser desmembrado, em razão do regime de prescrição diferenciado, que só alcança o parlamentar.<sup>75</sup>

<sup>73</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 533.

<sup>74</sup> Inq. QO 1.566/AC, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18.02.2002.

<sup>75</sup> Cf. STF: Inq. 961/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 16.08.1995.

### 7.13.3.6. Pessoas abrangidas pela imunidade

As imunidades acima abordadas abrangem os Deputados Federais e Senadores. Não são extensíveis aos suplentes, embora a Constituição de 1934 tenha incluído o primeiro suplente na garantia.<sup>76</sup>

De acordo com o art. 27, § 1.º, da Constituição Federal, aos deputados estaduais serão aplicadas as mesmas regras sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às forças armadas aplicáveis aos deputados federais e senadores.

Ademais, é assegurada a imunidade material dos deputados estaduais, que são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

No tocante ao Poder Legislativo Municipal, dispõe o art. 29, VIII, da Constituição Federal que os municípios serão regidos por lei orgânica, que deverá obedecer, entre outras regras, a da inviolabilidade dos vereadores por suas opiniões, palavras e votos, no exercício do mandato e na circunscrição do Município.

Destarte, a Constituição Federal não consagra a imunidade formal ou processual para vereadores, ou de foro por prerrogativa de função, não podendo a legislação local prever tais garantias.<sup>77</sup>

### 7.13.3.7. Suspensão e renúncia da imunidade

Os parlamentares afastados para o exercício de cargo de Ministro da República, Secretário de Estado ou de Município da Capital não mantêm as imunidades. Como esclarece Michel Temer, citado por Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

Tem-se discutido se continua inviolável o parlamentar que se licencia para exercer cargo executivo (Secretário de Estado, Ministro de Estado). Se continua, ou não, exercendo mandato. O Supremo Tribunal Federal decidiu que o licenciado não está no exercício do mandato e, por isso, dispensa-se a licença aqui referida.

Parece-nos que o art. 56 da CF responde a essa indagação ao prescrever que: *não perderá o mandato* o deputado ou senador investido na função de Ministro de Estado, Governador do Distrito Federal, Governador de Território, Secretário de Estado, etc.

“Não perderá o mandato.” Significa: quando cessarem suas funções executivas, o parlamentar, que não perdeu o mandato, pode voltar a exercê-lo. O que demonstra

<sup>76</sup> Nesse sentido: STF: Inq AgRg 2453/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17.05.2007: “[...] Não se cuida de prerrogativa *intuitu personae*, vinculando-se ao cargo, ainda que ocupado internamente, razão pela qual se admite a sua perda ante o retorno do titular ao exercício daquele. A diplomação do suplente não lhe estende automaticamente o regime político-jurídico dos congressistas, por constituir mera formalidade anterior e essencial a possibilitar à posse interna ou definitiva no cargo na hipótese de licença do titular ou vacância permanente. Agravo desprovido”.

<sup>77</sup> Cf. ADIn 371/SE, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 05.09.2002. No mesmo sentido: HC 74.201/MG, rel. Min. Celso de Mello, j. 12.11.1996.

que, quando afastado, não se encontra no exercício do mandato. Harmoniza-se com a prescrição da impossibilidade de exercício simultâneo em poderes diversos.<sup>78</sup>

De outro lado, por ser inerente ao cargo parlamentar, e não ao congressista propriamente, não é possível a renúncia a tais prerrogativas.<sup>79</sup>

### 7.13.3.8. Imunidades e estado de sítio

As imunidades de Deputados e Senadores subsistirão durante o estado de sítio, somente podendo ser suspensas pelo 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 (CF, art. 53, § 8.º).

Vale dizer, se os atos forem praticados no recinto do Congresso Nacional, a imunidade é absoluta, não comportando a suspensão pela Casa respectiva. É uma garantia importante, porque se harmoniza com o disposto no art. 139, parágrafo único, da Lei Suprema, e porque afasta qualquer pretensão de aplicar a parlamentares as restrições previstas nos incisos desse artigo.<sup>80</sup>

### Quadro geral das imunidades

	Antes da EC 35/2001	Após a EC 35/2001
<b>Inviolabilidade</b>	Previsão expressa somente da irresponsabilidade penal.	Inclusão da irresponsabilidade civil.
<b>Imunidade formal para a prisão</b>	Votação secreta.	Votação pública.
<b>Imunidade formal para o processo</b>	Nos crimes praticados após a diplomação havia a necessidade de licença prévia da Casa respectiva para ser possível o recebimento da denúncia. O indeferimento da licença ou ausência de manifestação suspendiam a prescrição, enquanto durasse o mandato.	Nos crimes praticados após a diplomação, não há licença prévia. O STF pode receber diretamente a denúncia, comunicando posteriormente a Casa respectiva. É possível a suspensão da ação por iniciativa de partido político, desde que pelo voto da maioria absoluta dos membros da Casa. A suspensão da ação suspende a prescrição.
	A necessidade de licença e comunicação à Casa aplicava-se aos crimes praticados antes da diplomação.	Não há imunidade processual para crimes praticados antes da diplomação.

<sup>78</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1999, p. 269.

<sup>79</sup> Nesse sentido: O instituto da imunidade parlamentar atua, no contexto normativo delineado por nossa Constituição, como condição e garantia de independência do Poder Legislativo, seu real destinatário, em face dos outros poderes do Estado. Estende-se ao congressista, embora não constitua uma prerrogativa de ordem subjetiva deste. Trata-se de prerrogativa de caráter institucional, inerente ao Poder Legislativo, que só é conferida ao parlamentar *ratione muneris*, em função do cargo e do mandato que exerce. É por essa razão que não se reconhece ao congressista, em tema de imunidade parlamentar, a faculdade de a ela renunciar. Trata-se de garantia institucional deferida ao Congresso Nacional. O congressista, isoladamente considerado, não tem, sobre ela, qualquer poder de disposição. O exercício do mandato parlamentar recebeu expressiva tutela jurídica da ordem normativa (STF: Inq. 510/DF, rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. 01.02.1991).

<sup>80</sup> SILVA, Jose Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 536.

## 7.14. DISPOSIÇÕES FINAIS ACERCA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL

### 7.14.1. Introdução

Os arts. 9.º, 10 e 11 do Código Penal apresentam as disposições finais do Título I do Código Penal, relativas à eficácia da sentença estrangeira, à contagem do prazo de natureza penal, às frações não computáveis da pena e à aplicação da legislação penal especial.

### 7.14.2. Eficácia da sentença estrangeira

A sentença judicial, emanada de Poder Constituído do Estado, é ato representativo de sua soberania. Para uma eficaz valoração de sua autoridade, contudo, deve ser executada. E essa execução deveria ser feita sempre no país em que foi proferida.

Contudo, para enfrentar com maior eficiência, no âmbito de seus limites, a prática de infrações penais, o Estado se vale, excepcionalmente, de atos de soberania de outras nações, aos quais atribui efeitos certos e determinados. Para atingir essa finalidade, homologa a sentença penal estrangeira, mediante o procedimento constitucionalmente previsto, a fim de constitui-la em título executivo com validade em território nacional.

Exige-se, contudo, que a decisão judicial tenha transitado em julgado, pois, de acordo com a **Súmula 420 do Supremo Tribunal Federal**: “Não se homologa sentença proferida no estrangeiro sem prova do trânsito em julgado”.

E, nos termos do art. 9.º do Código Penal:

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

I – obrigar o condenado à reparação do dano, a restituções 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.

Veja-se que a análise conjunta desse dispositivo com o art. 63 do Código Penal revela que não há necessidade de homologação da sentença estrangeira condenatória para caracterização da reincidência no Brasil. Basta sua existência.

Nos termos do art. 105, I, alínea “i”, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004, compete ao **Superior Tribunal de Justiça** a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias.

Antes da Emenda Constitucional 45/2004, tal função era reservada ao Supremo Tribunal Federal.

Convém ainda apontar que a sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça constitui-se em título executivo judicial, na forma definida pelo art. 475-N, VI, do Código de Processo Civil.

### 7.14.3. Contagem de prazo

Dispõe o art. 10 do Código Penal: “O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum”.

O dispositivo legal apresenta duas partes:

*1.ª parte: O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo.*

Prazo é o intervalo de tempo dentro do qual se estabelece a prática de determinado ato. Deve ser calculado entre dois termos, o inicial (*a quo*) e o final (*ad quem*).

No Direito Penal, inclui-se no cômputo do prazo o dia do começo. Assim, o dia em que tiver início a prática de determinado ato deve ser descontado do período total. Exemplo: Um sujeito reincidente é condenado à pena de um mês de reclusão, em regime fechado. O mandado de prisão é cumprido no dia 10 de outubro, às 23 horas. Sua pena estará extinta no dia 9 de novembro.

Qualquer que seja a fração do dia do começo, deve ser computada integralmente, como um dia inteiro. Isso porque, como diz o Código Penal, o dia do começo inclui-se no cômputo do prazo.

Para facilitar os cálculos em provas, é importante observar a seguinte regra: deve ser considerada na operação, sempre, a diminuição de um dia, em razão de ser computado o dia do começo. Dessa forma, se a pena é de um ano, e teve início em 10 de outubro de determinado ano, estará integralmente cumprida no dia 9 de outubro do ano seguinte.

Os prazos de natureza penal são **improrrogáveis**, mesmo que terminem em sábados, domingos ou feriados. Assim, se o prazo decadencial para o oferecimento de queixa-crime encerrar em um domingo, o titular do direito de queixa ou de representação deverá exercê-lo até a sexta-feira anterior.

O fato de serem improrrogáveis não impede, contudo, a **suspensão** ou a **interrupção** dos prazos penais. Exemplos marcantes são as causas suspensivas e interruptivas da prescrição.

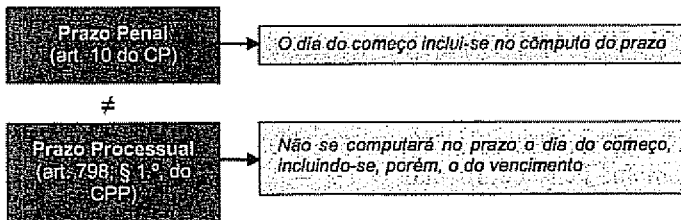
No Direito Processual Penal, por outro lado, a contagem dos prazos obedece fórmula diversa. Estabelece o art. 798, § 1.º, do Código de Processo Penal que “não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento”.

Percebe-se, assim, ser o prazo processual penal mais amplo do que o penal. Exemplo: o prazo para interposição de apelação no processo penal comum é de cinco dias. Se o condenado for intimado na sexta-feira de carnaval, o prazo terá início somente na quarta-feira de cinzas, uma vez que não se inclui o dia do começo, fluindo a partir do primeiro dia útil posterior à intimação para o exercício do ato processual. Incide a **Súmula 310 do Supremo Tribunal Federal**: “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”.

O fundamento da distinção é manifesto: **beneficiar o réu e possibilitar a ele o efetivo exercício da ampla defesa.**

No Direito Processual Penal, o prazo favorecerá o réu quando maior for a sua duração ou tiver mais retardado o seu início. Ao contrário, no Direito Penal o prazo se relaciona diretamente com o poder punitivo do Estado, razão pela qual quanto mais curto, mais favorável será ao réu.

Vale lembrar que o prazo sempre terá natureza penal quando guardar pertinência com o *ius puniendi*, ainda que esteja previsto no Código de Processo Penal. Portanto, embora tenha a norma caráter híbrido ou misto, prevalecerá a sua face penal. É o caso da decadência, prevista no art. 38 do Código de Processo Penal. Como a sua ocorrência importa na extinção da punibilidade, retirando do Estado o direito de punir, obedece às regras do Código Penal.



*2.ª parte: Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.*

Calendário **comum**, também denominado **gregoriano**, é aquele em que se entende por dia o hiato temporal entre a meia-noite e a meia-noite.



Os meses são calculados em consonância com o número correspondente a cada um deles, e não como o período de 30 dias. Exemplo: Se o réu foi condenado à pena de um mês, com início no dia 10 de fevereiro, o seu cumprimento integral ocorrerá no dia 9 de março seguinte. Pouco importa o número de dias do mês de fevereiro. Tenha o mês 28, 29, 30 ou 31 dias, será sempre considerado como um mês.

O mês é calculado até a véspera do mesmo dia do mês subsequente, encerrando o prazo às 24 horas. Por seu turno, o ano é contado até o mesmo mês do ano seguinte, terminando o prazo às 24 horas da véspera do dia idêntico ao do início.

Na prática, o critério acolhido pelo Código Penal provoca injustiças, tratando diversamente pessoas que se encontram em igual situação jurídica. Exemplo: “A” e “B” são condenados a um mês de reclusão. “A” é capturado no dia 10 de dezembro, e sua pena se encerra em 9 de janeiro. “B” foge, sendo capturado somente em 20 de fevereiro do ano seguinte. Sua pena estará cumprida em 19 de março. É evidente que nessa situação “B” teve privada sua liberdade por período inferior ao de “A”.

O inconveniente, contudo, é preferível à confusão e até mesmo à impossibilidade física que a adoção de um critério diverso provocaria. Basta imaginar uma pena de 30 anos de reclusão na qual precisasse ser contado cada dia isoladamente, levando em consideração as peculiaridades de todos os meses e anos.

#### 7.14.4. Frações não computáveis da pena

Preceitua o art. 11 do Código Penal: “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”.

Para fins didáticos, o dispositivo deve ser analisado em partes distintas, pois contém duas regras.

*1.ª Desprezam-se, nas penas privativas de liberdade e nas restritivas de direitos, as frações de dia.*

Frações de dia são as horas, as quais devem ser descontadas da pena final. Exemplo: Pena de 10 dias +  $1/3$  = 13 dias. As horas restantes são desprezadas.

A expressão “e nas restritivas de direitos” é desnecessária. Com efeito, as penas restritivas de direitos possuem a nota da **substitutividade**, isto é, primeiro o juiz fixa a privativa de liberdade, e depois, se presentes os requisitos legais, procede à substituição pela restritiva de direitos. Destarte, as frações de dia são desprezadas no momento de aplicação da pena privativa de liberdade.

*2.ª Desprezam-se, na pena de multa, as frações de cruzeiro.*

A palavra “cruzeiro” deve ser atualmente substituída por “real”, e sua fração é composta pelos centavos, os quais são desprezados na liquidação da sanção patrimonial. Exemplo: Não há pena de multa com o valor de R\$ 90,56 (noventa reais e cinquenta e seis centavos), mas sim de R\$ 90,00 (noventa reais).

E, como anota Damásio E. de Jesus: “Na fixação da pena pecuniária deve ser desprezada a fração do dia-multa. Assim, uma pena de dez dias-multa, acrescida de um terço, perfaz treze dias-multa e não 13,33 dias-multa”.<sup>81</sup>

#### 7.14.5. Legislação especial

É a redação do art. 12 do Código Penal: “As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”.

Regras gerais são as normas não incriminadoras previstas no Código Penal. Estão previstas na Parte Geral, mas também há hipóteses que se encontram na Parte Especial. É o caso do conceito de funcionário público (art. 327).

Acolheu-se o **princípio da convivência das esferas autônomas**, segundo o qual as regras gerais do Código Penal convivem em sintonia com as previstas na legislação especial. Todavia, caso a lei especial contenha algum preceito geral, também disciplinado pelo Código Penal, prevalece a orientação da legislação especial, em face do seu específico campo de atuação.

Exemplo: A Lei 9.605/1998 não prevê regras especiais para a prescrição no tocante aos crimes ambientais nela previstos. Aplicam-se, consequentemente, as disposições do Código Penal. Por outro lado, o Código Penal Militar tem regras especiais para a prescrição nos crimes que tipifica. É aplicado, e não incide o Código Penal.

### 7.15. QUESTÕES

1. (MP/SE – CESPE/2010) De acordo com a lei penal brasileira, o território nacional estende-se a
  - (A) embarcações e aeronaves brasileiras de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro, onde quer que se encontrem.
  - (B) embarcações e aeronaves brasileiras de natureza pública, desde que se encontrem no espaço aéreo brasileiro ou em alto-mar.
  - (C) aeronaves e embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, onde quer que se encontrem.

<sup>81</sup> JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. Parte geral. 28. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 145.

- (D) embarcações e aeronaves brasileiras de natureza pública, desde que se encontrem a serviço do governo brasileiro.
- (E) aeronaves e embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, desde que estejam a serviço do governo do Brasil e se encontrem no espaço aéreo brasileiro ou em alto-mar.
2. (182.º Magistratura SP – VUNESP) A norma inserida no art. 7.º, inciso II, alínea “b”, do Código Penal – *Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro (...) os crimes (...) praticados por brasileiro* – encerra o princípio
- (A) da universalidade ou da justiça mundial.
- (B) da territorialidade.
- (C) da nacionalidade ou da personalidade ativa.
- (D) real, de defesa ou da proteção de interesses.
3. (182.º Magistratura SP – VUNESP) O Código Penal Brasileiro, em seu art. 6.º, como lugar do crime, adota a teoria
- (A) da atividade ou da ação.
- (B) do resultado ou do evento.
- (C) da ação ou do efeito.
- (D) da ubiquidade.
4. (Defensoria Pública/MG – FUMARC/2009) “A Lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. Este dispositivo legal:
- (A) Deve ser declarado inconstitucional, porque viola a garantia constitucional da imutabilidade da coisa julgada.
- (B) É conhecido na doutrina brasileira como *abolitio criminis*, mas não é recepcionado pela jurisprudência.
- (C) Trata-se de norma penal extravagante, que só tem aplicação em casos excepcionais.
- (D) É uma das poucas hipóteses em que se admite a retroatividade da norma penal.
- (E) Não é adequado ao modelo conhecido como “garantismo penal”.
5. (Defensoria Pública/MA – FCC/2009) Sobre a aplicação da lei penal e da lei processual penal no tempo, desde que não sejam de natureza mista,
- (A) vigora apenas o mesmo princípio da irretroatividade.
- (B) vigora apenas o mesmo princípio da ultratividade da lei mais benéfica.
- (C) vigoram princípios diferentes em relação a cada uma das leis.
- (D) vigoram princípios diferentes em relação a cada uma das leis, salvo ultratividade da lei mais benéfica.
- (E) vigoram os mesmos princípios da irretroatividade e da ultratividade da lei mais benéfica.
6. (3.º Concurso Defensoria Pública/SP – FCC) Assinale a alternativa correta.
- (A) Os tipos penais são criados pelo legislador, excepcionalmente, entretanto, o juiz pode, usando analogia, criar tipos penais.
- (B) Nos tipos penais abertos a conduta não é totalmente individualizada.
- (C) O tipo penal define condutas e personalidades criminosas.
- (D) A lei penal em branco é inconstitucional por conter delegação de competência.
- (E) Bens jurídicos relevantes são penalmente tutelados independentemente de tipo penal.

**7. (Magistratura/RS – 2009) Considere as assertivas abaixo sobre aplicação da lei penal.**

- I – Aplicável é a lei penal em vigor quando da libertação da vítima de sequestro, ainda que mais grave do que a lei penal em vigor quando iniciado o cometimento do crime.
- II – Fica sujeito ao Código Penal, e não às normas estabelecidas na legislação especial do Estatuto da Criança e do Adolescente, o agente que, com dezessete anos e onze meses de idade, a tiros de revólver, atinge a região abdominal de seu desafeto, vindo o ofendido a falecer quarenta e cinco dias após em consequência das lesões recebidas.
- III – A lei penal temporária, embora decorrido o período de sua duração, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência. Quais são corretas?
  - (A) Apenas I
  - (B) Apenas II
  - (C) Apenas III
  - (D) Apenas I e III
  - (E) I, II e III

**8. (Magistratura/PR – PUCPR/2009) Dadas as assertivas abaixo, escolha a alternativa CORRETA.**

- I. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, inclusive sobre os afetados por leis temporárias ou excepcionais.
- II. Considera-se tempo do crime o momento da ação ou omissão, porém se o resultado ocorrer em outro momento, nesta ocasião considerar-se-á o mesmo praticado.
- III. A lei posterior que, de qualquer modo, favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, mesmo tendo sido decididos por sentença irrecorrível.
- IV. A lei excepcional ou temporária, depois de decorrido o tempo de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, não mais se aplica ao fato praticado durante a sua vigência.
  - (A) Apenas a assertiva III está correta.
  - (B) Apenas as assertivas III e IV estão corretas.
  - (C) Apenas a assertiva I está correta.
  - (D) Apenas as assertivas I e III estão corretas.

**9. (PGE/PE – CESPE/2009) A respeito da aplicação da lei penal, assinale a opção correta.**

- (A) Quanto ao momento em que o crime é considerado praticado, a lei penal brasileira adotou expressamente a teoria da ubiqüidade, desprezando a teoria da atividade.
- (B) Com relação ao lugar em que o crime é considerado praticado, a lei penal brasileira adotou expressamente a teoria da atividade, desprezando a teoria da ubiqüidade.
- (C) Aplica-se a lei penal brasileira a crimes praticados contra a vida ou a liberdade do presidente da República, mesmo que o crime tenha ocorrido em outro país.
- (D) Os agentes diplomáticos são imunes à lei civil do Brasil, mas não à lei penal.
- (E) Os parlamentares não podem ser processados civilmente pelas opiniões que emitem no exercício de seus mandatos, mas estão sujeitos a sanção penal no caso de incorrerem em crime contra a honra.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

**Obs.:** Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no site [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

PARTE II  
TEORIA GERAL DO CRIME

## CRIME: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Sumário: 8.1. Conceito de crime: 8.1.1. Critério material ou substancial; 8.1.2. Critério legal; 8.1.3. Critério analítico; 8.1.4. Critério adotado pelo Código Penal – 8.2. Ilícito penal e outros ilícitos – 8.3. Sujeitos do crime: 8.3.1. Sujeito ativo; 8.3.2. Sujeito passivo – 8.4. Objeto do crime – 8.5. Questões.

### 8.1. CONCEITO DE CRIME

O conceito de crime é o ponto de partida para a compreensão dos principais institutos do Direito Penal. Embora aparentemente simples, a sua definição completa e pormenorizada apresenta questões complexas que acarretam várias consequências ao estudo dos pontos mais exigidos em provas e concursos públicos.

Qualquer operador do Direito, iniciante ou avançado, ainda que não muito versado na área penal, se considera apto a fornecer o conceito de crime. Diz-se frequentemente: “Crime é o fato típico, ilícito...”, sem maior preocupação científica.

Assim não deve ser. Quando lhe for indagado o conceito de crime, uma resposta mais técnica e minuciosa deve ser apresentada.

De fato, o crime pode ser conceituado levando em conta três aspectos: material, legal e formal ou analítico.

#### 8.1.1. Critério material ou substancial

De acordo com esse critério, crime é toda ação ou omissão humana que lesa ou expõe a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados.

Essa fórmula leva em conta a relevância do mal produzido aos interesses e valores selecionados pelo legislador como merecedores da tutela

penal. Destina-se a orientar a formulação de políticas criminais, funcionando como vetor ao legislador, incumbindo-lhe a tipificação como infrações penais exclusivamente das condutas que causarem danos ou ao menos colocarem em perigo bens jurídicos penalmente relevantes, assim reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

Com efeito, esse conceito de crime serve como **fator de legitimação** do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito. O mero atendimento do princípio da reserva legal se mostra insuficiente. Não basta uma lei para qualquer conduta ser considerada penalmente ilícita. Imagine um tipo penal com o seguinte conteúdo: "Sorrir por mais de 10 minutos, ininterruptamente. Pena: reclusão, de 2 a 8 anos, e multa". Nesta situação, o princípio da reserva legal ou estrita legalidade seria obedecido. Contudo, somente se legitima o crime quando a conduta proibida apresentar relevância jurídico-penal, mediante a provocação de dano ou ao menos exposição à situação de perigo em relação a bens jurídicos penalmente relevantes.

### 8.1.2. Critério legal

Segundo esse critério, o conceito de crime é o **fornecido pelo legislador**.

Em que pese o Código Penal não conter nenhum dispositivo estabelecendo o que se entende por crime, tal tarefa ficou a cargo do art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-lei 3.914, de 9 de dezembro de 1941), assim redigido:

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

A diferenciação, portanto, é nítida.

Quando o **preceito secundário cominar pena de reclusão ou detenção**, teremos um crime. Tais modalidades de pena podem estar previstas isoladamente, ou ainda alternativa ou cumulativamente com a pena pecuniária. Em resumo, se constarem as palavras "reclusão" ou "detenção", será crime, pouco importa a lei em que estiver inserida a figura penal. Ainda que de forma incorreta, nada impediria a inserção de um crime na Lei das Contravenções Penais, caso a conduta criminosa fosse apenada com "reclusão" ou "detenção".

Por outro lado, se o **preceito secundário não apresentar as palavras "reclusão" ou "detenção"**, estará se referindo a uma **contravenção penal**, uma vez que a lei a ela comina pena de prisão simples ou de multa, isoladas, alternativa ou cumulativamente. Da mesma forma, uma contravenção penal pode ser inserida em qualquer lei, até mesmo no Código Penal, embora essa medida seja esdrúxula e desprovida de técnica.

Destarte, a distinção entre crime e contravenção penal é de grau, **quantitativa** (quantidade da pena), e também **qualitativa** (qualidade da pena) e não ontológica. Daí não nos parecer correto denominar esta última de “crime-anão”, inclusive pela ausência de critérios para tanto. Se tal terminologia fosse correta, não seria equivocado considerar que o homicídio é um “superdelito” e a injúria é um “crime pequenino”.

Cuida-se, em essência, de espécies do gênero **infração penal**, diferenciando-se quanto à **gravidade da sanção penal**, mediante valores escolhidos pelo legislador. Note-se que tais valores, decisivos para a distinção, não são absolutos e pacificamente aceitos. Exemplo: A conduta de praticar ato obsceno em local público constitui crime. Por sua vez, o jogo do bicho configura contravenção penal. E, certamente, caminhar nu em via pública (ato obsceno) reveste-se de menor lesividade quando comparada com a conduta de chefiar bancas do jogo do bicho em uma comunidade (jogo do bicho), com todas as mazelas daí decorrentes. }

E o valor eleito pelo legislador para tipificar uma conduta como crime ou contravenção penal pode variar ao longo do tempo. Foi o que aconteceu com o porte ilegal de arma de fogo. Até 19 de fevereiro de 1997, a conduta era definida como contravenção penal (art. 19 do Decreto-lei 3.688/1941), qualquer que fosse a natureza da arma de fogo. Do dia 20 de fevereiro de 1997 até o dia 21 de dezembro de 2003, foi tipificada como crime pelo art. 10 da Lei 9.437/1997, sujeito às penas de detenção, de um a dois anos e multa. A partir do dia 23 de dezembro de 2003, entrou em vigor o Estatuto do Desarmamento – Lei 10.826/2003, punindo de forma ainda mais rigorosa o porte ilegal, podendo a sanção penal ser aumentada em razão da natureza e da qualidade da arma de fogo.

Ainda nesse ponto, o Direito Penal brasileiro acolheu um **sistema dicotômico**, ao fracionar o gênero **infração penal** em duas espécies: **crime ou delito** e **contravenção penal**. Os termos *crime* e *delito* se equivalem, embora em algumas situações a Constituição Federal e a legislação ordinária utilizem a palavra *delito*, impropriamente, como sinônima de **infração penal**, tal como se verifica no art. 5.º, XI, da Lei Suprema, e nos arts. 301 e 302 do Código de Processo Penal.

Crime ou delito	Contravenção penal
Pena de reclusão ou de detenção, isolada, alternativa ou cumulativamente com a pena de multa	Pena de prisão simples ou multa, isolada, alternativa ou cumulativamente

Outros países, como Alemanha e França, adotaram um sistema **tricotômico**: crimes seriam as infrações mais graves, delitos as intermediárias e por último, as contravenções penais albergariam as de menor gravidade.



### 8.1.2.1. Crime e contravenção penal: outras distinções

Sem prejuízo da distinção quantitativa e qualitativa entre crime e contravenção penal, estas espécies de infração também apresentam outras distinções, previstas no Código Penal e na Lei das Contravenções Penais.<sup>1</sup> Vejamos.<sup>2</sup>

	<b>Crimes</b>	<b>Contravenções</b>
<b>Aplicação da lei penal</b>	a lei penal brasileira é aplicável, via de regra, aos crimes cometidos no território nacional (CP, art. 5.º, <i>caput</i> ) e a diversos crimes praticados no estrangeiro, em razão da sua extraterritorialidade (CP, art. 7.º)	a lei brasileira somente incide no tocante às contravenções penais praticadas no território nacional (LCP, art. 2.º)
<b>Tentativa</b>	é punível a tentativa de crimes (CP, art. 14, II)	não se pune a tentativa de contravenção (LCP, art. 4.º)
<b>Elemento subjetivo</b>	os crimes podem ser dolosos, culposos ou preterdolosos (CP, arts. 18 e 19)	basta, para as contravenções penais, a ação ou omissão voluntária (LCP, art. 3.º)
<b>Culpabilidade</b>	os crimes são compatíveis com o erro de tipo (CP, art. 20) e com o erro de proibição (CP, art. 21)	as contravenções penais admitem unicamente a ignorância ou a errada compreensão da lei, se escusáveis (LCP, art. 8.º)
<b>Tempo de cumprimento das penas</b>	nos crimes, o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos (CP, art. 75)	nas contravenções penais, a duração da pena de prisão simples não pode, em caso algum, ser superior a 5 (cinco) anos
<b>Período de prova do <i>sursis</i></b>	nos crimes, o período de prova do <i>sursis</i> varia entre dois a quatro anos, e, excepcionalmente, de quatro a seis anos (CP, art. 77, <i>caput</i> e § 2.º)	nas contravenções penais, o período de prova do <i>sursis</i> é de um a três anos (LCP, art. 11)
<b>Prazo mínimo das medidas de segurança</b>	nos crimes, o prazo mínimo das medidas de segurança é de um a três anos (CP, art. 97, § 1.º)	nas contravenções penais, o prazo mínimo é de seis meses (LCP, art. 16)

<sup>1</sup> Existem outras diferenças disciplinadas em leis especiais (exemplo: *sursis* em crimes ambientais – art. 16 da Lei 9.605/1998), as quais serão abordadas ao longo desta obra.

<sup>2</sup> Nada obstante, firmou-se na doutrina e na jurisprudência o entendimento no sentido de que a contravenção penal de vias de fato (LCP, art. 21) é de ação penal pública condicionada, utilizando-se analogicamente as regras inerentes à lesão corporal de natureza leve (art. 129, *caput*, do Código Penal c/c art. 88 da Lei 9.099/1995).

Ação penal	nos crimes, a ação penal pode ser pública, incondicionada ou condicionada, ou de iniciativa privada (CP, art. 100)	nas contravenções penais, a ação penal é pública incondicionada (LCP, art. 17)
------------	--	--

### 8.1.2.2. Conceito legal de crime e o art. 28 da Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas

O art. 28 da Lei 11.343/2006 define o crime de **posse de droga para consumo pessoal**, a ele cominando as penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Com isso, surgiram algumas discussões. A primeira delas, atinente à natureza jurídica do ato, no sentido de ser crime ou não.

Há posicionamento no sentido de que, como não foram previstas penas de reclusão ou de detenção, não se trata de crime, e, estando ausentes as penas de prisão simples ou multa, também não configura contravenção penal, com fundamento no art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal. Seria, residualmente, um **ilícito penal *sui generis***.<sup>3</sup>

Uma segunda corrente, que nos parece acertada, sustenta a **manutenção do caráter criminoso da conduta**, com a cominação das penas previstas em lei. Cuida-se da posição amplamente dominante, e a ela nos filiamos.<sup>4</sup> Deve ser usada em concursos do Ministério Público, da Polícia Civil e da Polícia Federal, sem ressalvas, e também na Magistratura, como regra, com a cautela de buscar saber o entendimento do examinador sobre o assunto.

Essa posição apresenta diversos argumentos para justificar a existência de crime no art. 28 da Lei de Drogas, quais sejam:

- a) A lei, ao tratar do tema, classificou a conduta como crime;
- b) O processo e julgamento devem observar o rito do Juizado Especial Criminal (Lei 9.099/1995), reservado para as infrações penais de menor potencial ofensivo;
- c) No tocante à prescrição, o art. 30 da Lei de Drogas determina a aplicação das regras estabelecidas pelos arts. 107 e seguintes do Código Penal, reservadas às infrações penais;

<sup>3</sup> É o que sustentam GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. *Nova Lei de Drogas comentada*. São Paulo: RT, 2006. p. 126.

<sup>4</sup> No mesmo sentido: GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas anotada*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 43.

- d) A finalidade do art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal era apenas diferenciar os crimes das contravenções penais, uma vez que tais diplomas legais passaram a vigorar simultaneamente em 1.º de janeiro de 1942;
- e) A Lei de Introdução ao Código Penal pode ser modificada por outra lei ordinária, como aconteceu com a Lei de Drogas; e
- f) Não existiam penas alternativas quando foi editada a Lei de Introdução ao Código Penal.

Por último, a 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, com argumentos semelhantes aos que acolhemos, decidiu não ter havido descriminalização da conduta (existe crime), mas sim **despenalização**, em face da supressão da pena privativa de liberdade:

Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal *sui generis*, pois esta posição acarretaria sérias conseqüências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o art. 1.º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a nova lei criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou de detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que lei ordinária superveniente adotasse requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado “Dos Crimes e das Penas”. Por outro lado, salientou-se a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela Lei 9.099/95.<sup>5</sup>

Passemos agora, cientes dessa discussão, à seguinte, sintetizada na seguinte pergunta: **O art. 28 da Lei de Drogas criou um novo conceito de crime?**

**A resposta é negativa.**

<sup>5</sup> RE 430.105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13.02.2007, noticiado no *Informativo* 456. Importante ainda destacar a Tese 292 do Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais do Ministério Público do Estado de São Paulo: “Drogas – Consumo pessoal – Artigo 28 da Lei n.º 11.343/2006 – Inconstitucionalidade por ofensa aos princípios da igualdade, intimidade e vida privada – Inocorrência”.

De fato, a Lei de Introdução ao Código Penal fornece um conceito **genérico** de crime, aplicável sempre que não existir disposição especial em sentido contrário. Além disso, a sua finalidade precípua não é dizer sempre o que se entende por crime, mas sim diferenciá-lo da contravenção penal.

O art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal permite, assim, a definição de conceito diverso de crime por leis extravagantes, reservando-se a sua aplicação para casos omissos.

Pode-se, portanto, concluir que o conceito geral de crime, sob o aspecto legal, continua a ser aquele constante do art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal, ao passo que o art. 28 da Lei 11.343/2006 criou nova definição para o crime de posse de droga para consumo pessoal, seguindo, relativamente aos demais crimes (tráfico, associação para o tráfico, financiamento ao tráfico etc.), o conceito geral.

### 8.1.3. Critério analítico

Esse critério, também chamado de **formal** ou **dogmático**, se funda nos **elementos** que compõem a **estrutura do crime**.

Basileu García sustentava ser o crime composto por quatro elementos: **fato típico, ilicitude, culpabilidade e punibilidade**.<sup>6</sup>

Essa **posição quadripartida** é claramente minoritária e deve ser afastada, pois a **punibilidade** não é elemento do crime, mas **consequência** da sua prática. Não é porque se operou a prescrição de determinado crime, por exemplo, que ele desapareceu do mundo fático. Portanto, o crime existe independentemente da punibilidade.

Outros autores adotam uma **posição tripartida**, pela qual seriam elementos do crime: **fato típico, ilicitude e culpabilidade**. Perfilham desse entendimento, entre outros, Néelson Hungria, Aníbal Bruno, E. Magalhães Noronha, Francisco de Assis Toledo, Cezar Roberto Bitencourt e Luiz Regis Prado.

Muito cuidado nesse ponto.

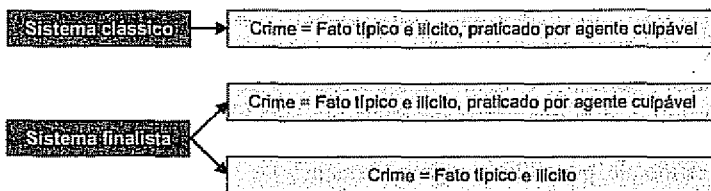
Diversas pessoas, inadvertidamente, alegam que o acolhimento de um conceito tripartido de crime importa obrigatoriamente na adoção da teoria clássica ou causal da conduta.

Não é verdade. Quem aceita um conceito tripartido de crime tanto pode ser clássico como finalista. De fato, **Hans Welzel**, criador do finalismo penal, definia o crime como o fato típico, ilícito e culpável: “O conceito de culpa-

<sup>6</sup> Com idêntica posição: BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal*. Parte geral. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Arminda Bergamini Miotto. São Paulo: Saraiva, Ed. Universidade de São Paulo, 1973. v. 1, p. 339.

bilidade acrescenta ao de ação antijurídica – tratando-se de uma ação dolosa ou não dolosa – um novo elemento, que a transforma em delito”.<sup>7</sup>

A distinção entre os perfis clássico e finalista reside, principalmente, na alocação do dolo e da culpa, é não em um sistema bipartido ou tripartido relativamente à estrutura do delito, como veremos na análise da conduta.

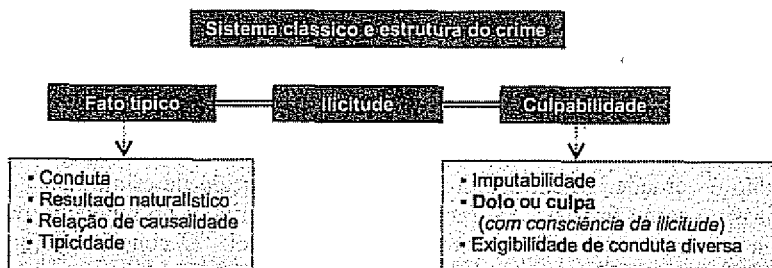


Por fim, há autores que entendem o crime como **fato típico e ilícito**. Constam desse rol René Ariel Dotti, Damásio E. de Jesus e Julio Fabbrini Mirabete, entre outros.

Para os seguidores dessa **teoria bipartida**, a **culpabilidade** deve ser excluída da composição do crime, uma vez que se trata de **pressuposto de aplicação da pena**. Destarte, para a configuração do delito bastam o fato típico e a ilicitude, ao passo que a presença ou não da culpabilidade importará na possibilidade ou não de a pena ser imposta.

E, atenção, a teoria bipartida relaciona-se intimamente com a teoria finalista da conduta. Como já abordado, nada impede a adoção de um conceito tripartido de crime por uma pessoa vinculada ao finalismo penal. Todavia, ao se adotar a teoria bipartida do crime, necessariamente será aceito o conceito finalista de conduta.

Isso porque na teoria clássica o dolo e a culpa situam-se na culpabilidade. E, se fosse possível um sistema clássico e bipartido, consagrar-se-ia a responsabilidade objetiva.



<sup>7</sup> WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal. Uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001. p. 87.

### 8.1.4. Critério adotado pelo Código Penal

É usual a seguinte pergunta: “Em uma visão analítica, qual foi o conceito de crime adotado pelo Código Penal?”. E, em verdade, precisamos dizer que não há resposta segura para a questão.

O Código Penal de 1940, em sua redação original, acolhia um conceito tripartido de crime, relacionado à teoria clássica da conduta. Eram, portanto, elementos do crime o *fato típico*, a *ilicitude* e a *culpabilidade*.

A situação mudou com a edição da Lei 7.209/1984, responsável pela redação da nova Parte Geral do Código Penal. A partir de então, fica a impressão de ter sido adotado um conceito bipartido de crime, ligado obrigatoriamente à teoria finalista da conduta. Vejamos quais são os indicativos dessa posição.

Em primeiro lugar, no Título II da Parte Geral o Código Penal trata “Do Crime”, enquanto logo em seguida, no Título III, cuida “Da Imputabilidade Penal”. Dessa forma, crime é o fato típico e ilícito, independentemente da culpabilidade, que tem a imputabilidade penal como um dos seus elementos. O crime existe sem a culpabilidade, bastando seja o fato típico e revestido de ilicitude.

Em igual sentido, ao tratar das causas de exclusão da ilicitude, determina o Código Penal em seu art. 23 que “**não há crime**”. Ao contrário, ao relacionar-se às causas de exclusão da culpabilidade (arts. 26, *caput*, e 28, § 1.º, por exemplo), diz que o autor é “**isento de pena**”.

Assim sendo, é necessário que o fato típico seja ilícito para a existência do crime. Ausente a ilicitude, **não há crime**.

Por outro lado, subsiste o crime com a ausência da culpabilidade. Sim, o fato é típico e ilícito, mas o agente é isento de pena. Em suma, há crime, sem a imposição de pena. O crime se refere ao fato (típico e ilícito), enquanto a culpabilidade guarda relação com o agente (merecedor ou não de pena).

Mas não é só.

O art. 180, § 4.º, do Código Penal preceitua: “A receptação é punível, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa”.

Conclui-se que, nada obstante a isenção de pena do agente e, portanto, da falta de culpabilidade (**isenção da pena = exclusão da culpabilidade**), ainda assim existe o crime do qual proveio a coisa. Em outras palavras, diz o Código Penal tratar-se o crime de fato típico e ilícito, pois subsiste mesmo com a isenção da pena em relação ao autor do **crime anterior**.

Vejamos mais um indicativo da opção pelo sistema finalista e bipartido.

Em consonância com o art. 138 do Código Penal, configura-se o crime de calúnia a conduta de imputar a alguém, falsamente, fato definido como crime.

Se a culpabilidade fosse elemento do crime, os inimputáveis (como é o caso dos doentes mentais) jamais poderiam ser caluniados, pois seria inadmissível imputar a eles falsamente fato definido como crime. Destarte, a honra de tais pessoas poderia ser banalmente violada, e não haveria atuação penal do Estado para reprimir a conduta ofensiva. Exemplo: Todos poderiam dizer livremente que um doente mental seria o autor dos estupros cometidos em determinada comunidade, ainda que cientes da falsidade da imputação. Afinal, ele não praticaria crimes, razão pela qual a sua honra objetiva poderia ser facilmente violada.

Em que pese tais argumentos, há respeitadas penalistas que adotam posições contrárias, no sentido de ter o Código Penal se filiado a um sistema tripartido, motivo que justifica o conhecimento de todos os enfoques por parte dos candidatos a concursos públicos.

## 8.2. ILÍCITO PENAL E OUTROS ILÍCITOS

Ilicitude é a relação de contrariedade entre o fato praticado por alguém e o ordenamento jurídico como um todo. Há, nesse contexto, ilícitos de natureza penal, civil, tributária, administrativa, ambiental etc., não existindo diferença entre eles quanto à origem.

O ilícito penal se separa dos demais, em relação à sua gravidade, por força da relevância da conduta praticada e da importância do bem jurídico tutelado. E o critério para essa distinção é meramente **político**. O que hoje se entende por ilícito tributário no futuro poderá ser compreendido como ilícito penal, dependendo da vontade do legislador e da conveniência para o interesse público, pois o Direito Penal somente deve se preocupar com os interesses e valores mais importantes para o desenvolvimento e manutenção do indivíduo e da sociedade, deixando os demais a cargo dos outros ramos do Direito (princípio da fragmentariedade).

E, por corolário, o ilícito penal se distingue de todos quanto à consequência. Enquanto se reserva a ele uma pena, até mesmo privativa de liberdade, as outras disciplinas jurídicas preveem sanções mais brandas.

## 8.3. SUJEITOS DO CRIME

Sujeitos do crime são as pessoas ou entes relacionados à prática e aos efeitos da empreitada criminosa. Dividem-se em sujeito ativo e sujeito passivo.

### 8.3.1. Sujeito ativo

Sujeito ativo é a pessoa que realiza direta ou indiretamente a conduta criminosa, seja isoladamente, seja em concurso.

Autor e coautor realizam o crime de forma direta, ao passo que o partícipe e o autor mediato o fazem indiretamente.

O sujeito ativo pode receber variadas denominações, dependendo do momento processual e do critério posto em exame, tais como *agente* (geral), *indiciado* (no inquérito policial), *acusado* (com o oferecimento da denúncia ou queixa), *rêu* (após o recebimento da inicial acusatória), *sentenciado* (com a prolação da sentença), *condenado* (após o trânsito em julgado da condenação), *reeducando* (durante a execução penal), *egresso* (após o cumprimento da pena), *criminoso* e *delinquente* (objeto de estudo das ciências penais, como na criminologia). A regra é a de que apenas o ser humano pode ser sujeito ativo de infrações penais, mas também se discute a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Em que pesem as reminiscências históricas,<sup>8</sup> os animais podem funcionar como instrumento do crime, como no caso do cão bravo que cumpre ordem de ataque emanada de seu dono, mas jamais serão sujeito ativo de uma infração penal.

### 8.3.1.1. A pessoa jurídica como sujeito ativo de crimes

Discute-se se a pessoa jurídica pode ser considerada sujeito ativo de crimes.

Para melhor compreensão do assunto, é necessário, inicialmente, abordar a natureza jurídica de tais entes.

Para a **teoria da ficção jurídica**, idealizada por Savigny, a pessoa jurídica não tem existência real, não tem vontade própria. Apenas o homem possui aptidão de ser sujeito de direitos. Essa teoria não pode subsistir. Com efeito, se a pessoa jurídica é uma ficção, o Direito também o é, porque provém do Estado, pessoa jurídica de direito público interno.

Para os adeptos dessa corrente, é impossível a prática de crimes por pessoas jurídicas. Não há como imaginar uma infração penal cometida por um ente fictício.

De outro lado, a **teoria da realidade, orgânica ou organicista**, de Otto Gierke, sustenta ser a pessoa jurídica um ente autônomo e distinto de seus membros, dotado de vontade própria. É, assim, sujeito de direitos e obrigações, tais como uma pessoa física. E a teoria mais aceita no Direito.

<sup>8</sup> "Cita-se o caso do elefante Charlie que foi absolvido por legítima defesa; é notável o exemplo de um galo condenado à morte por haver bicado os olhos de uma criança; recorda-se também o processo instaurado contra o papagaio que dava vivas ao rei, infringindo assim as novas concepções revolucionárias; assinalam-se exemplos, por igual, de cavalos homicidas, veados infantílicas e de cachorros acusados de *crimen bestialitatis*" (LINHARES, Marcello Jardim. *Legítima defesa*. 4. ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Saraiva/Forense, 1994. p. 167).



Pode ser extraída, até aqui, uma primeira conclusão. Essas teorias guardam estreita relação com o Direito Civil, e, se for adotada a da ficção jurídica, é impossível a prática de crimes por pessoas jurídicas. Entretanto, com a preferência pela teoria orgânica, passa-se ao debate acerca da sujeição criminal ativa da pessoa jurídica.

E, nesse ponto, há duas correntes.

A primeira, no sentido da **impossibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito ativo de infrações penais**. Destacam-se seus argumentos:

- 1) Desde o Direito Romano já se sustentava o postulado *societas delinquere non potest*, isto é, a sociedade não pode delinquir;
- 2) A pessoa jurídica não tem vontade própria, e, portanto, não pode praticar condutas;
- 3) A pessoa jurídica não é dotada de consciência própria para compreender o caráter intimidativo da pena;
- 4) A pessoa jurídica não é imputável, pois somente o ser humano adquire capacidade de entender o caráter ilícito de um fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento;
- 5) A pessoa jurídica tem a sua atuação vinculada aos atos relacionados com o seu estatuto social, aí não se incluindo a prática de crimes;
- 6) A punição da pessoa jurídica alcançaria, ainda que indiretamente, seus integrantes, ofendendo o princípio constitucional da personalidade da pena; e
- 7) Não se pode aplicar pena privativa de liberdade, característica indissociável do Direito Penal, à pessoa jurídica.

A segunda corrente pugna pela **possibilidade de a pessoa jurídica figurar como sujeito ativo de crimes**, com os seguintes fundamentos:

- 1) A pessoa jurídica constitui-se em ente autônomo, dotado de consciência e vontade, razão pela qual pode realizar condutas e assimilar a natureza intimidatória da pena;
- 2) A pessoa jurídica deve responder por seus atos, adaptando-se o juízo de culpabilidade às suas características;
- 3) A pessoa jurídica possui vontade própria, razão pela qual o Direito Penal a ela reserva tratamento isonômico ao dispensado à pessoa física;
- 4) É óbvio que o estatuto social de uma pessoa jurídica não prevê a prática de crimes como uma de suas finalidades. Da mesma forma, não contém em seu bojo a realização de atos ilícitos, o que não os impede de serem realizados (inadimplência, por exemplo);

- 5) A punição da pessoa jurídica não viola o princípio da personalidade da pena. Deve-se distinguir a pena dos efeitos da condenação, os quais também se verificam com a punição da pessoa física; e
- 6) O Direito Penal não se limita à pena de prisão. Ao contrário, cada vez mais a pena privativa de liberdade deve ser entendida como medida excepcional (*ultima ratio*), preferindo-se a aplicação de penas alternativas.

Com a opção pela segunda corrente, pode-se dizer que a Constituição Federal admitiu a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes contra a ordem econômica e financeira, contra a economia popular e contra o meio ambiente, autorizando o legislador ordinário a cominar penas compatíveis com sua natureza, independentemente da responsabilidade individual dos seus dirigentes (CF, arts. 173, § 5.º, e 225, § 3.º).

Já foi editada a Lei 9.605/1998, no tocante aos crimes contra o meio ambiente, e o seu art. 3.º, parágrafo único, dispõe expressamente sobre a responsabilização penal da pessoa jurídica. O posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal é pela admissibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica em todos os crimes ambientais, dolosos ou culposos: “Em crime a envolver pessoa jurídica, a responsabilidade é de quem implementa a gerência, não cabendo exigir a narração, na denúncia, da forma em que teria, nesse mister, praticado o ato”.<sup>9</sup>

É também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que “não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio”.<sup>10</sup>

Em relação aos crimes contra a economia popular e a ordem econômica e financeira, ainda não sobreveio lei definidora dos crimes da pessoa jurídica.<sup>11</sup>

Destarte, mesmo para quem admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica, deve ser ressaltado que somente podem ser praticados os crimes

<sup>9</sup> HC-MC 91.591/MG, rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. 21.06.2007. Com igual entendimento: HC 92.921/BA, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 19.08.2008.

<sup>10</sup> REsp 889.528/SC, rel. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 17.04.2007. No mesmo sentido: HC 92.822/SP, rel. originário Min. Arnaldo Esteves Lima, rel. para acórdão Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª Turma, j. 17.06.2008, noticiado no *Informativo* 360.

<sup>11</sup> As Leis 1.521/1951 (crimes contra a economia popular), 7.492/1986 (crimes contra o sistema financeiro nacional) e 8.176/1991 (crimes contra a ordem econômica) cuidaram apenas da responsabilidade penal das pessoas físicas.

previstos na Constituição Federal, desde que regulamentados por lei ordinária, a qual deverá instituir expressamente sua responsabilidade penal. É esse o entendimento atualmente dominante, no sentido de que a pessoa jurídica pode ser responsabilizada penalmente pela prática de crimes ambientais, posição que tende cada vez mais a se consolidar, seja por interpretação do texto constitucional, seja por opção de política criminal, capaz de proporcionar eficiente resultado prático em tema tão em evidência. Nas palavras de Fernando Galvão:

[...] a sanção de natureza penal oferece um contra-estímulo muito mais eficiente na proteção do meio ambiente, justamente por trabalhar em harmonia com a lógica do mercado capitalista. A pena criminal possui efeito estigmatizante que, para a pessoa física, sempre foi considerado um ponto negativo. A pessoa física tem maiores dificuldades para a reinserção após receber a marcação oficial de criminoso. No caso da pessoa jurídica, a marca da responsabilidade criminal dificulta os negócios da pessoa jurídica e, na defesa de seus interesses econômicos, os dirigentes da pessoa jurídica são estimulados a evitar o processo penal.<sup>12</sup>

Saliente-se que, mesmo com o texto constitucional, há entendimentos no sentido de que não foi prevista a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Interpretam o art. 225, § 3.º, da Constituição Federal<sup>13</sup> da seguinte maneira: pessoas físicas suportam sanções penais, ao passo que pessoas jurídicas suportam sanções administrativas.

Agora, ao se aceitar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, deve destacar-se que esse reconhecimento não exclui a responsabilidade da pessoa física coautora ou partícipe do delito. É o que se denomina de **sistema paralelo de imputação (teoria da dupla imputação)**, previsto no art. 3.º, parágrafo único, da Lei 9.605/1998, e com amparo nos arts. 13, *caput*, e 29, *caput*, ambos do Código Penal.

### 8.3.2. Sujeito passivo

É o titular do bem jurídico protegido pela lei penal violada por meio da conduta criminosa. Pode ser denominado de **vítima** ou de **ofendido**, e divide-se em duas espécies:

**1) Sujeito passivo constante, mediato, formal, geral, genérico ou indireto:** é o Estado, pois a ele pertence o direito público subjetivo de exigir o cumprimento da legislação penal.

<sup>12</sup> GALVÃO, Fernando. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 16.

<sup>13</sup> "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."

Figura como sujeito passivo de todos os crimes, pois qualquer violação da lei penal transgredir interesse a ele reservado pelo ordenamento jurídico. Exemplo: em um crime de homicídio, ainda que a vítima direta seja a pessoa privada da sua vida, o Estado também foi ofendido, haja vista que a ele convém não sejam praticados crimes.

**2) Sujeito passivo eventual, imediato, material, particular, acidental ou direto:** é o titular do bem jurídico especificamente tutelado pela lei penal. Exemplo: o proprietário do carro subtraído no crime de furto.

O Estado sempre figura como sujeito passivo constante. Além disso, pode ser sujeito passivo eventual, tal como ocorre nos crimes contra a Administração Pública.

A pessoa jurídica pode ser vítima de diversos delitos, desde que compatíveis com a sua natureza.

Da mesma forma, há diversos crimes que podem ser praticados contra incapazes, e inclusive contra o nascituro, como é o caso do aborto.

É também possível a existência de **sujeito passivo indeterminado**. É o que ocorre nos crimes vagos, aqueles que têm como vítima um ente destituído de personalidade jurídica.

Os mortos e os animais não podem ser sujeitos passivos de crimes. Pergunta-se: E o crime previsto no art. 138, § 2.º, do Código Penal? E os crimes contra a fauna, tipificados pelos arts. 29 a 37 da Lei 9.605/1998?

No caso da figura definida pelo art. 138, § 2.º, do Código Penal, não é o morto o sujeito passivo do crime. Os ofendidos são os seus familiares, preocupados em zelar pelo respeito reservado às suas recordações. Daí falar Damásio E. de Jesus em **calúnia contra a memória dos mortos**.<sup>14</sup>

Em relação aos crimes contra a fauna, é a coletividade que figura como vítima. De fato, ela é a titular do interesse de ver preservado todo o patrimônio ambiental.

Anote-se, ainda, que ninguém pode praticar um crime contra si próprio. Em consonância com o princípio da alteridade do Direito Penal, inexistente delito na conduta maléfica somente a quem a praticou. Exemplos: No crime previsto no art. 171, § 2.º, V, do Código Penal (fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro), a vítima é a seguradora que se pretende ludibriar. Na hipótese da autoacusação falsa (art. 341 do Código Penal), a vítima é o Estado, ofendido em sua função de administrar a Justiça.

Por último, não se deve confundir o sujeito passivo com o prejudicado pelo crime. Ainda que muitas vezes tais características se reúnam na mesma pessoa, as situações são diversas.

<sup>14</sup> JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. Parte especial. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2, p. 216.

Sujeito passivo, como já analisado, é o titular do bem jurídico protegido pela lei penal violada. Prejudicado pelo crime, por outro lado, é qualquer pessoa a quem o crime traga danos, patrimoniais ou não. Exemplo: sujeito passivo do homicídio é o ser humano de quem foi tirada a vida, ao passo que prejudicado pelo crime é a esposa da vítima.

#### 8.4. OBJETO DO CRIME

É o bem ou objeto contra o qual se dirige a conduta criminosa. Pode ser jurídico ou material.

**Objeto jurídico** é o bem jurídico, isto é, o interesse ou valor protegido pela lei penal.

**Objeto material** é a pessoa ou a coisa que suporta a conduta criminosa.

Questiona-se, com relativa frequência: “Há crime sem objeto”?

A resposta correta é: “Depende”. Do quê? Depende de qual objeto.

Não há crime sem objeto jurídico, uma vez que todo e qualquer delito, sem exceção, viola um interesse protegido pela lei penal. Deveras, recordando o seu conceito material, crime é a ação ou omissão humana que lesa ou expõe a perigo de lesão bens jurídicos legalmente protegidos. E, se não há bem jurídico tutelado pela lei penal, não há crime.

É possível, entretanto, a existência de crime sem objeto material, como se verifica nos crimes de mera conduta. Exemplo: ato obsceno, tipificado pelo art. 233 do Código Penal.

#### 8.5. QUESTÕES

1. (82.º Promotor de Justiça – MP/SP) Numa das alternativas seguintes, se insere a asserção correta. Aponte-a.
  - (A) Em matéria criminal, a culpa recíproca não produz efeitos quanto à fixação da pena.
  - (B) Em tema de circunstâncias agravantes, ao referir-se a “velho”, o Código Penal estabelece o limite cronológico.
  - (C) O autor de estupro qualificado pode ser beneficiado com indulto.
  - (D) A contravenção de perturbação da tranquilidade exige o requisito típico “lugar público”.
  - (E) A lei que dispõe sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente possibilita a responsabilização penal da pessoa jurídica.
2. (Juiz Federal/TRF 5.ª Região – 2007) Considerando os crimes contra o meio ambiente, julgue o item a seguir.

Conforme a teoria da dupla imputação, somente ocorrerá a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais se houver a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício.

**3. (XIII Juiz Federal – 3.ª Região/SP-MS – 2006) Assinale a alternativa incorreta:**

- (A) Quem executa extração de recursos minerais sem autorização da autoridade competente (Ibama, DNPM) comete o crime do art. 55 da Lei n.º 9.605/98 (executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida) em concurso formal com o delito do art. 2.º da Lei n.º 8.176/91 (constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, produzir bens ou explorar matérias-primas pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo);
- (B) A responsabilização criminal da pessoa jurídica por crime ambiental – que exclui a responsabilidade das pessoas naturais autoras ou concorrentes para a realização do fato punível – é restrita por força da Lei n.º 9.605/98 às pessoas privadas. Recebida denúncia oferecida contra a pessoa jurídica é possível a impetração de *habeas corpus* visando o trancamento da ação penal;
- (C) Tanto a grafiteagem quanto a pichação de qualquer edifício urbano ou monumento constitui crime contra o ordenamento urbano e patrimônio cultural, previsto na Lei n.º 9.605/95; o mesmo ocorre se o agente sujá-los ou maculá-los, mas desde que atue intencionalmente. Entretanto, trata-se de infração de menor potencial ofensivo;
- (D) O chamado “crime de poluição” (art. 54 da Lei n.º 9.605/98) é um tipo penal aberto que abarca qualquer tipo de degradação da qualidade ambiental – visual, sonora, atmosférica, terrestre e da biosfera em geral –, mas sua correta conformação depende de perícia que permita avaliação de elementos normativos do tipo. Admite a forma culposa. Trata-se de delito que aceita conduta omissiva.

**4. (85.º Promotor de Justiça – MP/SP) Em relação a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, analise as seguintes afirmações e assinale a alternativa correta.**

- I – Não é admitida no Direito brasileiro, em face da adoção pela lei dos princípios da pessoalidade e da culpabilidade, e da assertiva *societas delinquere non potest*.
- II – O reconhecimento da responsabilidade penal de pessoa jurídica por crime de poluição implica, pela impossibilidade de *bis in idem*, na não responsabilização penal pessoal dos diretores da sociedade, pelos mesmos fatos.
- III – O Direito Penal brasileiro admite a responsabilização penal da pessoa jurídica, prevendo a aplicação, exclusivamente, das penas de multa e prestação de serviços à comunidade.
- (A) Apenas a afirmação I é incorreta.
- (B) Apenas a afirmação II é incorreta.
- (C) Todas as afirmações são incorretas.
- (D) Apenas a afirmação III é correta.
- (E) Apenas as afirmações II e III são corretas.

**5. (Juiz do Trabalho/TRT 23.ª Região – 2007) Analise as proposições abaixo formuladas, e marque a alternativa correta:**

- I – Diz-se o crime consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;
- II – Diz-se o crime tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente;
- III – O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados;
- IV – 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.

V – Quanto ao conceito analítico de crime, há duas teorias, a primeira, denominada de tripartite, segundo a qual crime é todo fato típico, antijurídico e culpável e, a segunda, considera crime todo fato típico e antijurídico.

- (A) está correto apenas o item I;
- (B) estão corretos apenas os itens I e II;
- (C) estão corretos apenas os itens I, II, III;
- (D) estão corretos apenas os itens I, II, III e IV;
- (E) todos os itens estão corretos.

**6. (II Defensoria Pública/SP – 2007) A diferença entre crime e contravenção penal está estabelecida**

- (A) pelo Código Penal.
- (B) pela Lei de Contravenções Penais.
- (C) pela Lei n.º 9.099/95 (Juizados Especiais).
- (D) pela Lei de Introdução ao Código Penal.
- (E) pela Constituição Federal.

**7. (87.º MP/SP – 2010) Assinale a alternativa correta:**

- (A) ocorre a chamada adequação típica mediata quando o fato se amolda ao tipo legal sem a necessidade de qualquer outra norma.
- (B) o princípio da insignificância incide diretamente sobre a punibilidade do agente.
- (C) a exigência de um conteúdo material do crime não se satisfaz com a simples subsunção formal das condutas humanas.
- (D) a constitucionalização do Direito Penal limita-se à valorização do princípio da legalidade estrita e ao conteúdo formal do princípio da reserva legal.
- (E) a ultratividade *in melius* da lei penal significa que a lei posterior aplica-se a eventos passados, salvo quando ela beneficia o réu.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

**Obs.:** Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no site [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

## CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES

Sumário: 9.1. Introdução; 9.1.1. Crimes comuns, próprios e de mão própria; 9.1.2. Crimes simples e complexos; 9.1.3. Crimes materiais, formais e de mera conduta; 9.1.4. Crimes instantâneos, permanentes, de efeitos permanentes e a prazo; 9.1.5. Crimes unissubjetivos, plurissubjetivos e eventualmente coletivos; 9.1.6. Crimes de subjetividade passiva única e de dupla subjetividade passiva; 9.1.7. Crimes de dano e de perigo; 9.1.8. Crimes unissubsistentes e plurissubsistentes; 9.1.9. Crimes comissivos, omissivos e de conduta mista; 9.1.10. Crimes de forma livre e de forma vinculada; 9.1.11. Crimes mono-ofensivos e pluri-ofensivos; 9.1.12. Crimes principais e acessórios; 9.1.13. Crimes transeuntes e não transeuntes; 9.1.14. Crimes à distância, plurilocais e em trânsito; 9.1.15. Crimes independentes e conexos; 9.1.16. Crimes condicionados e incondicionados; 9.1.17. Outras classificações – 9.2. Questões.

### 9.1. INTRODUÇÃO

A classificação dos crimes pode ser legal ou doutrinária.

**Classificação legal** é a qualificação, ou seja, o nome atribuído ao delito pela lei penal. A conduta de “matar alguém” é denominada pelo art. 121 do Código Penal de homicídio. Na Parte Especial do Código Penal, todo crime é acompanhado por sua denominação legal (*nomen iuris*), também chamada de rubrica marginal.

**Classificação doutrinária** é o nome dado pelos estudiosos do Direito Penal às infrações penais. Será, doravante, objeto do nosso estudo.

#### 9.1.1. Crimes comuns, próprios e de mão própria

Essa divisão se baseia na qualidade do sujeito ativo.

**Crimes comuns** ou gerais: são aqueles que podem ser praticados por qualquer pessoa. O tipo penal não exige, em relação ao sujeito ativo, nenhuma



condição especial. Exemplos: homicídio, furto, extorsão mediante sequestro, crimes contra a honra, etc.

Fala-se também em **crimes bicomuns**, compreendidos como aqueles que podem ser cometidos por qualquer pessoa e contra qualquer pessoa, isto é, não se reclama nenhuma situação especial, seja em relação ao sujeito ativo, seja no tocante ao sujeito passivo. É o caso da lesão corporal e do estelionato, entre tantos outros delitos.

**Crimes próprios ou especiais:** são aqueles em que o tipo penal exige uma situação fática ou jurídica diferenciada por parte do sujeito ativo. Exemplos: peculato (só pode ser praticado por funcionário público) e receptação qualificada pelo exercício de atividade comercial ou industrial, delito previsto no art. 180, § 1.º, do Código Penal (somente pode ser praticado pelo comerciante ou industrial). Admitem coautoria e participação.<sup>1</sup>

Os crimes próprios dividem-se em **puros** e **impuros**. Naqueles, a ausência da condição imposta pelo tipo penal leva à atipicidade do fato (exemplo: prevaricação, pois, excluída a elementar “funcionário público”, não subsiste crime algum), enquanto que nestes a exclusão da especial posição do sujeito ativo acarreta na desclassificação para outro delito (exemplo: peculato doloso, pois, afastando-se a elementar “funcionário público”, o fato passará a constituir crime de furto ou apropriação indébita, conforme o caso).

Fala-se ainda em **crimes próprios com estrutura inversa**, classificação relativa aos crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração em geral (crimes funcionais). Como lecionam Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa Junior:

Os delitos funcionais dispõem, entretanto, entre os crimes próprios, de uma característica de todo particular. Nelas, a qualificação subjetiva não precede o fato, mas deriva do sujeito por uma atividade que ele exercita no momento do fato. [...] Em outras palavras: o *prius* lógico dos crimes funcionais é que o sujeito, na situação concreta, esteja exercitando uma função pública. Desse dado de fato deriva a qualificação de funcionário público, necessária à configuração dos crimes. Logo, os delitos funcionais podem ser classificados como “delitos próprios com estrutura inversa”, no sentido de que é necessário indagar sobre o fato antes de concluir que a qualificação subjetiva de funcionário público subsista realmente.<sup>2</sup>

Existem também os chamados **crimes bipróprios**, é dizer, delitos que exigem uma peculiar condição (fática ou jurídica) no tocante ao sujeito ativo e ao sujeito passivo. É o caso do infanticídio, que somente pode ser praticado pela mãe contra o próprio filho nascente ou recém-nascido.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> STJ: REsp 575.684/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6.ª Turma, j. 04.10.2005.

<sup>2</sup> PAGLIARO, Antonio; e COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 24.

<sup>3</sup> Atente-se para um dado interessante: o estupro, na redação original do Código Penal, era crime bipróprio, pois somente podia ser praticado por homem contra mulher, entretanto, após a entrada em vigor da

**Crimes de mão própria, de atuação pessoal ou de conduta infungível:** são aqueles que somente podem ser praticados pela pessoa expressamente indicada no tipo penal. É o caso do falso testemunho (CP, art. 342).

Tais crimes não admitem coautoria, mas somente participação, eis que a lei não permite delegar a execução do crime a terceira pessoa.<sup>4</sup> No caso do falso testemunho, o advogado do réu pode, por exemplo, induzir, instigar ou auxiliar a testemunha a faltar com a verdade, mas jamais poderá, em juízo, mentir em seu lugar ou juntamente com ela.

### 9.1.2. Crimes simples e complexos

A classificação se refere à estrutura da conduta delineada pelo tipo penal.

**Crime simples:** é aquele que se amolda em um único tipo penal. É o caso do furto (CP, art. 155).

**Crime complexo:** é aquele que resulta da união de dois ou mais tipos penais. Fala-se, nesse caso, em **crime complexo em sentido estrito**. O crime de roubo (CP, art. 157), por exemplo, é oriundo da fusão entre furto e ameaça (no caso de ser praticado com emprego de grave ameaça – CP, art. 147) ou furto e lesão corporal (se praticado mediante violência contra a pessoa – CP, art. 129). Denominam-se **famulativos** os delitos que compõem a estrutura unitária do crime complexo.<sup>5</sup>

De seu turno, **crime complexo em sentido amplo** é o que deriva da fusão de um crime com um comportamento por si só penalmente irrelevante, a exemplo da denúncia caluniosa (CP, art. 339), originária da união da calúnia (CP, art. 138) com a conduta lícita de noticiar à autoridade pública a prática de uma infração penal e sua respectiva autoria.

### 9.1.3. Crimes materiais, formais e de mera conduta

A divisão diz respeito à relação entre a conduta e o resultado naturalístico, compreendido como a modificação do mundo exterior, provocada pela conduta do agente.

**Crimes materiais ou causais:** são aqueles em que o tipo penal aloja em seu interior uma conduta e um resultado naturalístico, sendo a ocorrência deste último necessária para a consumação. É o caso do homicídio (CP, art.

Lei 12.015/2009, passou a ser delito bicomum, pois qualquer pessoa (homem ou mulher) pode figurar como seu sujeito ativo ou passivo.

<sup>4</sup> Há somente uma exceção a esta regra, consistente no crime de falsa perícia (CP, art. 342) praticado em concurso por dois peritos, contadores, tradutores ou intérpretes. Trata-se de crime de mão própria cometido em coautoria.

<sup>5</sup> STF: HC 71.069/SP, rel. Min. Celso de Mello, 1.ª Turma, j. 10.05.1994.

121). A conduta é “matar alguém”, e o resultado naturalístico ocorre com o falecimento da vítima, operando-se com ele a consumação.

**Crimes formais, de consumação antecipada ou de resultado cortado:** são aqueles nos quais o tipo penal contém em seu bojo uma conduta e um resultado naturalístico, mas este último é desnecessário para a consumação. Em síntese, malgrado possa se produzir o resultado naturalístico, o crime estará consumado com a mera prática da conduta.

Na extorsão mediante sequestro (CP, art. 159), basta a privação da liberdade da vítima com o escopo de obter futura vantagem patrimonial indevida como condição ou preço do resgate. Ainda que a vantagem não seja obtida pelo agente, o crime estará consumado com a realização da conduta.

No caso da ameaça (CP, art. 147), a vítima pode até sentir-se amedrontada com a promessa de mal injusto e grave, mas isso não é necessário para a consumação do crime.

Na injúria (CP, art. 140), a pessoa contra quem foi dirigida a ofensa pode considerar-se menosprezada. Não se exige, contudo, que isso ocorra. Basta que as palavras proferidas tenham potencialidade para violar a honra subjetiva, isto é, a dignidade e o decoro que a pessoa tem no tocante a si própria.

Outro exemplo é o crime de extorsão (CP, art. 158). Nos moldes da Súmula 96 do Superior Tribunal de Justiça: “O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida”.

**Crimes de mera conduta ou de simples atividade:** são aqueles em que o tipo penal se limita a descrever uma conduta, ou seja, não contém resultado naturalístico, razão pela qual ele jamais poderá ser verificado. É o caso do ato obsceno (CP, art. 233).

Na definição de Manoel Pedro Pimentel: “Crime de mera conduta é aquele em que a ação ou a omissão bastam para constituir o elemento material (objetivo) da figura típica penal”.<sup>6</sup>

#### 9.1.4. Crimes instantâneos, permanentes, de efeitos permanentes e a prazo

A classificação se refere ao momento em que o crime se consuma.

**Crimes instantâneos ou de estado:** são aqueles cuja consumação se verifica em um momento determinado, sem continuidade no tempo. É o caso do furto (CP, art. 155).

**Crimes permanentes:** são aqueles cuja consumação se prolonga no tempo, por vontade do agente. O ordenamento jurídico é agredido reiteradamente, razão pela qual a prisão em flagrante é cabível a qualquer momento,

<sup>6</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes de mera conduta*. 3. ed. São Paulo: RT, 1975. p. 64.

enquanto perdurar a situação de ilicitude. Como decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

O delito de tráfico de entorpecente consuma-se com a prática de qualquer uma das dezoito ações identificadas no núcleo do tipo, todas de natureza permanente que, quando preexistentes à atuação policial, legitimam a prisão em flagrante, sem que se possa falar em flagrante forjado ou preparado.<sup>7</sup>

Os crimes permanentes se subdividem em:

- a) **necessariamente permanentes:** são aqueles que para a consumação é imprescindível a manutenção da situação contrária ao Direito por tempo juridicamente relevante. É o caso do sequestro (CP, art. 148);
- b) **eventualmente permanentes:** em regra são crimes instantâneos, mas, no caso concreto, a situação de ilicitude pode ser prorrogada no tempo pela vontade do agente. Como exemplo pode ser indicado o furto de energia elétrica (CP, art. 155, § 3.º).

**Crimes instantâneos de efeitos permanentes:** são aqueles cujos efeitos subsistem após a consumação, independentemente da vontade do agente, tal como ocorre na bigamia (CP, art. 235).

**Crimes a prazo:** são aqueles cuja consumação exige a fluência de determinado período. É o caso da lesão corporal de natureza grave em decorrência da incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias (CP, art. 129, § 1.º, I), e do sequestro em que a privação da liberdade dura mais de 15 dias (CP, art. 148, § 1.º, III).

#### 9.1.5. Crimes unissubjetivos, plurissubjetivos e eventualmente coletivos

Diz respeito ao número de agentes envolvidos com a conduta criminosa.

**Crimes unissubjetivos, unilaterais, monossubjetivos ou de concurso eventual:** são praticados por um único agente. Admitem, entretanto, o concurso de pessoas. É o caso do homicídio (CP, art. 121).

**Crimes plurissubjetivos, plurilaterais ou de concurso necessário:** são aqueles em que o tipo penal reclama a pluralidade de agentes, que podem ser coautores ou partícipes, imputáveis ou não, conhecidos ou desconhecidos, e inclusive pessoas em relação às quais já foi extinta a punibilidade. Subdividem-se em:

<sup>7</sup> RHC 20283/SP, rel. Min. Gilson Dipp, 5.ª Turma, j. 24.02.2007.

- a) **crimes bilaterais ou de encontro:** o tipo penal exige dois agentes, cujas condutas tendem a se encontrar. É o caso da bigamia (CP, art. 235);
- b) **crimes coletivos ou de convergência:** o tipo penal reclama a existência de três ou mais agentes. Podem ser:
  - b.1) **de condutas contrapostas:** os agentes devem atuar uns contra os outros. É o caso da rixa (CP, art. 137);
  - b.2) **de condutas paralelas:** os agentes se auxiliam, mutuamente, com o objetivo de produzirem o mesmo resultado. É o caso da quadrilha ou bando (CP, art. 288).

Não se devem confundir, todavia, os crimes plurissubjetivos com os de **participação necessária**. Estes podem ser praticados por uma única pessoa, nada obstante o tipo penal reclame a participação necessária de outra pessoa, que atua como sujeito passivo e, por esse motivo, não é punido (ex: rufianismo – CP, art. 230).

**Crimes eventualmente coletivos:** são aqueles em que, não obstante o seu caráter unilateral, a diversidade de agentes atua como causa de majoração da pena, tal como se dá no furto qualificado (CP, art. 155, § 4.º, IV) e no roubo circunstanciado (CP, art. 157, § 2.º, II).

#### 9.1.6. Crimes de subjetividade passiva única e de dupla subjetividade passiva

A classificação se relaciona com o número de vítimas.

**Crimes de subjetividade passiva única:** são aqueles em que consta no tipo penal uma única vítima. É o caso da lesão corporal (CP, art. 129).

**Crimes de dupla subjetividade passiva:** são aqueles em que o tipo penal prevê a existência de duas ou mais vítimas, tal como se dá no aborto sem o consentimento da gestante, em que se ofendem a gestante e o feto (CP, art. 125), e na violação de correspondência, na qual são vítimas o remetente e o destinatário (CP, art. 151).

#### 9.1.7. Crimes de dano e de perigo

Essa classificação se refere ao grau de intensidade do resultado almejado pelo agente como consequência da prática da conduta.

**Crimes de dano ou de lesão:** são aqueles cuja consumação somente se produz com a efetiva lesão do bem jurídico. Como exemplos podem ser lembrados os crimes de homicídio (CP, art. 121), lesões corporais (CP, art. 129) e dano (CP, art. 163).

**Crimes de perigo:** são aqueles que se consumam com a mera exposição do bem jurídico penalmente tutelado a uma situação de perigo, ou seja, basta a probabilidade de dano. Subdividem-se em:

- a) **crimes de perigo abstrato, presumido ou de simples desobediência:** consumam-se com a prática da conduta, automaticamente. Não se exige a comprovação da produção da situação de perigo. Ao contrário, há presunção absoluta (*iuris et de iure*) de que determinadas condutas acarretam perigo a bens jurídicos. É o caso do tráfico de drogas (Lei 11.343/2006, art. 33, *caput*). Esses crimes estão em sintonia com a Constituição Federal, mas devem ser instituídos pelo legislador com parcimônia, evitando-se a desnecessária inflação legislativa;
- b) **crimes de perigo concreto:** consumam-se com a efetiva comprovação, no caso concreto, da ocorrência da situação de perigo. É o caso do crime de perigo para a vida ou saúde de outrem (CP, art. 132);
- c) **crimes de perigo individual:** atingem uma pessoa ou um número determinado de pessoas, tal como no perigo de contágio venéreo (CP, art. 130);
- d) **crimes de perigo comum ou coletivo:** atingem um número indeterminado de pessoas, como no caso da explosão criminosa (CP, art. 251);
- e) **crimes de perigo atual:** o perigo está ocorrendo, como no abandono de incapaz (CP, art. 133);
- f) **crimes de perigo iminente:** o perigo está prestes a ocorrer;
- g) **crimes de perigo futuro ou mediato:** a situação de perigo decorrente da conduta se projeta para o futuro, como no porte ilegal de arma de fogo permitido ou restrito (Lei 10.826/2003, arts. 14 e 16).

### 9.1.8. Crimes unissubsistentes e plurissubsistentes

Dizem respeito ao número de atos executórios que integram a conduta criminosa.

**Crimes unissubsistentes:** são aqueles cuja conduta se revela mediante um único ato de execução, capaz de por si só produzir a consumação, tal como nos crimes contra a honra praticados com o emprego da palavra.

Não admitem a tentativa, pois a conduta não pode ser fracionada, e, uma vez realizada, acarreta automaticamente na consumação.

**Crimes plurissubsistentes:** são aqueles cuja conduta se exterioriza por meio de dois ou mais atos, os quais devem somar-se para produzir a consumação. É o caso do crime de homicídio praticado por diversos golpes de faca.

É possível a tentativa justamente em virtude da pluralidade de atos executórios.

### 9.1.9. Crimes comissivos, omissivos e de conduta mista

A divisão se relaciona à forma pela qual é praticada a conduta criminosa.

**Crimes comissivos ou de ação:** são os praticados mediante uma conduta positiva, um fazer, tal como se dá no roubo (CP, art. 157). Nessa categoria se enquadra a ampla maioria dos crimes.

**Crimes omissivos ou de omissão:** são os cometidos por meio de uma conduta negativa, de uma inação, de um não fazer. Subdividem-se em:

a) **Crimes omissivos próprios ou puros:** a omissão está contida no tipo penal, ou seja, a descrição da conduta prevê a realização do crime por meio de uma conduta negativa.

Não há previsão legal do dever jurídico de agir, de forma que o crime pode ser praticado por qualquer pessoa que se encontre na posição indicada pelo tipo penal. Nesses casos, o omitente não responde pelo resultado naturalístico eventualmente produzido, mas somente pela sua omissão.

Exemplo típico é o crime de omissão de socorro, definido pelo art. 135 do Código Penal:

**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.

A leitura do tipo penal permite algumas conclusões:

- 1) A conduta omissiva está **descrita na lei**, seja na modalidade “deixar de prestar”, seja na variante “não pedir”. O agente responde penalmente pela sua inação, pois deixou de fazer algo determinado por lei;
- 2) **Qualquer pessoa pode praticar** o crime de omissão de socorro. Basta se omitir quando presente a possibilidade de prestar assistência, sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo. E, mediatemente, qualquer indivíduo pode se omitir quando não for possível prestar assistência sem risco pessoal, deixando de pedir o socorro da autoridade pública;
- 3) Os crimes omissivos próprios são **unissubsistentes**, isto é, a conduta é composta de um único ato. Dessa forma, ou o agente presta assistência, e não há crime, ou deixa de prestá-la, e o crime estará consumado. Enquadram-se no rol dos crimes de mera conduta; e
- 4) Como decorrência da conclusão anterior, os crimes omissivos próprios ou puros **não admitem a forma tentada**.

**b) Crimes omissivos impróprios, espúrios ou comissivos por omissão:** o tipo penal aloja em sua descrição uma ação, uma conduta positiva, mas a omissão do agente, que descumpra seu **dever jurídico de agir**, acarreta a produção do resultado naturalístico e a sua conseqüente responsabilização penal.

As hipóteses de dever jurídico de agir<sup>8</sup> foram previstas no art. 13, § 2.º, do Código Penal: (a) dever legal; (b) posição de garantidor; e (c) ingerência.

O crime de homicídio foi tipificado por uma conduta positiva: “Matar alguém”. Questiona-se: **É possível praticar homicídio por omissão?**

Depende. Se presente o dever jurídico de agir, a resposta é positiva. Não se admite, contudo, se o agente não se encontrar em tal posição jurídica.

Assim, uma mãe pode matar o próprio filho de tenra idade, seja ministrando-lhe veneno, seja deixando de alimentá-lo dolosamente, ceifando-lhe a vida.

Note-se que tais crimes entram também na categoria dos “**próprios**”, uma vez que somente podem ser cometidos por quem possui o dever jurídico de agir.

São ainda **crimes materiais**, pois o advento do resultado naturalístico é imprescindível à consumação do delito.

Finalmente, **aditem a tentativa**. No exemplo citado, a genitora poderia abandonar a casa e fugir, lá deixando o filho esfomeado. Entretanto, o choro da criança poderia ser notado por um vizinho, o qual arrombaria a porta do imóvel e prestaria socorro à criança, alimentando-a e a ela dispensando os cuidados necessários. O resultado teria deixado de ocorrer por circunstâncias alheias à vontade da mãe, configurando a tentativa de homicídio.

**c) Crimes omissivos por comissão:** nestes crimes há uma ação provocadora da omissão. Exemplo: o funcionário público responsável por uma repartição impede que uma funcionária subalterna, com problemas de saúde, seja socorrida, e ela vem a falecer. Essa categoria não é reconhecida por grande parte da doutrina.

**d) Crimes omissivos “quase impróprios”:** esta classificação, ignorada pelo direito penal brasileiro, diz respeito aos crimes em que a omissão não produz uma lesão ao bem jurídico, como nos crimes omissivos próprios, mas apenas um perigo, que pode ser abstrato ou concreto. Nas hipóteses de perigo concreto, tutela-se um bem jurídico naturalístico (exemplo: a vida humana), ao passo que, nos casos de perigo abstrato, busca-se a proteção de um bem jurídico normativo (exemplo: uma obrigação jurídica). Alberto Cadoppi, citado por Fabio Roberto D’Avila, assim se pronuncia ao discorrer sobre tais bens jurídicos:

Bens esses que, em termos de ofensividade, detêm uma diferença substancial: a vida, como um bem “negativo” ou “absoluto”, somente pode ser ofendida

<sup>8</sup> A matéria será minuciosamente estudada por ocasião da análise da relação de causalidade.



através da produção de um evento danoso e, nesta medida, por um crime comissivo (ou omissivo impróprio), enquanto a obrigação creditícia, como um bem “positivo” ou “relativo”, somente pode ser ofendida pela ausência de produção de um evento vantajoso e, desta forma, por um crime omissivo próprio. Os crimes omissivos “quase impróprios” são, nessa medida, nada mais que crimes omissivos próprios postos na tutela de um interesse absoluto, estando, por isso, limitados às hipóteses de perigo abstrato ou concreto.<sup>9</sup>

**Crimes de conduta mista:** são aqueles em que o tipo penal é composto de duas fases distintas, uma inicial e positiva, outra final e omissiva. É o exemplo do crime de apropriação de coisa achada, definido pelo art. 169, parágrafo único, II, do Código Penal: “[...] quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entregá-la à autoridade competente, dentro no prazo de 15 dias”.

Inicialmente, o agente encontra uma coisa perdida e dela se apropria (conduta positiva). Depois, deixa de restituí-la a quem de direito ou de entregá-la à autoridade competente, no prazo de 15 dias (conduta negativa).

#### 9.1.10. Crimes de forma livre e de forma vinculada

Essa divisão se relaciona ao modo de execução admitido pelo crime.

**Crimes de forma livre:** são aqueles que admitem qualquer meio de execução. É o caso da ameaça (CP, art. 147), que pode ser cometida com emprego de gestos, palavras, escritos, símbolos etc.

**Crimes de forma vinculada:** são aqueles que apenas podem ser executados pelos meios indicados no tipo penal. É o caso do crime de perigo de contágio venéreo (CP, art. 130), que somente admite a prática mediante relações sexuais ou atos libidinosos.

#### 9.1.11. Crimes mono-ofensivos e pluriofensivos

Essa divisão é atinente ao número de bens jurídicos atingidos pela conduta criminosa, e guarda íntima relação com a estrutura do crime (crimes simples ou complexos).

**Crimes mono-ofensivos:** são aqueles que ofendem um único bem jurídico. É o caso do furto (CP, art. 155), que viola o patrimônio.

**Crimes pluriofensivos:** são aqueles que atingem dois ou mais bens jurídicos, tal como no latrocínio (CP, art. 157, § 3.º, parte final), que afronta a vida e o patrimônio.

<sup>9</sup> D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 291-292.

### 9.1.12. Crimes principais e acessórios

Refere-se à existência autônoma ou não do crime.

**Crimes principais:** são os que possuem existência autônoma, isto é, independem da prática de um crime anterior. É o caso do estupro (CP, art. 213).

**Crimes acessórios, de fusão ou parasitários:** dependem da prática de um crime anterior, tal como na receptação (CP, art. 180), nos crimes de favorecimento pessoal e real (CP, arts. 348 e 349) e na lavagem de dinheiro (Lei 9.613/1998, art. 1.º).

Nos termos do art. 108 do Código Penal, a extinção da punibilidade do crime principal não se estende ao crime acessório.

### 9.1.13. Crimes transeuntes e não transeuntes

Essa divisão se relaciona à necessidade ou não da elaboração de exame de corpo de delito para atuar como prova da existência do crime.

**Crimes transeuntes ou de fato transitório:** são aqueles que não deixam vestígios materiais, como no caso dos crimes praticados verbalmente (ameaça, desacato, injúria, calúnia, difamação etc.).

**Crimes não transeuntes ou de fato permanente:** são aqueles que deixam vestígios materiais, tais como o homicídio (CP, art. 121) e as lesões corporais (CP, art. 129).

Nos crimes não transeuntes, a falta de exame de corpo de delito leva à nulidade da ação penal, enquanto nos delitos transeuntes não se realiza a perícia (CPP, arts. 158 e 564, III, "b").

### 9.1.14. Crimes à distância, plurilocais e em trânsito

Coaduna-se com o local em que se produz o resultado.

**Crimes à distância:** são aqueles cuja conduta e resultado ocorrem em países diversos. Como analisado na parte relativa ao lugar do crime, o art. 6.º do Código Penal acolheu a **teoria mista ou da ubiquidade**.

**Crimes plurilocais:** são aqueles cuja conduta e resultado se desenvolvem em comarcas diversas, sediadas no mesmo país. No tocante às regras de competência, o art. 70 do Código de Processo Penal dispõe que, nesse caso, será competente para o processo e julgamento do crime o juízo do local em que se operou a consumação. Há, contudo, exceções.

**Crimes em trânsito:** são aqueles em que somente uma parte da conduta ocorre em um país, sem lesionar ou expor a situação de perigo bens jurídicos de pessoas que nele vivem. Exemplo: "A", da Argentina, envia para os Estados Unidos uma missiva com ofensas a "B", e essa carta passa pelo território brasileiro.

### 9.1.15. Crimes independentes e conexos

A classificação se importa com o vínculo existente entre dois ou mais crimes.

**Crimes independentes:** são aqueles que não apresentam nenhuma ligação com outros delitos.

**Crimes conexos:** são os que estão interligados entre si. Essa conexão pode ser penal ou processual penal. A **conexão material ou penal**, que nos interessa, divide-se em:

a) **teleológica ou ideológica:** o crime é praticado para assegurar a execução de outro delito. É o caso de matar o segurança para sequestrar o empresário;

b) **consequencial ou causal:** o crime é cometido para assegurar a ocultação, impunidade ou vantagem de outro delito. Exemplos: matar uma testemunha para manter impune o delito, e assassinar o comparsa para ficar com todo o produto do crime.

Essas duas espécies de conexão têm previsão legal. Funcionam como qualificadoras no crime de homicídio (CP, art. 121, § 2.º, V) e como agravantes genéricas nos demais crimes (CP, art. 61, II, alínea "b");

c) **ocasional:** o crime é praticado como consequência da ocasião, da oportunidade proporcionada por outro delito. Exemplo: um ladrão, após praticar o roubo, decide estuprar a vítima que estava no interior da loja assaltada. O agente responde por ambos os crimes, em concurso material. Trata-se de criação doutrinária e jurisprudencial, sem amparo legal.

### 9.1.16. Crimes condicionados e incondicionados

O critério reside na liberdade ou não para iniciar a persecução penal contra o responsável pela prática de um crime.

**Crimes condicionados:** são aqueles em que a inauguração da persecução penal depende de uma condição objetiva de procedibilidade. É o caso do crime de ameaça, de ação penal pública condicionada à representação do ofendido ou de seu representante legal (CP, art. 147). Anote-se que a legislação penal indica expressamente a condição de procedibilidade, quando necessária, pois a ausência de menção direta acarreta a conclusão de tratar-se de crime de ação penal pública incondicionada.

**Crimes incondicionados:** são aqueles em que a instauração da persecução penal é livre. Constituem a ampla maioria de delitos no Brasil. O Estado pode iniciá-la sem nenhuma autorização, como ocorre no crime de homicídio, de ação penal pública incondicionada.

### 9.1.17. Outras classificações

#### 9.1.17.1. *Crime gratuito*

É o praticado sem motivo conhecido, porque todo crime tem uma motivação. Não se confunde com o motivo fútil, definido como aquele de menor importância, desproporcional ao resultado provocado pelo crime.

Com efeito, a **ausência de motivo conhecido** não deve ser equiparada ao motivo fútil. Destarte, o desconhecimento acerca do móvel do agente não deve ser colocado no mesmo nível do motivo de somenos importância. Há, todavia, adeptos de posição contrária, os quais alegam que, se um motivo ínfimo justifica a elevação da pena, com maior razão deve ser punida mais gravemente a infração penal imotivada.

#### 9.1.17.2. *Crime de impeto*

É o cometido sem premeditação, como decorrência de reação emocional repentina, tal como no homicídio privilegiado, cometido pelo agente sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima (CP, art. 121, § 1.º). Esses crimes são, normalmente, passionais (movidos pela paixão).

#### 9.1.17.3. *Crime exaurido*

É aquele em que o agente, depois de já alcançada a consumação, insiste na agressão ao bem jurídico. Não caracteriza novo crime, constituindo-se em desdobramento de uma conduta perfeita e acabada.

Em outras palavras, é o crime que, depois de consumado, alcança suas consequências finais, as quais podem configurar um indifferente penal, como no falso testemunho (CP, art. 342), que se torna exaurido com o encerramento do julgamento relativo a este crime, ou então condição de maior punibilidade, como ocorre na resistência (CP, art. 329), em que a não execução do ato dá ensejo à forma qualificada do crime.

#### 9.1.17.4. *Crime de circulação*

É o praticado com o emprego de veículo automotor, a título de dolo ou de culpa, com a incidência do Código Penal ou do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/1997).

#### 9.1.17.5. *Crime de atentado ou de empreendimento*

É aquele em que a lei pune de forma idêntica o crime consumado e a forma tentada, isto é, não há diminuição da pena em face da tentativa. É o

caso do crime de evasão mediante violência contra a pessoa (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”).

#### 9.1.17.6. *Crime de opinião ou de palavra*

É o cometido pelo excesso abusivo na manifestação do pensamento, seja pela forma escrita, seja pela forma verbal, tal como ocorre no desacato (CP, art. 331).

#### 9.1.17.7. *Crime multitudinário*

É aquele praticado pela multidão em tumulto. A lei não diz o que se entende por “multidão”, razão pela qual sua configuração deve ser examinada no caso concreto. Exemplo: agressões praticadas em um estádio por torcedores de um time de futebol.

No Direito Canônico da Idade Média, exigiam-se ao menos 40 pessoas.

#### 9.1.17.8. *Crime vago*

É aquele em que figura como sujeito passivo uma entidade destituída de personalidade jurídica, como a família ou a sociedade. Exemplo: tráfico de drogas (Lei 11.343/2006, art. 33, *caput*), no qual o sujeito passivo é a coletividade.

#### 9.1.17.9. *Crime internacional*

É aquele que, por tratado ou convenção devidamente incorporado ao ordenamento jurídico pátrio, o Brasil se comprometeu a evitar e punir, tal como o tráfico de pessoas (CP, art. 231).

#### 9.1.17.10. *Crime de mera suspeita, sem ação ou de mera posição*

Nesse crime o agente não realiza conduta penal relevante, mas é punido pela suspeita despertada pelo seu modo de agir. Essa modalidade, idealizada na Itália por Vincenzo Manzini, não encontrou amparo seguro na doutrina.

No Brasil, ainda que de forma temerária, pode ser apresentada como exemplo a contravenção penal tipificada pelo art. 25 do Decreto-lei 3.688/1941

– Lei das Contravenções Penais (posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto).

#### 9.1.17.11. *Crime inominado*

Delineado pelo uruguaio Salvagno Campos, é o que ofende regra ética ou cultural consagrada pelo Direito Penal, embora não definido em lei como infração penal. Não pode ser aceito, haja vista que o princípio da reserva legal veda a analogia *in malam partem* em âmbito criminal.

#### 9.1.17.12. *Crime habitual*

É o que somente se consuma com a prática reiterada e uniforme de vários atos que revelam um criminoso estilo de vida do agente. Cada ato, isoladamente considerado, é atípico. Com efeito, se cada ato fosse típico, restaria configurado o crime continuado. Exemplos: exercício ilegal da medicina e curandeirismo (CP, arts. 282 e 284, respectivamente).

#### 9.1.17.13. *Crime profissional*

É o crime habitual, quando cometido com finalidade lucrativa. Exemplo: rufianismo (CP, art. 230).

#### 9.1.17.14. *Quase-crime*

É o nome doutrinário atribuído ao crime impossível (CP, art. 17) e à participação impunível (CP, art. 31). Na verdade, inexiste crime.

#### 9.1.17.15. *Crime subsidiário*

É o que somente se verifica se o fato não constitui crime mais grave. É o caso do dano (CP, art. 163), subsidiário em relação ao crime de incêndio (CP, art. 250). Para Nélson Hungria, o crime subsidiário funciona como “soldado de reserva”.

#### 9.1.17.16. *Crime hediondo*

É todo aquele que se enquadra no rol do artigo 1.º da Lei 8.072/1990, na forma consumada ou tentada. Adotou-se um critério legal: crime hediondo é aquele que a lei define como hediondo.

#### 9.1.17.17. *Crime de expressão*

É o que se caracteriza pela existência de um processo intelectual interno do autor. Exemplo: falso testemunho (CP, art. 342), no qual a conduta tipificada não se funda na veracidade ou na falsidade objetiva da informação, mas na desconformidade entre a informação e a convicção pessoal do seu autor.

#### 9.1.17.18. *Crime de intenção*

É aquele em que o agente quer e persegue um resultado que não necessita ser alcançado para a consumação, como se dá na extorsão mediante sequestro (CP, art. 159).

#### 9.1.17.19. *Crime de tendência ou de atitude pessoal*

É aquele em que a tendência afetiva do autor delimita a ação típica, ou seja, a tipicidade pode ou não ocorrer em razão da atitude pessoal e interna do agente. Exemplos: toque do ginecologista na realização do diagnóstico, que pode configurar mero agir profissional ou então algum crime de natureza sexual, dependendo da tendência (libidinosa ou não), bem como as palavras dirigidas contra alguém, que podem ou não caracterizar o crime de injúria em razão da intenção de ofender a honra ou de apenas criticar ou brincar.

#### 9.1.17.20. *Crime mutilado de dois atos ou tipos imperfeitos de dois atos*

É aquele em que o sujeito pratica um delito, com a finalidade de obter um benefício posterior. Ex.: falsidade para cometer outro crime.

Nas palavras de Juarez Cirino dos Santos:

O resultado pretendido exige uma ação complementar (a falsificação do documento e a circulação do documento no tráfico jurídico). A intenção, como característica psíquica especial do tipo, aparece, geralmente, nas conjunções subordinativas finais *para, a fim de, com o fim de* etc., indicativas de finalidades transcendentais do tipo, como ocorre com a maioria dos crimes patrimoniais.<sup>10</sup>

#### 9.1.17.21. *Crime de ação violenta*

É o cometido mediante o emprego de violência contra a pessoa ou grave ameaça, como no caso do roubo (CP, art. 157).

<sup>10</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal – parte geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007. p. 163.

9.1.17.22. *Crime de ação astuciosa*

É o praticado por meio de fraude, engodo, tal como no estelionato (CP, art. 171).

9.1.17.23. *Crime falho*

É a denominação doutrinária atribuída à tentativa perfeita ou acabada, ou seja, aquela em que o agente esgota os meios executórios que tinha à sua disposição e, mesmo assim, o crime não se consuma por circunstâncias alheias à sua vontade. Exemplo: “A” desfere os seis tiros do revólver contra “B”, que mesmo ferido consegue fugir e vem a ser eficazmente socorrido.

9.1.17.24. *Crime putativo, imaginário ou erroneamente suposto*

É aquele em que o agente acredita realmente ter praticado um crime, quando na verdade cometeu um indiferente penal. Exemplo: “A” vende um pó branco, acreditando tratar-se de cocaína. Na verdade, era talco.

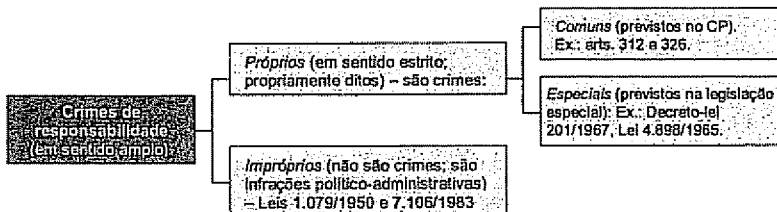
Trata-se de um “não crime”, que se divide em três espécies: a) crime putativo por erro de tipo; b) crime putativo por erro de proibição; e c) crime putativo por obra do agente provocador.

9.1.17.25. *Crime remetido*

É o que se verifica quando sua definição típica se reporta a outro crime, que passa a integrá-lo, como no uso de documento falso (“fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302” – CP, art. 304).

9.1.17.26. *Crimes de responsabilidade*

Dividem-se em próprios (são, na verdade, crimes comuns) e impróprios (infrações político-administrativas). Esses últimos são apreciados pelo Poder Legislativo, e a sua prática redundna na imposição de sanções políticas.





#### 9.1.17.27. *Crime obstáculo*

É aquele que retrata atos preparatórios tipificados como crime autônomo pelo legislador. É o caso da quadrilha ou bando (CP, art. 288).

#### 9.1.17.28. *Crime progressivo*

É aquele que para ser cometido deve o agente violar obrigatoriamente outra lei penal, a qual tipifica crime menos grave, chamado de **crime de ação de passagem**. Em síntese, o agente, pretendendo desde o início produzir o resultado mais grave, pratica sucessivas violações ao bem jurídico. Com a adoção do princípio da consunção para solução do conflito aparente de leis penais, o crime mais grave absorve o menos grave. Exemplo: relação entre homicídio e lesão corporal.

#### 9.1.17.29. *Progressão criminosa*

Verifica-se quando ocorre mutação no dolo do agente, que inicialmente realiza um crime menos grave e, após, quando já alcançada a consumação, decide praticar outro delito de maior gravidade. Há dois crimes, mas o agente responde por apenas um deles, o mais grave, em face do princípio da consunção.

Exemplo: "A" decide lesionar "B", com chutes e pontapés. Em seguida, com "B" já bastante ferido, vem a matá-lo. Responde apenas pelo homicídio, pois, uma vez punido pelo todo (morte), será também punido pela parte (lesões corporais).

#### 9.1.17.30. *Crimes de impressão*

Nos dizeres de Mário O. Folchi, são aqueles que provocam determinado estado de ânimo na vítima. Dividem-se em:

- a) *crimes de inteligência*: são praticados mediante o engano, como o estelionato (CP, art. 171);
- b) *crimes de vontade*: recaem na vontade do agente quanto à sua autodeterminação, como o sequestro (CP, art. 148); e
- c) *crimes de sentimento*: são os que incidem nas faculdades emocionais, tal como a injúria (CP, art. 140).<sup>11</sup>

#### 9.1.17.31. *Crimes militares*

São os tipificados pelo Código Penal Militar (Decreto-lei 1.001/1969). Subdividem-se em próprios e impróprios.

<sup>11</sup> FOLCHI, Mário O. *La importancia de la tipicidade en derecho penal*. Buenos Aires: Depalma, 1960, p. 87.

**Crimes militares próprios** (ou puramente militares) são os definidos exclusivamente pelo Código Penal Militar.<sup>12</sup> Exemplo: deserção (CPM, art. 187).

Por outro lado, **crimes militares impróprios** são os que encontram previsão legislativa tanto no Código Penal Militar como também no Código Penal comum, tais como furto, roubo, estupro e homicídio.

Podem ser ainda crimes militares em tempo de paz (CPM, art. 9.º) e crimes militares em tempo de guerra (CPM, art. 10).

#### 9.1.17.32. *Crimes falimentares*

São os tipificados pela Lei de Falências (Lei 11.101/2005). Podem ser ante ou pós-falimentares, conforme sejam praticados antes ou depois da sentença declaratória da falência; ou ainda próprios ou impróprios, se forem cometidos pelo falido ou por outra pessoa (exemplo: administrador judicial, contador etc.).

#### 9.1.17.33. *Crimes funcionais ou delicta in officio*

São aqueles cujo tipo penal exige seja o autor funcionário público.<sup>13</sup> Dividem-se em próprios e impróprios.

**Crimes funcionais próprios** são aqueles em que a condição de funcionário público, no tocante ao sujeito ativo, é indispensável à tipicidade do fato. A ausência desta condição conduz à atipicidade absoluta, tal como ocorre na corrupção passiva e na prevaricação (CP, arts. 317 e 319, respectivamente).

Nos **crimes funcionais impróprios, ou mistos**, se ausente a qualidade funcional, opera-se a desclassificação para outro delito. Exemplo: no peculato-furto (CP, art. 312, § 1.º), se desaparecer a condição de funcionário público no tocante ao autor, subsiste o crime de furto (CP, art. 155).

#### 9.1.17.34. *Crimes parcelares*

São os crimes da mesma espécie que compõem a série da continuidade delitiva, desde que presentes os demais requisitos exigidos pelo art. 71, *caput*, do Código Penal. Com efeito, o ordenamento penal brasileiro filiou-se, no campo do crime continuado, à teoria da ficção jurídica, razão pela qual

<sup>12</sup> Há, contudo, posição específica da Justiça castrense, a qual coloca em destaque um critério processual. Nesse sentido, crime militar próprio é aquele cuja ação penal possa ser proposta somente em face de um militar. NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcelo. *Apontamentos de direito penal militar*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1, p. 50.

<sup>13</sup> Lembre-se que aos processos relativos a crimes funcionais afiançáveis aplica-se a regra prevista no art. 514 do Código de Processo Penal.

os diversos delitos (parcelares) são considerados, para fins de aplicação da pena, como um único crime.

#### 9.1.17.35. Crimes de hermenêutica

São os que resultam unicamente da interpretação dos operadores do Direito, pois na situação concreta não existem provas, nem sequer indícios consistentes, da prática de um fato legalmente descrito como criminoso.<sup>14</sup>

## 9.2. QUESTÕES

- (Delegado de Polícia/SP – 2008) No crime de rixa em que os agentes cometem condutas contra pessoa, que, por sua vez, comporta-se da mesma maneira e é também sujeito ativo do delito, fala-se doutrinariamente em**
  - crime de condutas paralelas.
  - crime de condutas convergentes.
  - crime de condutas contrapostas.
  - crime de condutas dependentes.
  - crime de condutas monossujeitivas.
- (Delegado de Polícia/SP – 2008) O crime de evasão mediante violência contra a pessoa (art. 352 do CP), em que a pena da tentativa é a mesma do crime consumado, sem qualquer redução, recebe em doutrina o *nomen iuris* de**
  - crime de ensaio.
  - crime de encontro.
  - crime de empreendimento.
  - crime bipróprio.
  - crime de conteúdo vanado.
- (24.º Ministério Público da União/MPDFT) Julgue os itens que se seguem.**
  - Os crimes falimentares podem ser antefalimentares ou pós-falimentares.
  - Crimes militares puros ou próprios são aquelas condutas definidas apenas no Código Penal Militar.
  - Crime plurissujeitivo é aquele que, por sua conceituação típica, exige dois ou mais agentes para a prática da conduta criminosa.

**Assinale a opção correta.**

  - Todos os itens estão certos.
  - Apenas os itens I e II estão certos.
  - Apenas os itens I e III estão certos.
  - Apenas os itens II e III estão certos.
- (87.º MP/SP – 2010) Assinale a alternativa correta:**
  - crime putativo por erro de tipo pressupõe a suposição errônea do agente sobre a existência da norma penal.

<sup>14</sup> STF: Inq 2.424/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, j. 20.11.2008, noticiado no *Informativo* 529.

- (B) relativamente a tentativa, o Código Penal brasileiro adotou a teoria subjetiva.
- (C) crimes funcionais impróprios são aqueles que podem revestir-se de parcial atipicidade.
- (D) crimes subsidiários são aqueles para cuja caracterização se faz imprescindível outra norma definidora de suas elementares.
- (E) dá-se a ocorrência de crime falho quando o agente, por interferência externa, não consegue praticar todos os atos executórios necessários à consumação.
5. (86.º MP/SP – VUNESP) Assinale a alternativa correta.
- (A) Os crimes instantâneos não admitem tentativa.
- (B) Nos crimes de ação múltipla, a pluralidade de agentes integra o tipo.
- (C) É possível a tentativa em crimes comissivos por omissão.
- (D) O crime de exercício arbitrário das próprias razões é crime de mão própria.
- (E) Os crimes unissubjetivos não admitem coautoria.
6. (84.º Promotor de Justiça – MP/SP – 2005) Aponte a única alternativa na qual todas as quatro classificações são apropriadas ao delito definido no art. 269, do CP – *Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória*.
- (A) Crime omissivo impróprio, norma penal em branco, crime de perigo e crime que admite tentativa.
- (B) Crime omissivo puro, crime que não admite tentativa, crime de consumação antecipada, crime de ação múltipla.
- (C) Crime omissivo puro, crime próprio, norma penal em branco e crime de mera conduta.
- (D) Crime próprio, crime formal, crime de ação única e crime comissivo por omissão.
- (E) Crime que não admite nenhuma forma de concurso de pessoas, crime que não admite tentativa, crime permanente e crime formal.
7. (Juiz de Direito – TJ/SP – 179.º) Assinale a alternativa incorreta:
- (A) Crimes materiais descrevem a conduta e o resultado naturalístico exigido.
- (B) Crimes formais descrevem a conduta do agente e o resultado, que não é exigido para a consumação do tipo penal.
- (C) Crimes de mera conduta são aqueles sem resultado naturalístico, mas com resultado jurídico.
- (D) Crimes de mera conduta são de consumação antecipada.
8. (Juiz de Direito – TJ/SP – 179.º) Assinale a alternativa incorreta.
- (A) Crime progressivo e progressão criminosa são a mesma coisa.
- (B) No crime progressivo, o agente, para alcançar um resultado mais grave, passa por outro menos grave, havendo continência de condutas.
- (C) O crime progressivo é espécie do gênero crime complexo *lato sensu*.
- (D) A progressão criminosa *stricto sensu* se realiza quando o crime progressivo se desvincula na sua realização no tempo, ocorrendo delitos em sequência.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

**Obs.:** Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no *site* [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

## FATO TÍPICO

Sumário: 10.1. Introdução – 10.2. Conduta: 10.2.1. Teoria clássica, naturalística, mecanicista ou causal; 10.2.2. Teoria final ou finalista; 10.2.3. Teoria cibemética; 10.2.4. Teoria social; 10.2.5. Teoria jurídico-penal; 10.2.6. Apontamentos gerais sobre a conduta; 10.2.7. Formas de conduta; 10.2.8. Teorias acerca da omissão; 10.2.9. Caracteres da conduta; 10.2.10. Exclusão da conduta – 10.3. Resultado: 10.3.1. Conceito; 10.3.2. Denominação; 10.3.3. Espécies – 10.4. Relação de causalidade ou nexa causal: 10.4.1. Denominação; 10.4.2. Dispositivo legal; 10.4.3. Conceito; 10.4.4. Âmbito de aplicação; 10.4.5. Teorias; 10.4.6. Concausas; 10.4.7. Relevância da omissão; 10.4.8. A questão da dupla causalidade; 10.4.9. Teoria da imputação objetiva – 10.5. Tipicidade: 10.5.1. Conceito; 10.5.2. Evolução doutrinária; 10.5.3. Teoria dos elementos negativos do tipo; 10.5.4. Teoria da tipicidade conglobante; 10.5.5. Adequação típica: conceito e espécies – 10.6. Questões.

### 10.1. INTRODUÇÃO

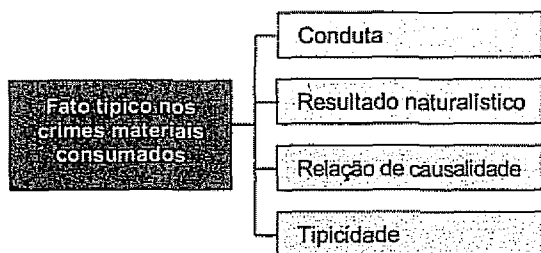
Fato típico é o fato humano<sup>1</sup> que se enquadra com perfeição aos elementos descritos pelo tipo penal. A conduta de subtrair dolosamente, para si, coisa alheia móvel, caracteriza o crime de furto, uma vez que se amolda ao modelo delineado pelo art. 155, *caput*, do Código Penal.

Em sentido contrário, fato atípico é a conduta que não encontra correspondência em nenhum tipo penal. Por exemplo, a ação do pai consistente em manter relação sexual consentida com sua filha maior de idade e plenamente capaz é atípica, pois o incesto, ainda que imoral, não é crime.

São quatro os elementos do fato típico: conduta, resultado naturalístico, relação de causalidade (nexa causal) e tipicidade.

Tais elementos estarão presentes, simultaneamente, nos crimes materiais consumados.

<sup>1</sup> Ou também o fato praticado por pessoa jurídica, em relação aos crimes ambientais definidos pela Lei 9.605/1998, para quem admite essa possibilidade. Reportamo-nos, porém, ao "fato humano" por corresponder a pessoa física como sujeito ativo da quase totalidade das infrações penais.

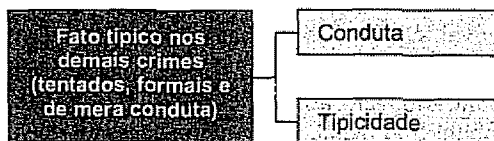


Com efeito, se o crime material é aquele em que o tipo penal aloja em seu interior uma conduta e um resultado naturalístico (modificação do mundo exterior, provocada pelo comportamento do agente), exigindo a produção deste último para a consumação, os quatro elementos estarão presentes quando consumado o delito.

De fato, a conduta produz o resultado naturalístico, ligados entre si pela relação de causalidade. E, finalmente, para ter relevância penal deve operar-se o juízo de tipicidade, isto é, subsunção entre a ação ou omissão do agente e o modelo previsto no tipo penal.

Em caso de tentativa, suprimem-se o resultado naturalístico (não produzido por circunstâncias alheias à vontade do agente) e o nexos causal, limitando-se o fato típico aos elementos conduta e tipicidade.

Nos crimes formais e de mera conduta, os componentes do fato típico também são a conduta e a tipicidade. Vale recordar que nos crimes de mera conduta jamais haverá resultado naturalístico, razão pela qual se subtrai a relação de causalidade, enquanto nos crimes formais o resultado naturalístico pode até ocorrer, mas não é necessário para a consumação.



Passemos à análise de cada um dos elementos do fato típico.

## 10.2. CONDUTA

Na delimitação do conceito de conduta reside uma das maiores discussões do Direito Penal.

Não é exagerado afirmar que a forma como atualmente se encontra desenvolvida a teoria geral do crime se deve à evolução do conceito doutrinário de conduta.

Várias teorias buscam defini-la, e a adoção de cada uma delas importa em modificações estruturais na forma de encarar o Direito Penal. Vejamos as mais importantes.

### 10.2.1. Teoria clássica, naturalística, mecanicista ou causal

Conduta é o comportamento humano voluntário que produz modificação no mundo exterior.

Essa teoria foi idealizada no século XIX por Liszt, Beling e Radbruch e foi recepcionada no Brasil por diversos penalistas de destaque, tais como Aníbal Bruno, Costa e Silva, E. Magalhães Noronha, José Frederico Marques, Basileu Garcia, Manoel Pedro Pimentel e Néelson Hungria.

Submete o Direito Penal às regras inerentes às **ciências naturais, orientadas pelas leis da causalidade**. A vontade humana engloba duas partes diversas: uma externa, objetiva, correspondente ao processo causal, isto é, ao movimento corpóreo do ser humano, e outra interna, subjetiva, relacionada ao conteúdo final da ação.

Em breve síntese, a vontade é a causa da conduta, e a conduta é a causa do resultado. Não há vontade no tocante à produção do resultado. O elemento volitivo, interno, acarreta em um movimento corporal do agente, o qual, objetivamente, produz o resultado.

A caracterização da conduta crimínosa depende somente da circunstância de o agente produzir fisicamente um resultado previsto em lei como infração penal, **independentemente de dolo ou culpa**.

Para a configuração da conduta basta apenas uma **fotografia do resultado**.

Imagine-se o seguinte exemplo: "A" trafega cautelosamente com seu carro em via pública, a 40 km/h. O limite da pista é de 60 km/h, e o veículo reúne perfeitas condições de uso. De repente, uma criança se solta dos braços da mãe, passa por trás de um ônibus que estava estacionado em local permitido e impedia a visibilidade de "A", e, inesperadamente, lança-se na direção do automóvel, chocando-se contra ele. A criança morre. O agente não tinha dolo nem culpa.

Qual é a fotografia do evento?

Resposta: "A" na direção do seu veículo automotor, uma criança morta à sua frente e o para-choque do carro amassado.

Para a teoria clássica, "A" teria praticado uma conduta penalmente relevante. Com efeito, a sua ação (dirigir o automóvel) ensejou um resultado no mundo exterior (morte da criança). Trata-se de mera relação de causa e efeito. Daí o nome: teoria causal ou mecanicista.

Presentes, assim, conduta e resultado naturalístico, bem como o nexo causal, eis que a criança morreu em consequência do suposto atropelamento. Além disso, há tipicidade, pois a conduta de “matar alguém” encontra correspondência no art. 121 do Código Penal.

Configurado, portanto, o fato típico do crime de homicídio.

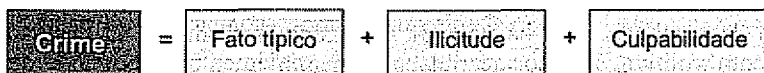
Em decorrência, questiona-se: “A teoria clássica consagra a responsabilidade penal objetiva”?

A resposta é negativa.

Mas o examinador vai insistir: “Mas como fica o elemento subjetivo (dolo ou culpa)”?

E respondemos. Na teoria clássica, dolo e culpa se alojam no interior da culpabilidade, momento em que se procede à análise do **querer interno do agente**. Por essa razão, já dissemos ao abordar o conceito analítico de crime que, para os adeptos da teoria clássica, crime é necessariamente o **fato típico, ilícito e culpável**, sob pena de restar caracterizada a responsabilidade penal objetiva.

Sistema clássico, causal, mecanicista ou naturalista



No exemplo citado, não haveria crime por ausência de culpabilidade. O fato seria típico e ilícito (pois não se encontra presente nenhuma causa de exclusão da ilicitude), mas não existiria a culpabilidade pela falta de um dos seus elementos (dolo ou culpa).

O principal defeito dessa teoria é separar a conduta praticada no mundo exterior (movimento corporal objetivo) da relação psíquica do agente (conteúdo volitivo), deixando de analisar a sua vontade.

Fica claro, portanto, que a teoria clássica não distingue a conduta dolosa da conduta culposa, pois ambas são analisadas objetivamente, uma vez que não se faz nenhuma indagação sobre a relação psíquica do agente para com o resultado.

Da mesma forma, não explica de modo idôneo os crimes omissivos próprios, nem os formais, nem os de mera conduta. Ainda, não convence no que diz respeito aos crimes tentados, pois em todos eles não há resultado naturalístico apto a possibilitar a fotografia do delito.

Bastante consagrada em décadas passadas, essa teoria foi ao longo do tempo cada vez mais abandonada, encontrando atualmente poucos seguidores.



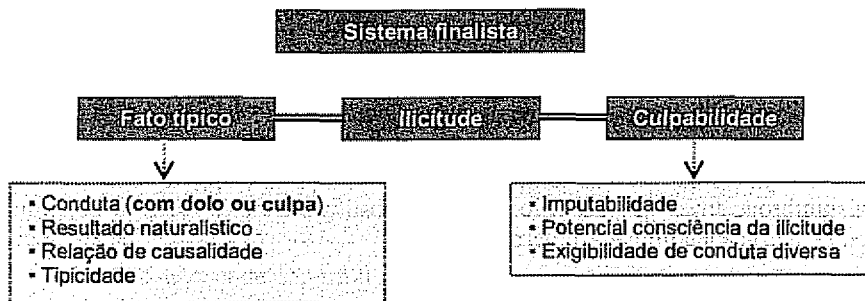
### 10.2.2. Teoria final ou finalista

Foi criada por **Hans Welzel**, jusfilósofo e penalista alemão, no início da década de 30 do século passado. Posteriormente, teve grande acolhida no Brasil, compartilhando de seus ideais ilustres penalistas, como Heleno Cláudio Fragoso, René Ariel Dotti, Damásio E. de Jesus, Julio Fabbrini Mirabete e Miguel Reale Júnior.

Tem como ponto de partida a concepção do homem como ser livre e responsável pelos seus atos. Consequentemente, as regras do Direito não podem ordenar ou proibir meros processos causais, mas apenas atos dirigidos finalisticamente, ou então a omissão de tais atos.<sup>2</sup>

Para essa teoria, conduta é o comportamento humano, consciente e voluntário, **dirigido a um fim**. Daí o seu nome *finalista*, levando em conta a finalidade do agente. Não desprezou todos os postulados da teoria clássica. Ao contrário, preservou-os, a eles acrescentando a nota da finalidade.

Uma conduta pode ser contrária ou conforme ao Direito, dependendo do elemento subjetivo do agente. Destarte, dolo e culpa, que na teoria clássica residiam na culpabilidade, foram deslocados para o interior da conduta, e, portanto, para o fato típico. Formou-se, assim, uma **culpabilidade vazia**, desprovida do dolo e da culpa.



Desta forma, o partidário do finalismo penal pode adotar um conceito analítico de crime **tripartido ou bipartido**, conforme repute a culpabilidade como elemento do crime ou pressuposto de aplicação da pena.

<sup>2</sup> "O ser humano é o ser que atua. Não está 'fixado', isto é, continua sendo para si mesmo um compromisso – e também, em outras palavras, o 'ser que toma postura'. Os atos de tomada de postura em direção externa chamamos de ações e, precisamente na medida em que continua sendo um compromisso para si mesmo, toma postura diante de si mesmo e 'converte-se em algo'. O ser humano é previsor. Necessita do que está distante, do que não está presente no espaço e tempo, vive – ao contrário do animal – no futuro e não no presente. Esta determinação faz parte das circunstâncias de uma existência na qual se atua, e o que no ser humano é consciência humana, em sentido próprio, deve ser entendido sob esta perspectiva." JAKOBS, Günther. *Fundamentos de direito penal*. Trad. André Luis Callegan. São Paulo: RT, 2003. p. 53-54.

Welzel sustentava que a causalidade exterior é cega, pois não analisa o querer interno do agente. Por seu turno, a finalidade, por ser guiada, é vidente.

No exemplo adotado em relação à teoria clássica, a resposta seria diversa no tocante à teoria finalista.

Com efeito, o comportamento de “A” não poderia ser considerado conduta penalmente relevante em face da ausência de dolo ou culpa. Não haveria crime, desde já, pela inexistência do fato típico “matar alguém”.

O Código Penal em vigor, com a Reforma da Parte Geral pela Lei 7.209/1984, parece ter manifestado preferência pelo finalismo penal. Uma forte evidência se encontra no art. 20, *caput*: “O erro sobre o elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”.

Ora, se a ausência de dolo acarreta na exclusão do fato típico (ainda que somente na forma dolosa), é porque o dolo está na conduta do agente, que deixa de ser dolosa para ser culposa.

A teoria finalista foi bastante criticada no tocante aos crimes culposos, pois não se sustentava a finalidade da ação concernente ao resultado naturalístico involuntário.

Alega-se, todavia, que no crime culposos também há vontade dirigida a um fim. Mas esse fim será conforme ou não ao Direito, de maneira que a reprovação nos crimes culposos não incide na finalidade do agente, mas nos meios por ele escolhidos para atingir a finalidade desejada, indicativos da imprudência, da negligência ou da imperícia.

Entretanto, parece que nem mesmo Welzel conseguiu adequar com precisão a teoria finalista aos crimes culposos. Na última etapa de seus estudos, vislumbrou, ainda que superficialmente, substituir a teoria finalista por uma outra teoria, denominada cibernética.

### 10.2.3. Teoria cibernética

Essa teoria leva em conta o controle da vontade, presente tanto nos crimes dolosos como nos crimes culposos.

Como já mencionado, busca compatibilizar o finalismo penal com os crimes culposos. Na explicação de Everardo da Cunha Luna:

Welzel informa que, ao tomar do campo da filosofia de Nicolai Hartmann, pela primeira vez e em 1935, o termo *finalidade*, outra expressão não existia que se adequasse ao seu pensamento sobre a ação humana. Ao surgir, porém, em 1948, com Norbert Wiener, o termo *cibernética*, seria melhor talvez preferir-lo ao termo *finalidade*, para designar a ação como fato dirigido e orientado pela vontade. Como, porém, o termo *cibernética* tem uma significação precisa

no campo da matemática, deve ser mantido o uso lingüístico jurídico-penal *finalidade*, sabendo-se, desde já, que ocasiona mal-entendidos ao ser interpretado de uma maneira estreita e literal. Se não fora o inconveniente indicado, a ação *cibernética* compreenderia, com clareza, o dolo e a culpa, abrangendo, em ambos, o que existe de juridicamente relevante, ou seja, a *direção*.<sup>3</sup>

Destarte, pelo fato de ter sido consagrada no âmbito jurídico, e mostrar-se mais pertinente ao estudo do Direito Penal, manteve-se a denominação **finalismo penal**.

#### 10.2.4. Teoria social

Para essa teoria, os ideais clássico e finalista são insuficientes para disciplinar a conduta, porque desconsiderariam uma nota essencial do comportamento humano: o seu **aspecto social**.

Nesse contexto, **Johannes Wessels**, na tentativa de equacionar esse problema, criou a teoria social da ação.

Hans-Heinrich Jescheck, partidário dessa teoria, define a conduta como o **comportamento humano com transcendência social**.<sup>4</sup>

Por comportamento deve entender-se a resposta do homem a exigências situacionais, mediante a concretização da possibilidade de reação que lhe é autorizada pela sua liberdade. Assim, socialmente relevante seria a conduta capaz de afetar o relacionamento do agente com o meio social em que se insere.

Essa teoria não exclui os conceitos causal e final de ação. Deles se vale, acrescentando-lhes o caráter da relevância social.

Para os seus defensores, a vantagem da teoria consiste no fato de o elemento sociológico cumprir a missão de permitir ao Poder Judiciário a supressão do vácuo criado pelo tempo entre a realidade jurídica e a realidade social.

Um fato não pode ser tipificado pela lei como infração penal e, simultaneamente, ser tolerado pela sociedade, caso em que estaria ausente um **elemento implícito** do tipo penal, presente em todo modelo descritivo legal, consistente na repercussão social da conduta.

Por corolário, para que o agente pratique uma infração penal é necessário que, além de realizar todos os elementos previstos no tipo penal, tenha também a intenção de produzir um **resultado socialmente relevante**.

A principal crítica que se faz a essa teoria repousa na extensão do conceito de transcendência ou relevância social, que se presta a tudo, inclusive

<sup>3</sup> LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal – Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 108.

<sup>4</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Parte general. Trad. espanhola Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 239.

a fenômenos acidentais e da natureza. A morte de uma pessoa provocada por uma enchente, por exemplo, possui relevância social, na medida em que enseja o nascimento, modificação e extinção de direitos e obrigações.

Com efeito, ao mesmo tempo em que não se pode negar relevância social ao delito, também se deve recordar que tal qualidade é inerente a todos os fatos jurídicos, e não apenas aos pertencentes ao Direito Penal.

### 10.2.5. Teoria jurídico-penal

É a teoria sustentada por **Francisco de Assis Toledo** para superar os entraves travados entre as vertentes clássica, finalista e social. Em suas palavras, essa definição almeja conciliar os pontos positivos extraídos de cada uma delas. Nesse sentido:

Ação é o comportamento humano, dominado ou dominável pela vontade, dirigido para a lesão ou para a exposição a perigo de um bem jurídico, ou, ainda, para a causação de uma previsível lesão a um bem jurídico.<sup>5</sup>

Deve ser lembrado que a palavra “ação” é empregada por Assis Toledo em sentido amplo, como sinônimo de conduta, englobando, assim, a ação propriamente dita e a omissão.

Essa teoria coloca em destaque, segundo seu autor:

- a) o comportamento humano, englobando a ação e a omissão;
- b) a vontade, exclusiva do ser humano;
- c) o “poder-de-outro-modo” (poder agir de outro modo), que permite ao homem o domínio da vontade;
- d) o aspecto causal-teleológico do comportamento; e
- e) a lesão ou perigo a um bem jurídico.

### 10.2.6. Apontamentos gerais sobre a conduta

Adotamos uma posição finalista, geralmente aceita em provas e concursos públicos.

Desse modo, conduta é a ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dirigida a um fim, consistente em produzir um resultado tipificado em lei como crime ou contravenção penal.

**Não há crime sem conduta**, pois o Direito Penal, ao contrário do sugerido por Vincenzo Manzini, não aceita os crimes de mera suspeita, isto

<sup>5</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. 13. tir. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 109.

é, aqueles em que o agente não é punido por sua conduta, mas sim pela suspeita despertada pelo seu modo de agir.

Recorde-se acerca da contravenção penal prevista no art. 25 do Decreto-lei 3.688/1941 (“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”), pois em relação a ela doutrina e jurisprudência se dividem: para uns, é válida, ao passo que outros a consideram inaceitável por enquadrar-se nos moldes do “direito penal do autor”, isto é, o agente é punido independentemente da prática de um fato concreto capaz de lesar ou expor a perigo de lesão um bem jurídico penalmente tutelado.

Quando pratica uma infração penal, o ser humano viola o preceito proibitivo (crimes comissivos) ou preceptivo (crimes omissivos) contido na lei penal, a qual pode ser proibitiva ou preceptiva.

**Leis penais proibitivas** são as que proíbem determinados comportamentos e correspondem aos crimes comissivos. Quando o tipo penal descreve uma ação, a lei penal contém um preceito proibitivo. No art. 121 do Código Penal, o preceito proibitivo é “não matar”.

Por seu turno, **leis penais preceptivas** são as que impõem a realização de uma ação, isto é, reclamam um comportamento positivo. Quando o tipo penal descreve uma omissão, a lei penal contém um preceito preceptivo, e o seu descumprimento se verifica com a omissão de um comportamento devido por lei. No art. 135 do CP, o mandamento é “prestar assistência”.

### 10.2.7. Formas de conduta

A conduta pode se exteriorizar por ação ou por omissão.

A **ação** consiste em um movimento corporal exterior. Reclama do ser humano uma postura positiva, um fazer. Relaciona-se com a maioria dos delitos, por meio de uma norma proibitiva.

Por outro lado, não se trata a **omissão** de um mero comportamento estático. É, sim, a conduta de não fazer aquilo que podia e devia ser feito em termos jurídicos, e se refere às normas preceptivas.

A omissão pode ser vislumbrada tanto quando o agente nada faz, bem como quando faz algo diferente daquilo que lhe impunha o dever jurídico de agir. Exemplo: pratica o crime de omissão de socorro, definido pelo art. 135 do Código Penal, o agente que permanece inerte diante da pessoa necessitada, assim como aquele que se afasta do local sem prestar-lhe assistência.

### 10.2.8. Teorias acerca da omissão

A teoria naturalística sustenta ser a omissão um fenômeno causal que pode ser constatado no mundo fático, pois, em vez de ser considerada uma inatividade, caracteriza-se como verdadeira espécie de ação. Portanto, quem se omite efetivamente faz alguma coisa.

Já para a teoria normativa, a omissão é um indiferente penal, pois o nada não produz efeitos jurídicos. Destarte, o omitente não responde pelo resultado, pois não o provocou.

Essa teoria, contudo, aceita a responsabilização do omitente pela produção do resultado, desde que seja a ele atribuído, por uma norma, o dever jurídico de agir. Essa é a razão de sua denominação (normativa = norma). A omissão é, assim, não fazer o que a lei determinava que se fizesse. Foi acolhida pelo Código Penal.

Em verdade, nos crimes omissivos próprios ou puros a norma impõe o dever de agir no próprio tipo penal (preceito preceptivo).

Já nos crimes omissivos impróprios, espúrios ou comissivos por omissão, o tipo penal descreve uma ação (preceito proibitivo), mas a omissão do agente, que descumprir o dever jurídico de agir, definido pelo art. 13, § 2.º, do Código Penal, acarreta a sua responsabilidade penal pela produção do resultado naturalístico.

### 10.2.9. Caracteres da conduta

A conduta se reveste das seguintes características:

- 1) O ser humano, e apenas ele, pode praticar condutas penalmente relevantes. Os acontecimentos naturais e os atos dos seres irracionais, produzidos sem a interferência do homem, não interessam ao Direito Penal. É possível, também, para quem se filia a essa posição a prática de condutas por pessoas jurídicas, relativamente aos crimes ambientais.
- 2) Somente a conduta voluntária interessa ao Direito Penal. O crime é ato exclusivo do homem, pois a vontade, qualquer que seja a teoria adotada, é elemento constitutivo da conduta. O Direito Penal se alicerça na evitabilidade, razão pela qual só são pertinentes as condutas que poderiam ser evitadas.
- 3) Apenas os atos lançados ao mundo exterior ingressam no conceito de conduta. O simples querer interno do agente (cogitação) é desprezado pelo Direito Penal. Enquanto a vontade não for libertada do claustro psíquico, não produz efeitos jurídicos.
- 4) A conduta é composta de dois elementos: um ato de vontade, dirigido a um fim, e a manifestação da vontade no mundo exterior, por meio

de uma ação ou omissão dominada ou dominável pela vontade. Esse é o elemento mecânico que concretiza no mundo fático o querer interno do agente.

#### 10.2.10. Exclusão da conduta

Apontam-se as seguintes hipóteses como de exclusão da conduta:

1) **Caso fortuito e força maior:** são os acontecimentos **imprevisíveis e inevitáveis**, que fogem do domínio da vontade do ser humano. E, se não há vontade, não há dolo nem culpa. Consequentemente, como dolo e culpa integram a conduta, não se configura esse elemento do fato típico.

Em que pese a ampla divergência doutrinária, pode-se entender o caso fortuito como o acontecimento imprevisível e inevitável provocado pelo homem (ex.: greve de ônibus), e por força maior o evento, com iguais predicados, mas decorrente da natureza (ex.: inundação provocada por uma tempestade).

2) **Atos ou movimentos reflexos:** consistem em reação motora ou secretora em consequência de uma excitação dos sentidos. O movimento corpóreo não se deve ao elemento volitivo, mas sim ao fisiológico. Ausente a vontade, estará ausente também a conduta.

É o caso do ortopedista que bate o martelinho contra o joelho do paciente. Se, em razão do reflexo, seu chute atingir o médico, não se poderá falar em lesões corporais ou na contravenção de vias de fato. Não houve vontade penalmente relevante, mas resposta fisiológica à provocação médica.

Os atos reflexos, entretanto, não se confundem com as **ações em curto circuito**, derivadas dos atos impulsivos fundamentados em emoções ou paixões violentas. Nesses casos há o elemento volitivo que estimula a conduta criminosa. Exemplo: "A" passa na direção de "B" e dele zomba, motivando-o a, repentinamente, desferir socos no provocador. Há vontade e, por corolário, conduta penalmente relevante.

Os movimentos reflexos devem ser diferenciados, ainda, dos **atos habituais, mecânicos ou automáticos**, que consistem na reiteração de um comportamento. É o caso de conduzir veículo automotor com apenas uma das mãos ao volante. Caso o agente atropеле e mate alguém, responderá pelo crime tipificado pelo art. 302 da Lei 9.503/1997 – Código de Trânsito Brasileiro, pois tal hábito era dominável pela vontade.

3) **Coação física irresistível:** também chamada de *vis absoluta*, ocorre quando o coagido não tem liberdade para agir. Não lhe resta nenhuma outra opção, a não ser praticar um ato em conformidade com a vontade do coator.

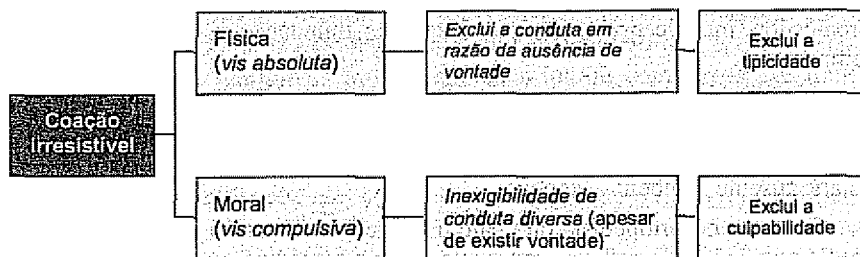
Imagine a situação em que um homem muito forte obriga fisicamente outra pessoa, bastante franzina, a apertar o gatilho de um revólver municiado

na direção de seu desafeto. Em suma, pressiona o dedo do coagido contra o gatilho. A vítima é atingida e morre.

O coagido serviu como instrumento do crime. Não agiu de forma voluntária, excluindo-se sua conduta. Nesse caso, não se pode falar, em hipótese alguma, em concurso de agentes, por falta do elemento subjetivo (convergência de vontades) exigível para tanto.

Por outro lado, na **coação moral irresistível**, ou *vis compulsiva*, o coagido pode escolher o caminho a ser seguido: obedecer ou não a ordem do coator. Como a sua vontade existe, porém de forma viciada, exclui-se a culpabilidade, em face da inexigibilidade de conduta diversa.

Em suma, enquanto a **coação física irresistível** exclui a conduta e, portanto, o fato típico, a **coação moral irresistível funciona como causa excludente da culpabilidade**, em face da inexigibilidade de conduta diversa.



4) **Sonambulismo e hipnose**: também não há conduta, por falta de vontade nos comportamentos praticados em completo estado de inconsciência.

Anote-se que a embriaguez, voluntária ou culposa, embora completa, não exclui a conduta. Subsiste a imputabilidade e, conseqüentemente, a culpabilidade (CP, art. 28, II).

## 10.3. RESULTADO

### 10.3.1. Conceito

Resultado é a consequência provocada pela conduta do agente.

### 10.3.2. Denominação

Nada obstante algumas poucas divergências, as palavras “resultado” e “evento” podem ser utilizadas como sinônimas. Anote-se, porém, existir no Brasil a preferência por “resultado”.



Essa distinção terminológica é irrelevante. Importa considerar somente o que ambas significam.<sup>6</sup>

### 10.3.3. Espécies

Em Direito Penal, o resultado pode ser jurídico ou naturalístico.

**Resultado jurídico**, ou **normativo**, é a lesão ou exposição a perigo de lesão do bem jurídico protegido pela lei penal. É, simplesmente, a violação da lei penal, mediante a agressão do valor ou interesse por ela tutelado.

**Resultado naturalístico**, ou **material**, é a modificação do mundo exterior provocada pela conduta do agente.

É comum a seguinte indagação: **Existe crime sem resultado?**

E a resposta, mais uma vez, é: **Depende.**

Não há crime sem resultado jurídico, pois todo delito agride bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal. Recorde-se do conceito material de crime, segundo o qual não há crime quando a ação ou omissão humana não lesa ou expõe a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados.

Entretanto, é possível um crime sem resultado naturalístico.

O resultado naturalístico estará presente somente nos crimes materiais consumados. Se tentado o crime, ainda que material, não haverá resultado naturalístico.

Nos crimes formais, ainda que possível sua ocorrência, é dispensável o resultado naturalístico.

E, finalmente, nos crimes de mera conduta ou de simples atividade jamais se produzirá tal espécie de resultado.

Em síntese, **todo crime tem resultado jurídico**, embora não se possa apresentar igual afirmativa em relação ao resultado naturalístico.

## 10.4. RELAÇÃO DE CAUSALIDADE OU NEXO CAUSAL

### 10.4.1. Denominação

Emprega-se, comumente, a expressão “nexo causal” para referir-se à ligação entre a conduta e o resultado.

O art. 13 do Código Penal, todavia, preferiu falar em “relação de causalidade”. Essa, portanto, é a denominação legal.

<sup>6</sup> Para um estudo aprofundado: PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes de mera conduta*. 3. ed. São Paulo: RT, 1975. p. 24-26.

### 10.4.2. Dispositivo legal

Estabelece o art. 13 do Código Penal:

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

§ 1.º 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.

§ 2.º 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.

### 10.4.3. Conceito

Relação de causalidade é o vínculo formado entre a conduta praticada por seu autor e o resultado por ele produzido.

É por meio dela que se conclui se o resultado foi ou não provocado pela conduta, autorizando, se presente a tipicidade, a configuração do fato típico.

### 10.4.4. Âmbito de aplicação

Prevalece na doutrina brasileira o entendimento de que a expressão “o resultado”, constante no início do art. 13, *caput*, do Código Penal, alcança somente o resultado naturalístico, isto é, a modificação externa provocada pela conduta praticada por alguém.

Destarte, o estudo da relação de causalidade tem pertinência apenas aos crimes materiais. Nesses delitos, o tipo penal descreve uma conduta e um resultado naturalístico, exigindo a produção desse último para a consumação. É aí que entra em cena o nexo causal, para ligar a conduta do agente ao resultado material.

Nos crimes de atividade, o resultado naturalístico pode ocorrer (formais) ou não (de mera conduta). De qualquer forma, é dispensável, pois se consumam com a simples prática da conduta ilícita.

### 10.4.5. Teorias

Destacam-se três teorias na busca de definir a relação de causalidade:

**1.ª teoria: Equivalência dos antecedentes:** também chamada de teoria da equivalência das condições, teoria da condição simples, teoria da condição generalizadora, ou, finalmente, teoria da *conditio sine qua non*, foi criada por Glaser,<sup>7</sup> e posteriormente desenvolvida por Von Buri e Stuart Mill, em 1873.

Para essa teoria, causa é todo fato humano sem o qual o resultado não teria ocorrido, quando ocorreu e como ocorreu.

**2.ª teoria: Teoria da causalidade adequada:** também chamada de teoria da condição qualificada, ou teoria individualizadora, originou-se dos estudos de Von Kries, um fisiólogo, e não jurista.

*Causa*, nesse contexto, é o antecedente, não só necessário, mas adequado à produção do resultado. Destarte, para que se possa atribuir um resultado à determinada pessoa, é necessário que ela, além de praticar um antecedente indispensável, realize uma atividade adequada à sua concretização.

Considera-se a conduta adequada quando é idônea a gerar o efeito. A idoneidade baseia-se na regularidade estatística. Donde se conclui que a conduta adequada (humana e concreta) funda-se no *id quod plerumque accidit*, excluindo os acontecimentos extraordinários, fortuitos, excepcionais, anormais. Não são levadas em conta todas as circunstâncias necessárias, mas somente aquelas que, além de indispensáveis, sejam idôneas à produção do resultado.<sup>8</sup>

Portanto, a causa adequada é aferida de acordo com o juízo do homem médio e com a experiência comum. Não basta contribuir de qualquer modo para o resultado: a contribuição deve ser eficaz.

**3.ª teoria: Teoria da imputação objetiva:** será estudada em tópico separado.

#### 10.4.5.1. Teorias adotadas pelo Código Penal

Acolheu-se, como regra, a teoria da equivalência dos antecedentes. É o que se extrai do art. 13, *caput, in fine*: “Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

*Causa*, pois, é todo o comportamento humano, comissivo ou omissivo, que de qualquer modo concorreu para a produção do resultado naturalístico. Pouco importa o grau de contribuição. Basta que tenha contribuído para o resultado material, na forma e quando ocorreu.

<sup>7</sup> É comum olvidar-se de Glaser, mencionando Von Buri e Stuart Mill como os idealizadores dessa teoria.

<sup>8</sup> COSTA JR., Paulo José. *Nexo causal*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 88.

Não há diferença entre **causa, condição** (fator que autoriza a causa a produção de seu efeito) ou **ocasião** (circunstância acidental que estimula favoravelmente a produção da causa).

E, para se constatar se algum acontecimento insere-se ou não no conceito de causa, emprega-se o “**processo hipotético de eliminação**”, desenvolvido em 1894 pelo sueco **Thyrén**. Suprime-se mentalmente determinado fato que compõe o histórico do crime: se desaparecer o resultado naturalístico, é porque era também sua causa; todavia, se com a sua eliminação permanecer íntegro o resultado material, não se pode falar que aquele acontecimento atuou como sua causa.

Confira-se o famoso exemplo de Damásio E. de Jesus:

Suponha-se que “A” tenha matado “B”. A conduta típica do homicídio possui uma série de fatos, alguns antecedentes, dentre os quais podemos sugerir os seguintes: 1.º a produção do revólver pela indústria; 2.º aquisição da arma pelo comerciante; 3.º compra do revólver pelo agente; 4.º refeição tomada pelo homicida; 5.º emboscada; 6.º disparo de projéteis na vítima; 7.º resultado morte. Dentro dessa cadeia de fatos, excluindo-se os fatos sob nos números 1.º a 3.º, 5.º e 6.º, o resultado não teria ocorrido. Logo, são considerados causa. Excluindo-se o fato sob o número 4.º (refeição), ainda assim o evento teria acontecido. Logo, a refeição tomada pelo sujeito não é considerada causa.<sup>9</sup>

Contra essa teoria foram endereçadas algumas críticas. A principal delas consistiria na circunstância de ser uma teoria cega, porque possibilitaria a regressão ao infinito (*regressus ad infinitum*).

Como causa é todo acontecimento que de qualquer modo contribui para o resultado, poderia operar-se o retorno ao início dos tempos. “A” matou “B”. Consequentemente, poderiam ser seus pais responsabilizados, pois sem a concepção do filho a vítima não teria morrido. E assim sucessivamente, até o primeiro dos seus antepassados.

Essa crítica, contudo, é despropositada. Para que um acontecimento ingresse na relação de causalidade, não basta a mera dependência física. Exige-se ainda a **causalidade psíquica** (*imputatio delicti*), é dizer, reclama-se a presença do dolo ou da culpa por parte do agente em relação ao resultado. De fato, a falta do dolo ou da culpa afasta a conduta, a qual, por seu turno, obsta a configuração do nexa causal.

A título ilustrativo, a venda lícita de uma arma de fogo, por si só, não ingressa no nexa causal de um homicídio com ela praticado. Entretanto, se o vendedor sabia da intenção do comprador e, desejando a morte do ofendido, facilitou de qualquer modo a alienação do produto, sua conduta será considerada causa do crime posteriormente cometido.

<sup>9</sup> JESUS, Damásio. E. de. *Direito penal*. Parte geral. 28. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 248.

**Excepcionalmente**, o Código Penal adota, no § 1.º do art. 13, a **teoria da causalidade adequada**.

Em síntese, o art. 13 do Código Penal acolheu como regra a teoria da equivalência dos antecedentes (*caput, in fine*) e, excepcionalmente, a teoria da causalidade adequada (§ 1.º), o que nos remete ao estudo das **concausas**.

#### 10.4.6. Concausas

##### 10.4.6.1. Introdução

Concausa é a convergência de uma causa externa à vontade do autor da conduta, influenciando na produção do resultado naturalístico por ele desejado e posicionando-se paralelamente ao seu comportamento, comissivo ou omissivo.

##### 10.4.6.2. Causas dependentes e independentes

**Causa dependente** é a que emana da conduta do agente, dela se origina, razão pela qual se insere no curso normal do desenvolvimento causal. Existe dependência entre os acontecimentos, pois sem o anterior não ocorreria o posterior. Desse modo, **não exclui a relação de causalidade**. Exemplo: "A" tem a intenção de matar "B". Após espancá-lo, coloca uma corda em seu pescoço, amarrando-a ao seu carro. Em seguida dirige o automóvel, arrastando a vítima ao longo da estrada, circunstância que provoca a sua morte. As condutas consistentes em agredir, amarrar e arrastar a vítima são interdependentes para a produção do resultado final.

**Causa independente**, por outro lado, é a que foge da linha normal de desdobramento da conduta. Seu aparecimento é inesperado e imprevisível. É independente porque tem a capacidade de produzir, por si só, o resultado.<sup>10</sup> Pode ser de natureza absoluta ou relativa, dependendo de sua origem.

##### 10.4.6.2.1. Causas absolutamente independentes

São aquelas que não se originam da conduta do agente, isto é, são absolutamente desvinculadas da sua ação ou omissão ilícita. E, por serem independentes, produzem por si só o resultado naturalístico. Constituem a chamada "**causalidade antecipadora**",<sup>11</sup> pois rompem o nexo causal.

<sup>10</sup> Toda causa independente é capaz de produzir por si só o resultado. A diferença entre a qualidade de absoluta ou relativa refere-se exclusivamente à origem da causa.

<sup>11</sup> BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal: conceptos fundamentales y sistema*. Trad. espanhola Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1973. p. 126.

Dividem-se em preexistentes (ou estado anterior), concomitantes e supervenientes.

#### 10.4.6.2.1.1. Preexistente ou estado anterior

É aquela que existe **anteriormente** à prática da conduta. O resultado naturalístico teria ocorrido da mesma forma, mesmo sem o comportamento ilícito do agente. Exemplo: “A” efetua disparos de arma de fogo contra “B”, atingindo-o em regiões vitais. O exame necroscópico, todavia, conclui ter sido a morte provocada pelo envenenamento anterior efetuado por “C”.

#### 10.4.6.2.1.2. Concomitante

É a que incide **simultaneamente** à prática da conduta. Surge no mesmo instante em que o agente realiza seu comportamento criminoso. Exemplo: “A” efetua disparos de arma de fogo contra “B” no momento em que o teto da casa deste último desaba sobre sua cabeça.

#### 10.4.6.2.1.3. Superveniente

É a que se concretiza **posteriormente** à conduta praticada pelo agente. Exemplo: “A” subministra dose letal de veneno a “B”, mas, antes que se produzisse o efeito almejado, surge “C”, antigo desafeto de “B”, que nele efetua inúmeros disparos de arma de fogo por todo o corpo, matando-o.

#### 10.4.6.2.1.4. Efeitos jurídicos das causas absolutamente independentes

Em todas as modalidades (preexistentes, concomitantes e supervenientes), o resultado naturalístico ocorre independentemente da conduta do agente. As causas surgem de forma autônoma, isto é, não se ligam ao comportamento criminoso do agente. E, por serem independentes, produzem por si sós o resultado material.<sup>12</sup>

Por corolário, devem ser imputados ao agente somente os atos praticados, e não o resultado naturalístico, em face da quebra da relação de causalidade. De fato, suprimindo mentalmente sua conduta, ainda assim o resultado teria ocorrido como ocorreu. Respeita-se a teoria da equivalência dos antecedentes ou *conditio sine qua non*, adotada pelo art. 13, *caput, in fine*, do Código Penal. Nos exemplos mencionados, o agente responde somente por tentativa de homicídio, e não por homicídio consumado.

<sup>12</sup> BATTAGLINI, Giulio. *A interrupção do nexu causal*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. p. 102-104.

#### 10.4.6.2.2. Causas relativamente independentes

**Originam-se da própria conduta efetuada pelo agente.** Dai serem relativas, pois não existiriam sem a atuação criminosa.

Como, entretanto, tais causas são independentes, têm idoneidade para produzir, por si sós, o resultado, já que não se situam no normal trâmite do desenvolvimento causal.

Classificam-se em preexistentes (ou estado anterior), concomitantes e supervenientes.

##### 10.4.6.2.2.1. Preexistente ou estado anterior

Existe **previamente** à prática da conduta do agente. Antes de seu agir ela já estava presente. Exemplo: "A", com ânimo homicida, efetua disparos de arma de fogo contra "B", atingindo-a de raspão. Os ferimentos, contudo, são agravados pela diabete da vítima, que vem a falecer.

##### 10.4.6.2.2.2. Concomitante

É a que ocorre **simultaneamente** à prática da conduta. Exemplo: "A" aponta uma arma de fogo contra "B", o qual, assustado, corre em direção a movimentada via pública. No momento em que é alvejado pelos disparos, é atropelado por um caminhão, morrendo.

##### 10.4.6.2.2.3. Efeitos jurídicos das causas preexistentes e concomitantes relativamente independentes

Em obediência à teoria da equivalência dos antecedentes ou *conditio sine qua non*, adotada pelo art. 13, *caput, in fine*, do Código Penal, nas duas hipóteses o agente responde pelo resultado naturalístico.

Com efeito, suprimindo-se mentalmente a sua conduta, o resultado material, que nos exemplos acima seria a morte da vítima, não teria ocorrido quando e como ocorreu.

##### 10.4.6.2.2.4. A questão das causas supervenientes relativamente independentes

Em face da regra prevista no art. 13, § 1.º, do Código Penal, as causas supervenientes relativamente independentes podem ser divididas em dois grupos: (1) as que **produzem por si sós** o resultado; e (2) as que **não produzem por si sós** o resultado.

#### 10.4.6.2.2.4.1. Causas supervenientes relativamente independentes que não produzem por si sós o resultado

Incide a **teoria da equivalência dos antecedentes ou da conditio sine qua non**, adotada como regra geral no tocante à relação de causalidade (CP, art. 13, *caput, in fine*).

O agente responde pelo resultado naturalístico, pois, suprimindo-se mentalmente a sua conduta, o resultado não teria ocorrido como e quando ocorreu. Exemplo: “A”, com a intenção de matar, efetua disparos de arma de fogo contra “B”. Por má pontaria, atinge-o em uma das pernas, não oferecendo risco de vida. Contudo, “B” é conduzido a um hospital e, por imperícia médica, vem a morrer.

Nesse caso, “B” não teria morrido, ainda que por imperícia médica, sem a conduta inicial de “A”. De fato, somente pode falecer por falta de qualidade do profissional da medicina aquele que foi submetido ao seu exame, no exemplo, justamente pela conduta homicida que redundou no encaminhamento da vítima ao hospital.

A imperícia médica, por si só, não é capaz de matar qualquer pessoa, mas somente aquela que necessita de cuidados médicos. Nesse sentido é a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

O fato de a vítima ter falecido no hospital em decorrência das lesões sofridas, ainda que se alegue eventual omissão no atendimento médico, encontra-se inserido no desdobramento físico do ato de atentar contra a vida da vítima, não caracterizando constrangimento ilegal a responsabilização criminal por homicídio consumado, em respeito à teoria da equivalência dos antecedentes causais adotada no Código Penal e diante da comprovação do *animus necandi* do agente.<sup>13</sup>

#### 10.4.6.2.2.4.2. Causas supervenientes relativamente independentes que produzem por si sós o resultado

É a situação tratada pelo § 1.º do art. 13 do Código Penal: “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” (grifamos).

Nesse dispositivo foi acolhida a **teoria da causalidade adequada**. Logo, causa não é mais o acontecimento que de qualquer modo concorre para o resultado.

Muito pelo contrário, passa a ser causa apenas a conduta idônea – com base em um juízo estatístico e nas regras de experiência (*id quod plerum-*

<sup>13</sup> HC 42.559/PE, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5.ª Turma, j. 04.04.2006.



*que accidit*) —, a provocar a produção do resultado naturalístico. Não basta qualquer contribuição. Exige-se uma contribuição adequada.

Os exemplos famosos são: (1) pessoa atingida por disparos de arma de fogo que, internada em um hospital, falece não em razão dos ferimentos, mas sim queimada por um incêndio que destrói toda a área dos enfermos; e (2) ferido que morre durante o trajeto para o hospital, em face de acidente de trânsito que atingiu a ambulância que o transportava.

Em ambos os casos, a incidência da teoria da equivalência dos antecedentes acarretaria a imputação do resultado naturalístico ao responsável pelos ferimentos, pois, eliminando-se em abstrato sua conduta, certamente a morte não teria ocorrido quando e como ocorreu.

Todavia, repita-se, não foi em vão a redação do § 1.º do art. 13 do Código Penal pelo legislador. Essa regra foi ali expressamente colocada por força da preferência, nesse caso, pela teoria da causalidade adequada.

A expressão “*por si só*” revela a autonomia da causa superveniente que, embora relativa, não se encontra no mesmo curso do desenvolvimento causal da conduta praticada pelo autor. Em outras palavras, depois do rompimento da relação de causalidade, a concausa manifesta a sua verdadeira eficácia, produzindo o resultado por sua própria força, ou seja, invoca para si a tarefa de concretizar o resultado naturalístico.

Nos exemplos acima mencionados, conclui-se que qualquer pessoa que estivesse na área da enfermagem do hospital, ou no interior da ambulância, poderia morrer em razão do acontecimento inesperado e imprevisível, e não somente a ferida pela conduta praticada pelo agente.

Portanto, a simples concorrência (de qualquer modo) não é suficiente para a imputação do resultado material, produzido, anote-se, por uma causa idônea e adequada, por si só, para fazê-lo.

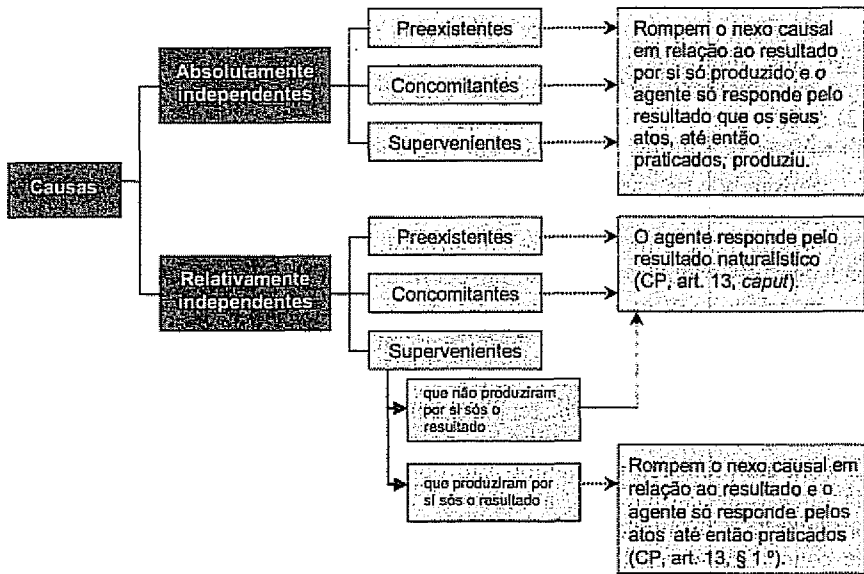
O art. 13, § 1.º, cuidou exclusivamente das causas **supervenientes** relativamente independentes que produzem por si só o resultado. Não falou das preexistentes nem das concomitantes, o que é alvo de crítica por parte da doutrina especializada. A propósito, aduz Paulo José da Costa Júnior:

Não vemos motivo para que se levante uma barreira tão rígida entre causas que apresentam estrutura idêntica e eficiência equivalente. Conseqüentemente, teria sido preferível que a nova lei penal houvesse contemplado, no § 1.º do art. 13, a par da superveniência, a preexistência ou a intercorrência de causa relativamente independente.

É com base em uma aplicação analógica que se pode coerentemente fazer semelhante extensão. Desde que o dispositivo em foco se destina a favorecer a posição do agente, tratando-se de uma analogia *in bonam partem*, é ela admissível em direito penal.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> COSTA JR., Paulo José. *Nexo causal*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 108-109.

O gráfico abaixo bem sintetiza tudo o que foi dito:



## 10.4.7. Relevância da omissão

### 10.4.7.1. Conceito e alcance

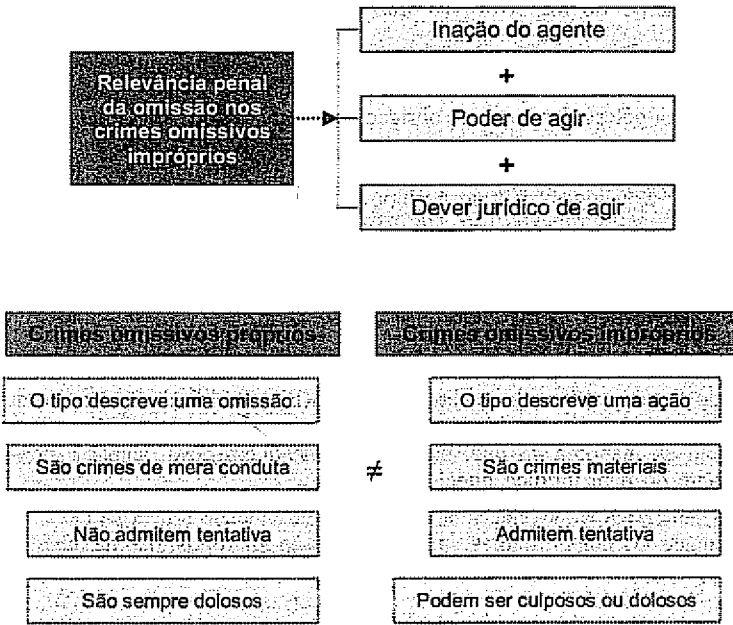
A omissão penalmente relevante encontra-se disciplinada pelo art. 13, § 2.º, do Código Penal: “A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”.

O dispositivo é aplicável somente aos **crimes omissivos impróprios, espúrios ou comissivos por omissão**, isto é, aqueles em que o tipo penal descreve uma ação, mas a inércia do agente, que podia e devia agir para impedir o resultado naturalístico, conduz à sua produção. São crimes materiais, como é o caso do homicídio, cometido em regra por ação, mas passível também de ser praticado por inação, desde que o agente ostente o poder e o dever de agir.

De fato, os crimes omissivos próprios ou puros não alojam em seu bojo um resultado naturalístico. A omissão é descrita pelo próprio tipo penal, e o crime se consuma com a simples inércia do agente. Não são, assim, compatíveis com a figura da tentativa. É o que se dá na omissão de socorro (CP, art. 135): ou o sujeito presta assistência ao necessitado, e não há crime; ou omite-se, consumando automaticamente o delito.

Esse é o significado da expressão “**penalmente relevante**”: a omissão que não é típica, por não estar descrita pelo tipo penal, somente se torna penalmente relevante quando presente o dever de agir.

Nos crimes omissivos impróprios, a omissão **pode**, com o dever de agir, ser penalmente relevante. Por outro lado, nos crimes omissivos próprios, a omissão **sempre** é penalmente relevante, pois se encontra descrita pelo tipo penal, tal como nos arts. 135 e 269 do Código Penal.



10.4.7.2. Teoria adotada

O art. 13, § 2.º, do Código Penal, no tocante à natureza jurídica da omissão, acolheu a **teoria normativa**, pela qual a omissão é um nada, e “do nada, nada surge”. Não é punível de forma independente, ou seja, não se pune alguém pelo simples fato de ter se omitido. Só tem importância jurídico-penal quando presente o **dever de agir**. Daí a preferência pela teoria normativa. A omissão somente interessa ao Direito Penal quando, diante da inércia do agente, o ordenamento jurídico lhe impunha uma ação, um fazer.

10.4.7.3. Dever de agir: critérios existentes para sua definição

Há dois critérios acerca da fixação do dever de agir: legal e judicial.

Para o **critério legal**, é a lei que deve arrolar, taxativamente, as hipóteses do dever de agir. Cuida-se de critério mais seguro, por afastar incertezas e impedir variantes indesejadas que poderiam surgir na interpretação da situação submetida à análise do Poder Judiciário.

**Por ele optou o legislador pátrio**, ao indicar nas alíneas “a”, “b” e “c” do § 2.º do art. 13 do Código Penal as pessoas a quem incumbe o dever de agir. Além disso, esse ônus precisa ser especificamente dirigido a pessoa ou pessoas determinadas, e não genericamente a todos os indivíduos. Na linha do entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Nos termos do art. 13, § 2.º, do Código Penal, a omissão é penalmente relevante quando o agente devia e podia agir para evitar o resultado, o que não é a hipótese dos autos. A obrigação genérica atribuída a todos os cidadãos de preservar o meio ambiente para as gerações futuras, consoante o art. 225 da Constituição Federal, não se amolda ao dever imposto por lei de cuidar, proteger e/ou vigiar, exigido na hipótese de crime omissivo impróprio.<sup>15</sup>

Por sua vez, o **critério judicial** permite ao magistrado, no caso concreto, decidir pela presença ou não do dever de agir. É defendido por Alberto Silva Franco e Rui Stoco, para quem:

É evidente que a inserção do dever ético resultante da solidariedade social, como fonte geradora do dever de atuar ao lado da lei, do contrato e da inge-rência, torna cada vez mais amplo o tipo comissivo por omissão, aumentando a área de manobra do juiz, na definição de quem deva ocupar a posição de garante do bem jurídico tutelado. [...]

Diante da alternativa ou enumerar, em artigo de lei, as fontes geradoras do dever de atuar, ou compor, figuras típicas de omissão imprópria, não há dúvida de que a opção que melhor atende ao direito de liberdade do cidadão é a segunda.<sup>16</sup>

#### 10.4.7.4. Poder de agir

O art. 13, § 2.º, do Código Penal é cristalino: não é suficiente o dever de agir. Exige-se mais: “A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”.

Quem tem o dever de agir não pratica, automaticamente, uma conduta penalmente reprovável. É necessário que tenha se omitido quando devia e podia agir de forma a impedir o resultado. Por essa razão, a possibilidade de agir tem sido considerada elemento ou pressuposto do conceito de omissão, que surge como a não realização de conduta possível e esperada.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> REsp 897.426/SP, ref. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 27.03.2008.

<sup>16</sup> FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial: parte geral*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. v. 1, p. 228.

<sup>17</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961. p. 54-55.

Poder de agir é a possibilidade real e efetiva de alguém, na situação concreta e em conformidade com o padrão do homem médio, evitar o resultado penalmente relevante. Exemplo: Um bombeiro tem o dever de impedir o afogamento de uma criança em uma praia. Não pode agir, contudo, se acidentalmente quebra suas duas pernas ao pisar em um buraco cavado por crianças quando corria em direção à infante que afundava.

#### 10.4.7.5. Hipóteses de dever de agir

Estão disciplinadas pelas alíneas “a” a “c” do § 2.º do art. 13 do Código Penal,<sup>18</sup> pelo qual o dever de agir incumbe a quem:

##### a) *Tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância*

Trata-se do dever legal, relativo às pessoas que, por lei, têm a obrigação de impedir o resultado. É o que se dá com os pais em relação aos filhos, bem como com os policiais no tocante aos indivíduos em geral.

O Código Penal utilizou a palavra “lei” em sentido amplo, valendo-se da teoria das fontes. Engloba os deveres impostos pela ordem jurídica considerada em sua totalidade. Nas palavras de Luiz Luisi:

Neste dispositivo o nosso legislador se referiu não apenas à lei, mas especificou os deveres de cuidado, proteção, e de vigilância, e adotando essa redação não se limitou à chamada teoria formal, mas acolheu a teoria das fontes.

Trata-se de deveres que são impostos pela ordem jurídica *lato sensu*. Não são apenas obrigações decorrentes de lei em sentido estrito, mas de qualquer disposição que tenha eficácia de forma a poder constituir um vínculo jurídico. É o caso dos decretos, dos regulamentos, das portarias, e mesmo das sentenças judiciais e provimentos judiciários em geral, e até de ordem legítima de autoridade hierarquicamente superior. Podem tais deveres, outrossim, derivar de norma penal, como de norma extrapenal, tanto de direito público como de direito privado.<sup>19</sup>

##### b) *De outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado*

A expressão “de outra forma” significa qualquer obrigação de impedir o resultado que não seja decorrente da lei, versada pela alínea “a”.

É o que se convencionou chamar de “garante” ou “dever de garantidor da não produção do resultado naturalístico”.

<sup>18</sup> O art. 2º da Lei 9.605/1998 prevê, na esfera dos crimes ambientais, uma outra hipótese de dever de agir: “Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la”.

<sup>19</sup> LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2003. p. 143.

Antes da Reforma da Parte Geral do Código Penal pela Lei 7.209/1984, apontava-se em sede doutrinária a relação contratual como fonte do dever de agir. Alargou-se, posteriormente à modificação legislativa, o conceito de “garantidor”, visando abranger, além dos negócios jurídicos em geral, as relações advindas da vida cotidiana, independentemente de vinculação jurídica entre os envolvidos. Cuida-se de conceito a ser extensivamente compreendido.

Nesse sentido, incumbe o dever de agir tanto ao professor de natação contratado para ensinar uma pessoa a nadar (negócio jurídico) como ao nadador experiente que convida um amigo iniciante a atravessar um canal de águas correntes e geladas (situação concreta da vida). Nos dois casos, se o principiante enfrentar problemas, o garantidor, se possível fazê-lo, deverá impedir o resultado, sob pena de tê-lo a si imputado.

Com igual entendimento, sustenta Francisco de Assis Toledo:

O Código, todavia, não definiu o “modo” ou os casos em que o obrigado assume a posição de “garante”. Nem se deve restringir esta hipótese às obrigações de índole puramente contratual de sorte a permitir-se o transplante, para a área penal, de infundáveis discussões sobre questões prejudiciais em torno da validade ou da eficácia do contrato gerador da obrigação. [...] a posição de garante surge para todo aquele que, por ato voluntário, promessas, veiculação publicitária ou mesmo contratualmente, capta a confiança dos possíveis afetados por resultados perigosos, assumindo, com estes, a título oneroso ou não, a responsabilidade de intervir, quando necessário, para impedir o resultado lesivo.<sup>20</sup>

A responsabilidade do garantidor subsiste enquanto ele estiver no local em que tem a obrigação de impedir o resultado. Durante o tempo em que lá permanecer estará vinculado ao dever de agir, porque dele ainda não se desvencilhou.<sup>21</sup> Exemplo: a enfermeira contratada para cuidar da pessoa idosa e doente, mesmo com encerramento da sua jornada de trabalho, é obrigada a cuidar da sua paciente enquanto não tiver deixado o local de trabalho, transmitindo legitimamente a outra pessoa o nobre encargo.

*c) Com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado*

Cuida-se da **ingerência** ou **situação precedente**.

Em suma, aquele que, com o seu comportamento anterior, criou uma situação de perigo, tem o dever de agir para impedir o resultado lesivo ao bem jurídico. Exemplo: O marinheiro que lança ao mar um tripulante do navio tem o dever de salvá-lo da morte. Se não o fizer, responde pelo homicídio.

<sup>20</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. 13. tir. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 117-118.

<sup>21</sup> No mesmo sentido: CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 150.

#### 10.4.8. A questão da dupla causalidade

A dupla causalidade é de difícil ocorrência prática, o que não impede a sua formulação no plano teórico.

Cuida-se da situação em que duas ou mais condutas, independentes entre si e praticadas por pessoas diversas, que não se encontram subjetivamente ligadas, produzem simultaneamente o resultado naturalístico por elas desejado. Exemplo: "A" ministra veneno na comida de "B", enquanto almoçavam em um restaurante. Ao mesmo tempo, "C", que também estava sentado à mesa, coloca veneno na comida de "B", "A" e "C" não têm ciência do propósito criminoso alheio. As doses subministradas produzem, por si sós, efeito imediato, matando "B".

Questiona-se: Qual crime deve ser imputado aos agentes?

Poder-se-ia alegar que, suprimindo mentalmente a conduta de "A", mesmo assim "B" teria morrido. Da mesma forma, eliminada hipoteticamente a ação de "C", subsistiria a morte da vítima.

Seria então correto falar que nem "A" nem "C" mataram "B"? Se sim, quem matou?

Inclina-se a doutrina pela punição de ambos os autores por homicídio consumado. No Brasil, o crime seria inclusive qualificado pelo emprego de meio insidioso (veneno). A resposta seria diversa se o veneno ministrado por algum deles tivesse, ainda que por pouco tempo, apressado a morte, porque a conduta do outro poderia ser suprimida que ainda assim ocorreria o resultado naturalístico.<sup>22</sup>

#### 10.4.9. Teoria da imputação objetiva

##### 10.4.9.1. Evolução histórica

Em 1927, Karl Larenz introduz no Direito o conceito de imputação, na obra intitulada *A teoria da imputação de Hegel e o conceito de imputação objetiva*, com a finalidade de distinguir as consequências de atos que podem ser atribuídos ao acaso e atos que são obras do ser humano.

Richard Honig, em 1930, no livro *Causalidade e imputação objetiva*, traz para o Direito Penal as ideias de Larenz, buscando delinear um critério seguro para a atribuição de um resultado ilícito a alguém.

Finalmente, Claus Roxin, em 1970, no ensaio *Reflexões sobre a problemática da imputação no direito penal*, desenvolve a moderna teoria da imputação objetiva.

<sup>22</sup> Cf. BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal: conceptos fundamentales y sistema*. Trad. espanhola de Conrado A. Finz. Buenos Aires: Depalma, 1973. p. 127.

### 10.4.9.2. Introdução

Em uma perspectiva clássica, o tipo penal apresentava apenas aspectos objetivos, representados na relação de causalidade. Considerava-se realizado o tipo toda vez que alguém causava o resultado nele previsto, de acordo com a teoria da equivalência dos antecedentes.

A causalidade gerava, assim, o problema da *regressus ad infinitum*, cuja restrição só podia ser efetuada no âmbito da ilicitude, ou, na maior parte das vezes, da culpabilidade, que englobava o dolo e a culpa.

Para resolver esse problema, o sistema finalista conferiu ao tipo penal também uma feição subjetiva, com a inclusão na conduta do dolo e da culpa. Exemplo: Se “A”, fabricante de armas de fogo, produz aquela que posteriormente foi adquirida por “B” para matar “C”, não poderá ser penalmente responsabilizado. Para a teoria clássica, por ausência de culpabilidade; para a teoria finalista, porque o fato é atípico (uma vez ausente o dolo ou a culpa).

Para os adeptos da teoria da imputação objetiva, contudo, o sistema finalista, ao limitar o tipo objetivo à relação de causalidade, de acordo com a teoria da equivalência dos antecedentes, não resolve todos os problemas inerentes à imputação. Vejamos o exemplo apresentado por Claus Roxin:

Imaginemos que “A” venda heroína a “B”. Os dois sabem que a injeção de certa quantidade de tóxico gera perigo de vida, mas assumem o risco de que a morte ocorra; “A” o faz, porque o que lhe interessa é principalmente o dinheiro, e “B”, por considerar sua vida já estragada e só suportável sob estado de entorpecimento. Deve “A” ser punido por homicídio cometido com dolo eventual, na hipótese de “B” realmente injetar em si o tóxico e, em decorrência disso, morrer? A causalidade de “A” para a morte de “B”, bem como seu dolo eventual, encontram-se fora de dúvida. Se considerarmos a causalidade suficiente para a realização do tipo objetivo, teremos que concluir pela punição.<sup>23</sup>

Assim, para resolver o caso narrado, entre outros sem solução possível pelo sistema finalista, a teoria da imputação objetiva insere duas novas elementares<sup>24</sup> no tipo objetivo, que deixa de ser só causalidade.

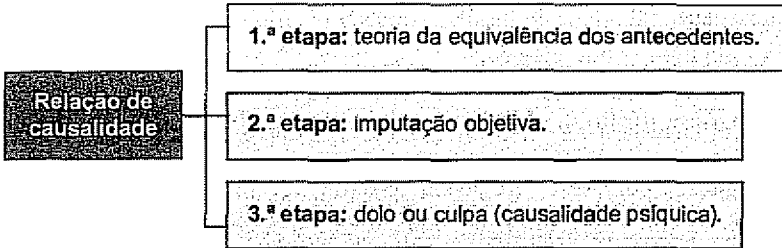
	Finalismo	Imputação Objetiva
Tipo objetivo	Relação de causalidade	1. Causalidade 2. Criação de um risco proibido: - existência do risco; - risco proibido. 3. Realização do risco no resultado
Tipo subjetivo	Dolo ou culpa	Dolo ou culpa

<sup>23</sup> ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 103.

<sup>24</sup> A análise das duas elementares traduz-se no que a doutrina denomina de causalidade normativa, em oposição à causalidade natural.



Logo, com a adoção da teoria da imputação objetiva, a relação de causalidade somente estaria caracterizada quando ultrapassadas três etapas:



Ao contrário do que seu nome parece em princípio indicar, não se confunde com a responsabilidade penal objetiva. Sua função é completamente diversa: limitar a responsabilidade penal, pois a atribuição de um resultado a uma pessoa não é determinado pela relação de causalidade, mas é necessário outro nexos, de modo que esteja presente a realização de um risco proibido pela norma.<sup>25</sup>

Seria mais apropriado, portanto, falar em teoria da não imputação objetiva, pois a sua missão precípua é evitar a atribuição indevida e objetiva de um resultado típico a alguém.

Essa teoria é aplicável exclusivamente aos crimes materiais, nos quais pode ser produzido um resultado naturalístico cuja imputação deve ser cautelosamente atribuída ao agente. Não tem cabimento nos crimes formais e de mera conduta, já que neles inexistente resultado naturalístico ligado à conduta. Portanto, sequer é necessária a utilização da teoria da equivalência dos antecedentes.

#### 10.4.9.3. Conceito e análise dos pressupostos

Para Luís Greco, a imputação objetiva enuncia o conjunto de pressupostos genéricos que fazem da causação uma causação objetivamente típica; e estes pressupostos são a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização deste risco no resultado.<sup>26</sup>

Assim, de acordo com a teoria, não basta a relação de causalidade para imputação do resultado, devendo estar presentes:

<sup>25</sup> CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 70.

<sup>26</sup> GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 5-9.

### 1) A criação ou o aumento de um risco

Em face da sua função de proteção de bens jurídicos, o Direito Penal deveria limitar-se a proibir ações perigosas, que coloquem em risco esses mesmos bens.

No entanto, o que é risco?

Podem ser consideradas como “risco” aquelas ações que, por meio de uma **prognose póstuma objetiva**, geram uma possibilidade de lesão ao bem jurídico.

**Prognose**, pois se refere à situação do agente no momento da ação; **póstuma**, porque será feita pelo magistrado depois da prática do fato; e **objetiva**, pois parte do conhecimento de um homem prudente (*homo medius*) na mesma hipótese analisada.

Como no exemplo clássico, em que um sobrinho manda um tio em uma viagem de avião, com a intenção de que o avião caia e o tio morra, não haveria responsabilidade do sobrinho se a sua intenção se concretizasse, pois viajar de avião não gera real possibilidade de dano. No entanto, a situação será diferente se o sobrinho tiver conhecimento de que haverá um ataque terrorista naquele determinado voo.

Em síntese, será perigosa a ação que, aos olhos de um observador objetivo dotado dos **conhecimentos especiais** do autor, situado no momento da prática da ação, gere **real possibilidade de dano** para um determinado bem.<sup>27</sup>

Por outro lado, afirma-se não haver ação perigosa quando:

- a) o risco for juridicamente irrelevante (a ação não gera uma possibilidade **real** de dano); ou
- b) quando há diminuição do risco, avaliado **antes** da ação pelo agente (como no exemplo de Roxin: quem convence o ladrão a furtar não 1.000, mas somente 100 marcos alemães, não é punível por participação no furto, pois sua conduta não elevou, mas diminuiu o risco de lesão).<sup>28</sup>

### 2) O risco criado deve ser proibido pelo Direito

**Nem toda ação perigosa é proibida pelo Direito.** Deve-se fazer uma ponderação entre a necessidade de proteção de determinado bem jurídico e o interesse geral de liberdade.

Exemplificativamente, embora dirigir um veículo automotor possa eventualmente causar acidentes, permite-se tal conduta. Da mesma forma, são

<sup>27</sup> GRECO, Luis. *Um panorama de teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Jurs, 2007. p. 25-27.

<sup>28</sup> ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 109-110.

regulamentados alguns esportes, como o automobilismo e o boxe, que podem causar lesões aos seus praticantes.

Veja-se que, pela teoria finalista, na lesão provocada em uma luta de boxe haveria uma causa de justificação (exclusão da ilicitude), enquanto para a imputação objetiva o fato é atípico, por se tratar de um risco permitido. Como esclarece Günther Jakobs:

Um comportamento que gera um risco permitido é considerado socialmente normal, não porque no caso concreto esteja tolerado em virtude do contexto em que se encontra, mas porque nessa configuração é aceito de modo natural. Portanto, os comportamentos que criam riscos permitidos não são comportamentos que devam ser justificados, mas que não realizam tipo algum.<sup>29</sup>

Dentro do conceito de risco permitido se insere o **princípio da confiança**. De acordo com esse princípio, não pratica conduta típica quem, agindo de acordo com as regras legais, envolve-se em situação em que terceiro, descumprindo com o seu dever de cuidado, permite a produção do resultado.

Por exemplo, se estamos dirigindo e vemos, à distância, um cidadão aguardando um momento oportuno para cruzar a rua, confiamos que ele não vai tentar a travessia na frente do veículo em movimento. Da mesma forma, se entregamos nosso automóvel para o conserto dos freios, que apresentam deficiência, ao sair da oficina acreditamos que o defeito esteja sanado. Assim, o risco de certos comportamentos não depende somente de nós, mas também dos outros cidadãos.<sup>30</sup>

Destarte, há confiança de que a conduta de terceiros, realizada na sequência, bem como a conduta anterior, será conforme ao Direito, de forma que, se essa expectativa não se realizar, será atípica a conduta daquele que age corretamente.

Há algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça adotando a teoria da imputação objetiva:

[...] De acordo com a Teoria Geral da Imputação Objetiva o resultado não pode ser imputado ao agente quando decorrer da prática de um risco permitido ou de uma ação que visa a diminuir um risco não permitido; o risco permitido não realize o resultado concreto; e o resultado se encontre fora da esfera de proteção da norma. O risco permitido deve ser verificado dentro das regras do ordenamento social, para o qual existe uma carga de tolerância genérica. É o risco inerente ao convívio social e, portanto, tolerável. Hipótese em que o agente agiu em desconformidade com as regras de trânsito (criou um risco não permitido), causando resultado jurídico abrangido pelo fim de proteção da

<sup>29</sup> JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. São Paulo: RT, 2000. p. 38.

<sup>30</sup> JESUS, Damásio E. de Jesus. *A imputação objetiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 46-47.

norma de cuidado – morte da vítima, atirando a incidência da imputabilidade objetiva.<sup>31</sup>

[...] Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta dos acusados e a morte da vítima, à luz da teoria da imputação objetiva, necessária é a demonstração da criação pelos agentes de uma situação de risco não permitido, não-ocorrente, na hipótese, porquanto é inviável exigir de uma Comissão de Formatura um rigor na fiscalização das substâncias ingeridas por todos os participantes de uma festa. Associada à teoria da imputação objetiva, sustenta a doutrina que vigora o princípio da confiança, as pessoas se comportarão em conformidade com o direito, o que não ocorreu *in casu*, pois a vítima veio a afogar-se, segundo a denúncia, em virtude de ter ingerido substâncias psicotrópicas, comportando-se, portanto, de forma contrária aos padrões esperados, afastando, assim, a responsabilidade dos pacientes, diante da inexistência de previsibilidade do resultado, acarretando a atipicidade da conduta.<sup>32</sup>

A doutrina aponta ainda como causas de exclusão do risco proibido:

- a) o comportamento exclusivo da vítima, que se coloca em perigo (autocolocação da vítima em situação de perigo);
- b) as contribuições socialmente neutras (como no exemplo de Jakobs, em que o padeiro vende o pão ao autor, consciente de que este o usará para envenenar alguém);
- c) os comportamentos socialmente adequados (princípio da adequação social); e
- d) a proibição de regresso.

Pela proibição de regresso, não haveria criação de um risco proibido nos casos em que a ação não dolosa de alguém precedesse a ação dolosa de um terceiro. Assim, aquele que esquece a sua arma, que vem a ser encontrada por outrem posteriormente e utilizada para a prática de um crime de homicídio, não seria responsabilizado.

Quanto aos últimos dois aspectos – comportamentos socialmente adequados e proibição de regresso –, não há consenso doutrinário acerca de serem causas de exclusão do risco, de forma que qualquer afirmação nesse sentido deve ser feita com redobrada cautela.<sup>33</sup>

### 3) O risco foi realizado no resultado

A norma de proibição visa evitar que um certo bem jurídico seja afetado de uma determinada maneira. Assim, só haverá realização do risco se a proibição

<sup>31</sup> REsp 822517/DF, rel. Min. Gilson Dipp, 5.ª Turma, j. 12.06.2007.

<sup>32</sup> HC 46.525/MT, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5.ª Turma, j. 21.03.2006.

<sup>33</sup> Jakobs, por exemplo, crítica a adequação social, por ser muito ampla, não permitindo a concretização do risco permitido: JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. São Paulo: RT, 2000, p. 117-118. Contra a aplicação da proibição de regresso como excludente: GRECO, Luis. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 75-77.

da conduta for justificada para evitar a lesão de determinado bem jurídico por meio de determinado curso causal, os quais venham efetivamente a ocorrer.<sup>34</sup>

É o fim de proteção da norma a que aludem os doutrinadores modernos.

Com o mesmo fundamento, aponta-se ainda a hipótese do aumento do risco pelo comportamento proibido, em comparação com o comportamento hipotético correto.

Tanto na realização do risco como no seu aumento, há exclusão da imputação:

- a) na lesão ou curso causal sem relação com o risco proibido;
- b) nos danos tardios, relacionados à lesão anterior causada ao bem jurídico (ex.: a vítima de lesões corporais, alguns anos depois, perde o equilíbrio em razão da lesão nunca completamente curada e cai, sofrendo várias fraturas);
- c) nos danos causados a outrem, resultantes de choque causado pelo fato criminoso praticado (ex.: mãe cardíaca falece ao saber do assassinato do filho);
- d) nas ações perigosas de salvamento (ex.: "A" atea fogo na casa de "B" na ausência deste, mas "B" reentra para salvar sua coleção de CDs de *playstation 2* não piratas, falecendo); e
- e) no comportamento indevido posterior de um terceiro (ex.: vítima de lesões que, necessitando de uma cirurgia, vem a falecer em razão de erro médico grosseiro).<sup>35</sup>

As ideias até aqui expostas podem ser resumidas pelo seguinte quadro:

Requisito	Exclusão
Existência do risco	Risco juridicamente irrelevante; e Diminuição do risco.
Risco proibido	Risco permitido (princípio da confiança); Comportamento exclusivo da vítima; Contribuições socialmente neutras; Adequação social; e Proibição do regresso.
Risco realizado no resultado	Lesão ou curso causal sem relação com o risco proibido; Danos tardios; Danos resultantes de choque; Ações perigosas de salvamento; e Comportamento indevido posterior de um terceiro.

<sup>34</sup> GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 95.

<sup>35</sup> Os exemplos são de GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 109-125.

#### 10.4.9.4. A imputação objetiva para Jakobs e Roxin

Apresentadas as linhas mestras da teoria da imputação objetiva, mister se faz analisar as variantes de seus maiores defensores na atualidade: Claus Roxin e Günther Jakobs.

##### 10.4.9.4.1. O pensamento de Claus Roxin (Escola de Munique)

Claus Roxin visa, com o desenvolvimento da teoria, determinar um **critério de imputação capaz de concretizar a finalidade da norma penal**.<sup>36</sup>

Para ele, um resultado só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando: (1) o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação; (2) o risco se realiza no resultado concreto; e (3) este resultado se encontra dentro do alcance do tipo.<sup>37</sup>

##### 10.4.9.4.2. O pensamento de Günther Jakobs (Escola de Bonn)

Günther Jakobs acrescenta ao conceito de imputação o elemento da **imputação objetiva do comportamento**. Nessa linha de raciocínio:

1) Os seres humanos encontram-se em um mundo social na condição de portadores de um papel, isto é, como pessoas que devem administrar um determinado segmento do acontecer social conforme um determinado padrão. 2) Entre autor, vítima e terceiros, segundo os papéis que desempenhem, deve determinar-se a quem compete, por si só, ou, junto com outros, o acontecer relevante, é dizer, quem por ter violado seu papel, administrando-o de modo deficiente, responde jurídico-penalmente – ou, se foi a vítima quem violou seu papel, deve assumir o dano por si mesma. Se todos se comportam conforme o papel só fica a possibilidade de explicar o ocorrido como fatalidade ou acidente. 3) Isto vale tanto para os fatos dolosos como para os fatos culposos; só que no âmbito dos fatos dolosos freqüentemente a violação do papel é tão evidente que não necessita maior explicação – a qual é menos habitual nos fatos culposos.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Vide a discussão sobre o funcionalismo, tratada quando do estudo sobre a evolução doutrinária do Direito Penal.

<sup>37</sup> ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 104. Ainda o autor, em igual sentido: Em consequência, o primeiro empenho da imputação no tipo objetivo é indicar quais as circunstâncias que fazem de uma causação (como limite extremo da possível imputação) uma ação típica, ou seja, p. ex., de uma causação de morte uma ação homicida relevante [...]. Na doutrina científica cada vez mais se impõe a concepção de que a imputação do tipo objetivo se produz conforme dois princípios sucessivamente estruturados: a) um resultado causado por um agente somente se pode imputar ao tipo objetivo se a conduta do autor houver criado um perigo para o bem jurídico não coberto por um risco permitido e esse perigo tenha se realizado no resultado concreto; [...] b) se o resultado se apresenta como realização de um perigo criado pelo autor, pela regra geral é imputado, de modo que se cumpre o tipo objetivo (*Derecho penal*. Parte geral. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. espanhola de Diego-Manuel Luzón Peña, Míquel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 2006. t. 1, p. 363-364).

<sup>38</sup> JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. São Paulo: RT, 2000. p. 22.

O penalista alemão entende pela ausência de imputação em quatro hipóteses: (1) risco permitido, (2) princípio da confiança, (3) proibição do regresso e (4) competência ou capacidade da vítima.

Sustenta a permanência da causalidade natural na aferição da responsabilidade criminal, funcionando a imputação como critério de restrição do nexu causal.

#### 10.4.9.5. Conclusões

Conclui-se que a proposta dos defensores da teoria da imputação objetiva é a inclusão de novas elementares no tipo objetivo, criando-se o conceito de **causalidade normativa**, em oposição à causalidade natural presente na teoria finalista. Consequentemente, algumas vezes sustentam a íntima relação, no campo da causalidade, da teoria da imputação objetiva com as regras da física quântica. Não basta a mera relação de causa e efeito (causalidade física) entre conduta e resultado naturalístico. Fala-se, por essa razão, em “**direito penal quântico**”.<sup>39</sup>

A inclusão de tais elementos visa resolver, no âmbito do fato típico, certos casos que para as demais teorias seriam solucionados em outros aspectos, como a ilicitude e a culpabilidade.

Rogério Greco faz uma compilação de conclusões acerca da teoria em análise, que podem ser aproveitadas no presente estudo:

- a) a imputação objetiva é uma análise que antecede à imputação subjetiva;
- b) a imputação objetiva pode dizer respeito ao resultado ou ao comportamento do agente;
- c) a expressão mais apropriada seria teoria da não-imputação, uma vez que a teoria visa, com as suas vertentes, evitar a imputação objetiva (do resultado ou do comportamento) do tipo penal a alguém;
- d) a teoria da imputação foi criada, inicialmente, para se contrapor aos dogmas da teoria da equivalência, erigindo uma relação de causalidade jurídica ou normativa, ao lado daquela outra de natureza material;
- e) uma vez concluída pela não-imputação objetiva, afasta-se o fato típico.<sup>40</sup>

## 10.5. TIPICIDADE

### 10.5.1. Conceito

A tipicidade, elemento do fato típico, divide-se em formal e material.

<sup>39</sup> Para um estudo aprofundado do assunto: GONDIM, Reno Feltosa. *Epistemologia Quântica & Direito Penal*. Fundamentos para uma Teoria da Imputação Objetiva do Direito Penal. Curitiba: Juruá, 2005.

<sup>40</sup> GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 10 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 246.

**Tipicidade formal** é o juízo de subsunção entre a conduta praticada pelo agente no mundo real e o modelo descrito pelo tipo penal (“adequação ao catálogo”).<sup>41</sup>

É a operação pela qual se analisa se o fato praticado pelo agente encontra correspondência em uma conduta prevista em lei como crime ou contravenção penal. A conduta de matar alguém tem amparo no art. 121 do Código Penal. Há, portanto, tipicidade entre tal conduta e a lei penal.

De seu turno, **tipicidade material** (ou substancial) é a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado em razão da prática da conduta legalmente descrita.

A tipicidade material relaciona-se intimamente com o princípio da ofensividade (ou lesividade) do Direito Penal, pois nem todas as condutas que se encaixam nos modelos abstratos e sintéticos de crimes (tipicidade formal) acarretam dano ou perigo ao bem jurídico. É o que se dá, a título ilustrativo, nas hipóteses de incidência do princípio da insignificância, nas quais, nada obstante a tipicidade formal, não se verifica a tipicidade material.

A presença simultânea da tipicidade formal e da tipicidade material caracteriza a **tipicidade penal**.

### 10.5.2. Evolução doutrinária

A definição atual da tipicidade deriva das ideias do alemão Ernst von Beling, datadas de 1906.

Abandonou-se o *corpus delicti*, denominado em alemão de *Tatbestand*, o qual subsistia desde o Direito Romano com origem processual para abarcar todas as características e elementos do delito, abrangendo a materialidade do fato delituoso, a ilicitude e a culpabilidade, para se criar a concepção objetiva do tipo penal, operando-se a distinção entre a tipicidade e a ilicitude.

Na Alemanha, atualmente ainda se fala em *Tatbestand* (hipótese de fato), termo traduzido para o italiano como *fattispecie* e para o português como “tipo”. Antes de 1906, contudo, não era destinado à palavra qualquer conteúdo sistemático semelhante ao atual.

Antes de Beling, pois, o crime se dividia em dois blocos: ilicitude, de ordem objetiva, e culpabilidade, de natureza subjetiva. Não se falava em tipicidade.

Posteriormente à criação de Beling, o delito passou a possuir três partes: tipicidade e ilicitude, ambas objetivas, e culpabilidade, de ordem subjetiva. Assim, o tipo englobava apenas os aspectos exteriores da conduta, dispensan-

<sup>41</sup> BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo*. Trad. de Sebastián Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944. p. 59.



do os elementos internos do agente. Beling definiu a tipicidade como mero processo de adequação do fato concreto ao tipo penal.

Iniciava-se, assim, a fase da independência do tipo, desvinculando-se completamente a tipicidade da ilicitude, com função meramente descritiva, sem nenhum conteúdo valorativo.

Essa teoria, intimamente relacionada com a teoria mecanicista, clássica, naturalista ou causal da conduta, perdeu espaço com o surgimento da teoria finalista da conduta e com o descobrimento dos elementos subjetivos do tipo.

Em 1915, Max Ernst Mayer, retomando os estudos de Beling, publica seu *Tratado de Direito Penal*, e nele revela seu objetivo de aprimorar a teoria da tipicidade, conferindo a ela a função de indício da ilicitude.

A tipicidade autoriza a presunção relativa de ilicitude, a qual cede diante de prova em sentido contrário, com a comprovação da ocorrência de alguma causa excludente.

Nasce a fase da tipicidade como indício da ilicitude.

Além disso, Mayer contribuiu também com o Direito Penal com a introdução de elementos normativos no tipo penal, contrariando a proposta de Beling, que não admitia na tipicidade qualquer elemento relativo à ilicitude ou à culpabilidade.

É, desde então, a teoria mais aceita no Direito Penal.

Consagra-se um sistema tripartido, dependendo a análise do crime de três fases distintas e sucessivas: tipicidade, ilicitude e culpabilidade.<sup>42</sup>

Em 1931, porém, Edmund Mezger apresenta novos conceitos, iniciando a fase da tipicidade como essência da ilicitude (*ratio essendi*).

O tipo penal é transformado em tipo de injusto, ou seja, o tipo passa a ser conceituado como a ilicitude tipificada. Destarte, tipo e ilicitude fundiram-se de modo indissociável, embora seus conceitos não se confundam.

Essa teoria foi alvo de inúmeras críticas, eis que veda a correta separação entre os juízos da tipicidade e da ilicitude.

#### 10.5.2.1. Tipicidade como indício da ilicitude e o art. 386, inc. VI, do Código de Processo Penal

Como estabelece o art. 386, inc. VI, do Código de Processo Penal, com a redação conferida pela Lei 11.690/2008: “Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...) VI –

<sup>42</sup> Isso não impede, entretanto, a definição analítica do crime como fato típico e ilícito. A teoria de Mayer remonta ao início do século XX, e naquele contexto deve ser analisada. O conceito bipartido de delito, como vimos, surgiu no Brasil após a Reforma da Parte Geral do Código Penal, efetuada pela Lei 7.209/1984.

existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1.º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência”.

A parte final do dispositivo legal – “ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência” – encontra-se em sintonia com a teoria da tipicidade como indício da ilicitude. De fato, a tipicidade do fato funciona como presunção da ilicitude, uma vez que a absolvição reclama “fundada dúvida” acerca da causa excludente da ilicitude.

Cuida-se, na verdade, de manifestação do princípio *in dubio pro reo* (a dúvida favorece o réu, pois o ônus da prova da imputação é da acusação), há muito consagrado nos ordenamentos jurídicos dos povos civilizados.

### 10.5.3. Teoria dos elementos negativos do tipo

Preconizada pelo alemão **Hellmuth von Weber**, propõe o **tipo total de injusto**, por meio do qual os pressupostos das causas de exclusão da ilicitude compõem o tipo penal como seus elementos negativos.

Tipicidade e ilicitude integram o tipo penal (tipo total). Consequentemente, se presente a tipicidade, automaticamente também estará delimitada a ilicitude. Ao reverso, ausente a ilicitude, o fato será atípico.

Não há distinção entre os juízos da tipicidade e da ilicitude. Crime, assim, não é o fato típico e ilícito, mas sim um **tipo total de injusto**, em uma única análise. Opera-se um sistema bipartido, com duas fases para aferição do crime: tipo total (tipicidade + ilicitude) e culpabilidade. Portanto, identificada a tipicidade, resultará identificada a ilicitude. Por outro lado, afastada a tipicidade, restará também afastada a ilicitude.

Se fosse adotada a referida teoria, o art. 121, *caput*, do Código Penal ficaria assim redigido: “Matar alguém, salvo em legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular do direito ou estrito cumprimento de dever legal”.

Não foi acolhida pelo nosso sistema penal, que distinguiu explicitamente os tipos incriminadores (Parte Especial do Código Penal e legislação especial) dos tipos permissivos ou causas de exclusão da ilicitude (em regra na Parte Geral do Código Penal, mais precisamente em seu art. 23).

### 10.5.4. Teoria da tipicidade conglobante

Criada pelo penalista argentino **Eugenio Raúl Zaffaroni**, essa teoria sustenta que todo fato típico se reveste de **antinormatividade**, pois, muito embora o agente atue em consonância com o que está descrito no tipo incriminador, na verdade contraria a norma, entendida como o conteúdo do tipo legal.

O nome “conglobante” deriva da necessidade de que a conduta seja **contrária ao ordenamento jurídico em geral**, conglobado, e não apenas ao Direito Penal. Não basta a violação da lei penal. Exige-se a ofensa a todo o ordenamento jurídico. Em suma, para a aferição da tipicidade reclama-se a presença da antinormatividade.

Assim, ou o fato praticado pelo agente, contrário à lei penal, desrespeita todo o ordenamento normativo, e há tipicidade, ou, ainda que em desconformidade com a lei penal, esteja em consonância com a ordem normativa, e ausente estará a tipicidade.

Para essa teoria, a tipicidade penal resulta da junção da tipicidade legal com a tipicidade conglobante: tipicidade penal = tipicidade legal + tipicidade conglobante.

**Tipicidade legal** (adequação à fórmula legal do tipo) é a individualização que a lei faz da conduta, mediante o conjunto dos elementos objetivos e normativos de que se vale o tipo penal.

Já a **tipicidade conglobante (antinormatividade)** é a comprovação de que a conduta legalmente típica está também proibida pela norma, o que se afere separando o alcance da norma proibitiva conglobada com as demais normas do sistema jurídico.

Finalmente, a tipicidade penal (adequação penal + antinormatividade) é a fusão da tipicidade legal com a tipicidade conglobante.

Não basta, pois, a mera tipicidade legal, isto é, a contrariedade do fato à lei penal. É necessário mais. A conduta do agente, contrária à lei penal, deve violar todo o sistema normativo. Em suma, deve ser antinormativa.

Vale a pena citar a explicação de Zaffaroni e de Pierangeli, bastante elucidativa acerca do assunto:

Suponhamos que somos juizes e que é levada a nosso conhecimento a conduta de uma pessoa que, na qualidade de oficial de justiça, recebeu uma ordem, emanada por juiz competente, de penhora e seqüestro de um quadro, de propriedade de um devedor a quem se executa em processo regular, por seu legítimo credor, para a cobrança de um crédito vencido, e que, em cumprimento desta ordem judicial e das funções que por lei lhe competem, solicita o auxílio da força pública, e, com todas as formalidades requeridas, efetivamente seqüestra a obra, colocando-a à disposição do Juízo. O mais elementar senso comum indica que esta conduta não pode ter qualquer relevância penal, que de modo algum pode ser delito, mas por quê?

Receberemos a resposta de que essa conduta enquadra-se nas previsões do art. 23, III, do CP: “Não há crime quando o agente pratica o fato... em estrito cumprimento de dever legal...”. É indiscutível que ela aí se enquadra, mas que caráter do delito desaparece quando um sujeito age em cumprimento de um dever?

Para boa parte da doutrina, o oficial de justiça teria atuado ao amparo de uma causa de justificação, isto é, que faltaria a antijuridicidade da conduta, mas que ela seria típica:

Para nós, esta resposta é inadmissível, porque tipicidade implica antinormatividade (contrariedade à norma) e não podemos admitir que na ordem normativa uma norma ordena o que a outra proíbe. Uma ordem normativa, na qual uma norma possa ordenar o que a outra pode proibir, deixa de ser ordem e de ser normativa e torna-se uma “desordem” arbitrária. As normas jurídicas não “vivem” isoladas, mas num entrelaçamento em que umas limitam as outras, e não podem ignorar-se mutuamente.<sup>43</sup>

### 10.5.5. Adequação típica: conceito e espécies

Adequação típica é o procedimento pelo qual se enquadra uma conduta individual e concreta na descrição genérica e abstrata da lei penal.

É o meio pelo qual se constata se existe ou não tipicidade entre a conduta praticada na vida real e o modelo definido pela lei penal.

A adequação típica pode se apresentar sob duas espécies: subordinação imediata e subordinação mediata.

Na adequação típica de **subordinação imediata**, a conduta humana se enquadra diretamente na lei penal incriminadora, sem necessidade de interposição de qualquer outro dispositivo legal. A ação ou omissão se transforma em fato típico com o “encaixe” adequado de todos os elementos do fato externo no modelo contido no preceito primário da lei incriminadora.

A conduta de subtrair coisa alheia móvel para si, mediante emprego de violência contra a pessoa, encontra correspondência direta no art. 157, *caput*, do Código Penal. Verifica-se, na hipótese, adequação típica de subordinação imediata.

Por sua vez, na **adequação típica de subordinação mediata, ampliada ou por extensão**, a conduta humana não se enquadra prontamente na lei penal incriminadora, reclamando-se, para complementar a tipicidade, a interposição de um dispositivo contido na Parte Geral do Código Penal. É o que se dá na tentativa, na participação e nos crimes omissivos impróprios.

Na **tentativa**, opera-se uma **ampliação temporal** da figura típica, pois, com a utilização da regra prevista no art. 14, II, do Código Penal, o alcance do tipo penal não se limita ao momento da consumação do crime, mas também aos períodos que o antecedem. Antecipa-se a tutela penal para abarcar os atos executórios prévios à consumação.

Na **participação**, há uma **ampliação espacial e pessoal** do tipo penal, que, em consequência do disposto pelo art. 29, *caput*, do Código Penal, passa

<sup>43</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. v. 1, p. 395.

a alcançar não só o sujeito que praticou os atos executórios do crime, como também outros sujeitos que estão ao seu lado, isto é, aqueles que de qualquer modo concorreram para a prática do delito, sem contudo executá-lo.

Finalmente, nos crimes omissivos impróprios, espúrios ou comissivos por omissão, ocorre uma ampliação da conduta criminosa, a qual, com o emprego do art. 13, § 2.º, do Código Penal, passa a englobar também a omissão daquele que indevidamente não cumpriu o seu dever jurídico de agir.

Esses dispositivos legais – arts. 13, § 2.º, 14, II, e 29, *caput*, do Código Penal – são denominados de normas integrativas, de extensão ou complementares da tipicidade.

## 10.6 QUESTÕES

- (83.º Promotor de Justiça MP/SP): São elementos do fato típico:**
  - conduta, relação de causalidade, antijuridicidade e tipicidade.
  - conduta, resultado, relação de causalidade e culpabilidade.
  - conduta, resultado, relação de causalidade e tipicidade.
  - conduta, resultado, antijuridicidade e culpabilidade.
  - conduta, resultado, nexa de causalidade e antijuridicidade.
- (83.º Promotor de Justiça MP/SP): Pode-se afirmar que para a teoria**
  - finalista da ação, crime é um fato típico, antijurídico e culpável, consistindo a culpabilidade no elo subjetivo que liga a ação ao resultado.
  - causalista ou naturalista da ação, a conduta não é tida como um simples comportamento humano nem como um puro fator da causalidade, mas sim como um comportamento que deve ser apreciado como ilícito ou reprovável.
  - teoria finalista da ação, a conduta é um comportamento humano simplesmente causal.
  - social, a ação é a conduta socialmente relevante, que não é questionada pelos requisitos do Direito, mas sim pelas leis da natureza.
  - causalista ou naturalista da ação, a conduta é um comportamento humano voluntário no mundo exterior, consistindo em fazer ou não fazer.
- (Defensoria Pública/MA – FCC/2009) No trajeto do transporte de dois presos para o foro criminal por agentes penitenciários, um deles saca de um instrumento perfurante e desfere diversos golpes contra o outro preso. Os agentes da lei presenciaram a ação desde o início e permaneceram inertes. Na conduta dos agentes**
  - há amparo pela excludente de ilicitude do exercício regular do direito, deixando de agir por exposição do risco às próprias vidas.
  - a omissão é penalmente irrelevante porque a causalidade é fática.
  - não há punição porque o Estado criou o risco da ocorrência do resultado.
  - a omissão é penalmente relevante porque a causalidade é normativa.
  - a omissão é penalmente relevante porque a causalidade é fática-normativa.

4. (22.º Procurador da República – MPF): Crime é conduta típica, antijurídica e culpável. A partir desta definição estratiforme do delito, lembra-se o princípio *nullum crimen sine conducta*. Entretanto:

- I – a conduta compreende o fato humano voluntário e o involuntário;
- II – a conduta envolve a ação e a omissão, mas esta só tem relevância quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado;
- III – a conduta atípica tem relevância no Direito Penal;
- IV – a conduta humana é relevante para se verificar a ocorrência do delito, pois tem validade absoluta a parêmia latina *societas delinquere non potest*.

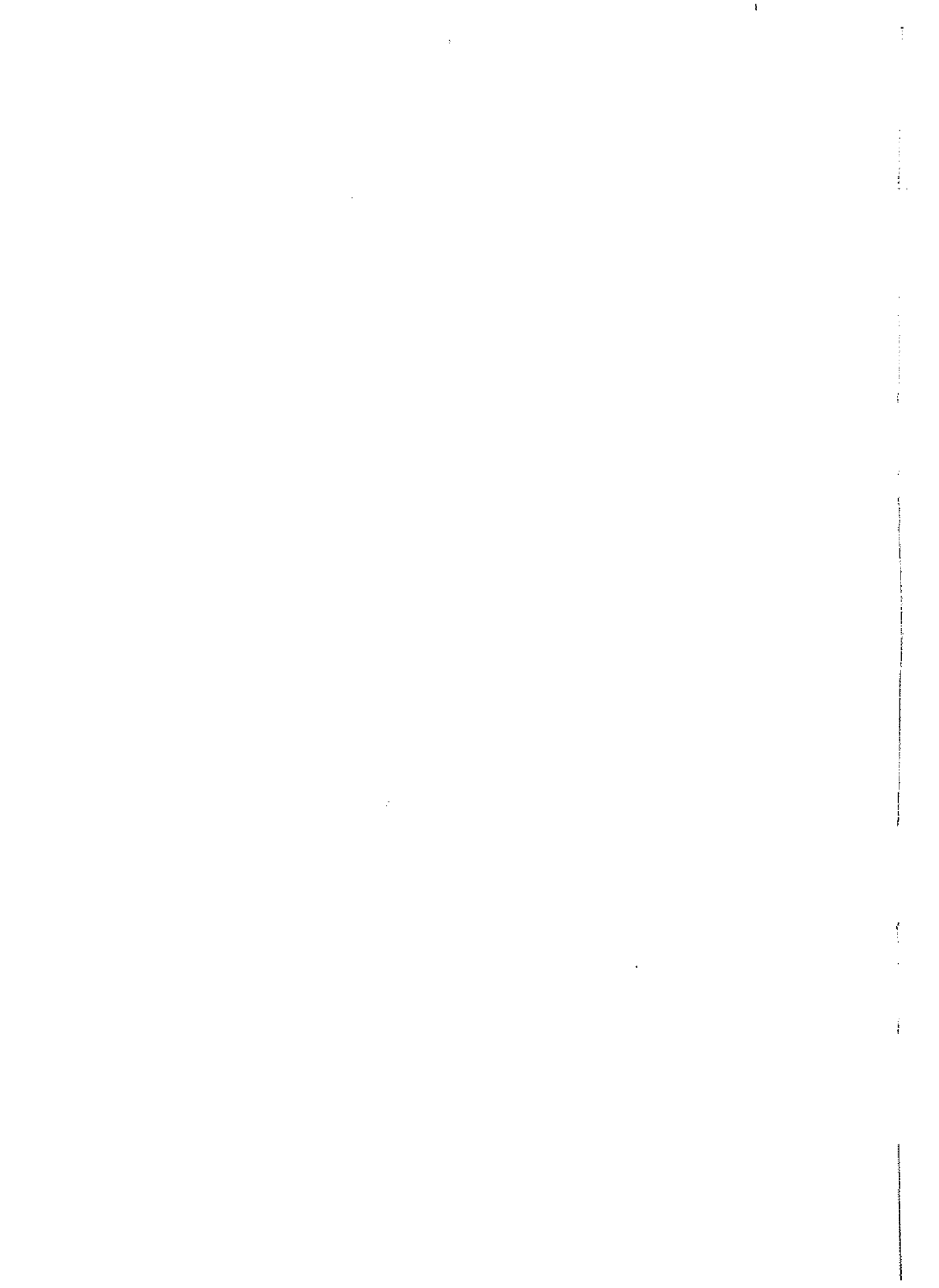
Analisando as assertivas acima, pode-se afirmar que:

- (A) estão corretas as de números I e II;
  - (B) estão corretas as de números II e III;
  - (C) estão corretas as de números III e IV;
  - (D) todas estão corretas.
5. (Procurador do Estado/PR – 2007): Sobre a tipicidade, atributo do conceito analítico de crime, é incorreto considerar:
- (A) Sua compreensão moderna abrange uma dimensão formal (subsunção do fato à norma) e outra material (relacionada à qualidade da ofensa ao bem jurídico tutelado), de modo que a conduta praticada, por exemplo, em legítima defesa é materialmente atípica e, portanto, não criminosa.
  - (B) A consideração da imputação objetiva da conduta e do resultado (teoria da confiança, permissibilidade do risco, qualidade do resultado e papel social) é importante para a compreensão de uma conduta, independentemente do dolo do sujeito, ser ou não penalmente típica.
  - (C) Os tipos omissivos próprios não podem ser realizados na modalidade tentada.
  - (D) Os tipos compostos ou plurinucleares são regidos pelo princípio da alternatividade a fim de ser solucionada situação de conflito aparente entre normas penais.
  - (E) O contrabando de uma mercadoria, cujo imposto a pagar era de valor insignificante, descaracteriza a censura da conduta, sem, no entanto, afastar a tipicidade penal definida no art. 334 do Código Penal.
6. (Delegado de Polícia/SP – 2008): Policial, ao cumprir regularmente um mandado de prisão, privando a liberdade do condenado, pratica, à luz da teoria da tipicidade conglobante, uma conduta
- (A) antinormativa, mas não típica legalmente
  - (B) tipicamente antijurídica
  - (C) atípica legalmente
  - (D) penalmente conglobada
  - (E) não típica penalmente
7. (87.º MP/SP – 2010) Assinale a alternativa incorreta:
- (A) segundo o princípio da especialidade, a norma específica derroga a norma geral, ainda que aquela contenha consequências penais mais gravosas.
  - (B) segundo o princípio da consunção, na hipótese de crime progressivo, as normas que definem crimes mais graves absorvem as de menor gravidade.
  - (C) o resultado da ação não pode ser atribuído ao agente na hipótese da existência de causa absolutamente independente, salvo se esta for preexistente.

- (D) nos crimes comissivos por omissão, o agente, que possui o especial dever de agir, abstém-se dessa atuação.
- (E) nos crimes de perigo abstrato, o perigo é objeto de presunção *juris et de jure*.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

**Obs.:** Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para download gratuito no site [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).





## TEORIA DO TIPO

Sumário: 11.1. Conceito – 11.2. Espécies – 11.3. Tipo legal – 11.4. Funções do tipo legal: 11.4.1. Função de garantia; 11.4.2. Função fundamentadora; 11.4.3. Função indiciária da ilicitude; 11.4.4. Função diferenciadora do erro; 11.4.5. Função seletiva – 11.5. Estrutura do tipo legal: 11.5.1. Elementos modelos – 11.6. Classificação doutrinária do tipo legal: 11.6.1. Tipo normal e tipo anormal; 11.6.2. Tipo fundamental e tipo derivado; 11.6.3. Tipo fechado e tipo aberto; 11.6.4. Tipo de autor e tipo de fato; 11.6.5. Tipo simples e tipo misto; 11.6.6. Tipo congruente e tipo incongruente; 11.6.7. Tipo complexo – 11.7. Questões.

### 11.1. CONCEITO

Tipo é o modelo genérico e abstrato, formulado pela lei penal, descritivo da conduta criminosa ou da conduta permitida.

Não é somente o conjunto dos elementos da infração penal descrito pela lei, mas também a indicação legal das hipóteses em que se autoriza a prática de um fato típico.

Tipo e tipicidade não se confundem. Como explica Zaffaroni, tipo é uma figura que resulta da imaginação do legislador, enquanto o juízo de tipicidade é a averiguação que sobre uma conduta se efetua para saber se apresenta os caracteres imaginados pelo legislador.<sup>1</sup>

### 11.2. ESPÉCIES

Em consonância com o conceito acima indicado, conclui-se que o tipo apresenta duas categorias: incriminadores e permissivos.

<sup>1</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal – Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1982. v. 2, p. 172.

**Tipos incriminadores** ou **legais** são os tipos penais propriamente ditos, consistentes na síntese legal da definição da conduta criminosa.

**Tipos permissivos** ou **justificadores** são os que contêm a descrição legal da conduta permitida, isto é, as situações em que a lei considera lícito o cometimento de um fato típico. São as causas de exclusão da ilicitude, também denominadas *eximentes* ou *justificativas*.

### 11.3. TIPO LEGAL

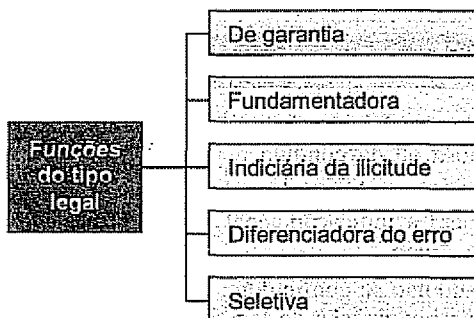
Os tipos legais ou incriminadores estão definidos na Parte Especial do Código Penal e na legislação penal especial.

Não há tipo incriminador na Parte Geral do Código Penal.

Typo legal é o **modelo sintético, genérico e abstrato** da conduta definida em lei como crime ou contravenção penal.

### 11.4. FUNÇÕES DO TIPO LEGAL

O tipo legal não se destina simplesmente a criar infrações penais. Ao contrário, possui outras relevantes funções:



#### 11.4.1. Função de garantia

Como decorrência da previsão constitucional do princípio da reserva legal ou da estrita legalidade, somente a lei em sentido material e formal pode criar um tipo incriminador.

Nesse sentido, o tipo penal funciona como **garantia do indivíduo**.<sup>2</sup> De fato, ao conhecer as condutas reputadas ilícitas pelo Direito Penal, o

<sup>2</sup> STF: Inq 1.145/PB, rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. 19.12.2006.

ser humano pode praticar livremente todas as demais não incriminadas. Sobre-lhe liberdade para gerir sua vida, ficando vedada somente a atuação em desconformidade com a lei penal, já que os casos de incriminação são taxativos (princípio da taxatividade).

Cuida-se, destarte, de **direito fundamental de 1.ª geração**, na medida em que limita o poder punitivo estatal. Não por outro motivo, proclamava Franz von Liszt ser o Código Penal a “Magna Carta do delinquente”.

#### 11.4.2. Função fundamentadora

A previsão de uma conduta criminosa por um tipo penal **fundamenta o direito de punir** do Estado quando o indivíduo viola a lei penal.

A existência de uma lei penal incriminadora é o fundamento da perseguição penal exercida pelo Estado. Para Rogério Greco:

Se, por um lado, o tipo exerce essa função garantista, também é certo afirmar que o Estado, por intermédio do tipo penal, fundamenta suas decisões, fazendo valer o seu *ius puniendi*. A relação entre essas funções do tipo – garantista e fundamentadora – é como se fosse duas faces da mesma moeda. Numa das faces está o tipo garantista, vedando qualquer responsabilização penal que não seja por ele expressamente prevista; na outra, a função fundamentadora por ele exercida, abrindo-se a possibilidade ao Estado de exercitar o seu direito de punir sempre que o seu tipo penal for violado.<sup>3</sup>

#### 11.4.3. Função indiciária da ilicitude

O tipo penal delimita a conduta penalmente ilícita. Por corolário, a circunstância de uma ação ou omissão ser típica autoriza a presunção de ser também ilícita, contrária ao ordenamento jurídico.

Essa presunção é **relativa** (*iuris tantum*), pois admite prova em sentido contrário. Dessa forma, caso o agente sustente em juízo, como tese defensiva, a licitude do fato, deverá provar a existência de uma das excludentes indicadas pelo art. 23 do Código Penal.

Opera-se a **inversão do ônus da prova**. Todo fato típico se presume ilícito, até prova em contrário, a ser apresentada e confirmada pelo responsável pela infração penal.

Exemplificativamente, se “A” efetuou disparos de arma de fogo contra “B”, eliminando sua vida, presume-se automaticamente a ilicitude do fato. Se, entretanto, “A” alegar sua inocência, por ter agido acobertado pela legítima defesa, deverá provar sua ocorrência, pois, caso contrário, será condenado.

<sup>3</sup> GRECO, Rogério. *Curso de direito penal* – Parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 181.

#### 11.4.4. Função diferenciadora do erro

O dolo do agente deve alcançar todas as elementares do tipo legal, razão pela qual o autor de um fato típico somente poderá ser responsabilizado pela prática de um crime doloso quando conhecer todas as circunstâncias de fato que o compõem.

Eventual ignorância acerca de alguma elementar do tipo penal configura erro de tipo, afastando o dolo, nos termos do art. 20 do Código Penal.

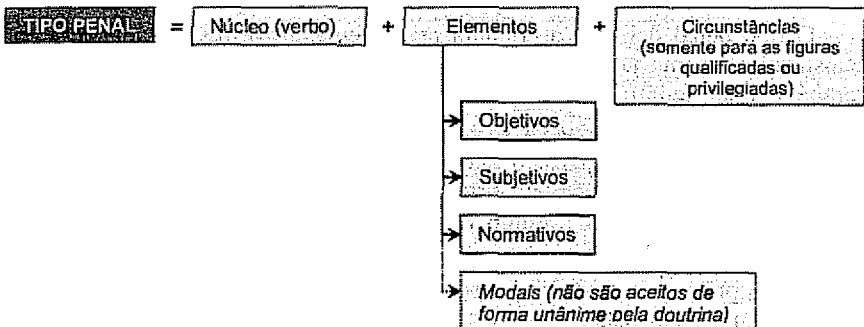
Assim, delineado o tipo penal, com a presença do dolo, não há falar em erro. Ao contrário, sem o fato típico, por ausência de dolo, restará caracterizado o erro de tipo.

#### 11.4.5. Função seletiva

Cabe ao tipo penal a tarefa de selecionar as condutas que deverão ser proibidas (crimes comissivos) ou ordenadas (crimes omissivos) pela lei penal, levando em conta os princípios vetores do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito.

### 11.5. ESTRUTURA DO TIPO LEGAL

O tipo penal, qualquer que seja ele, é composto por um núcleo e elementos. A fórmula do tipo incriminador é, portanto:



Nas figuras qualificadas e privilegiadas são acrescentadas **circunstâncias**.

O **núcleo**, representado pelo **verbo**, é a primeira etapa para a construção de um tipo incriminador. No furto, é “subtrair”, no estupro, “constranger”, e assim por diante.

Toda infração penal contém um núcleo. No art. 121, *caput*, do Código Penal, em que se define o crime de homicídio simples, fórmula incriminadora mais sintética da legislação penal brasileira, há um núcleo (“matar”) e apenas um elemento (“alguém”).

Em torno do núcleo se agregam **elementos** ou **elementares**, que visam proporcionar a perfeita descrição da conduta criminosa.

Esses elementos podem ser de três espécies distintas: objetivos, subjetivos e normativos.

**Elementos objetivos** ou **descritivos** são as circunstâncias da conduta criminosa que não pertencem ao mundo anímico do agente. Possuem validade exterior que não se limita ao sujeito que o pratica. Ao contrário, podem ser constatados por qualquer pessoa, uma vez que exprimem um **juízo de certeza**.

Na identificação desses elementos se prescinde de valoração cultural ou jurídica. É o caso de “alguém” nos crimes de homicídio (CP, art. 121) e estupro (CP, art. 213), entre tantos outros.

**Elementos normativos**, por seu turno, são aqueles para cuja compreensão não pode o sujeito se limitar a uma mera atividade cognitiva. Reclamam, para perfeita aferição, uma interpretação valorativa, isto é, necessitam de um **juízo de valor** acerca da situação de fato por parte do destinatário da lei penal.

Na definição de Luis Luisi:

“Não são, portanto, elementos que se limitam a descrever o natural, mas que dão à ação, ao seu objeto, ou mesmo às circunstâncias, uma significação, um valor. As expressões “honesto”, “indevidamente”, “sem justa causa”, e mesmo, “cruel”, “insidioso” para qualificar os meios, são exemplos de elementos típicos normativos.”<sup>4</sup>

Os elementos normativos podem ser jurídicos ou culturais.

**Elementos normativos jurídicos** são os que traduzem conceitos próprios do Direito, relativos à ilicitude (“indevidamente” e “sem justa causa”, por exemplo), ou então atinentes a termos ou expressões jurídicas (tais como “documento”, “funcionário público” e “duplicata”).

Os elementos normativos que dizem respeito a termos ou expressões jurídicas são também denominados **elementos normativos impróprios**.

Por sua vez, **elementos normativos culturais, morais** ou **extrajurídicos** são os que envolvem conceitos próprios de outras disciplinas do conhecimento,

<sup>4</sup> LUISI, Luis. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Fabris, 1987. p. 57. É importante observar que, atualmente, a única hipótese em que o Código Penal emprega a palavra “honesto” está no art. 83, III, atinente ao livramento condicional. Todas as demais outrora existentes foram revogadas pela Lei 11.106/2005.

artísticas, literais, científicas ou técnicas. São seus exemplos: “ato obsceno”, “pudor”, “ato libidinoso”, “arte” etc.

**Elementos subjetivos** são os que dizem respeito à **esfera anímica do agente**, isto é, ao dolo, especial finalidade de agir e demais tendências e intenções.

Sempre que o tipo penal alojar em seu bojo um elemento subjetivo, será necessário que o agente, além do dolo de realizar o núcleo da conduta, possua ainda a finalidade especial indicada expressamente pela descrição típica. No crime de furto (CP, art. 155), não basta a subtração da coisa alheia móvel: esta deve ser realizada pelo agente para si ou para outrem, ou seja, exige-se o ânimo de assenhoreamento definitivo (*animus rem sibi habendi*).

Diversos estudiosos do Direito Penal utilizam a expressão **elementos subjetivos do injusto**. Na pureza da técnica, essa terminologia, normalmente empregada como sinônima de elementos subjetivos do tipo, deve ser reservada somente àqueles que sustentam a identidade entre a tipicidade e a ilicitude, no sentido de que uma não existe sem a outra. Como bem explica Damásio E. de Jesus:

Na verdade, as expressões se equivalem. A adoção de uma ou de outra depende da doutrina que se adote em relação à teoria do tipo e da antijuridicidade. Para aqueles que, como Mezger, acreditam numa ilicitude tipificada, isto é, afirmar que a antijuridicidade se encontra no tipo, a expressão é *elementos subjetivos do injusto* (elementos subjetivos da antijuridicidade). Significa que a antijuridicidade (o injusto) concretizada no tipo possui um elemento subjetivo que condiciona a sua existência. Para os que adotam o princípio de que a tipicidade constitui mero índice da antijuridicidade, como Mayer, separando a tipicidade da ilicitude, a expressão é elementos subjetivos do tipo. Significa que o tipo possui um elemento subjetivo, referente à situação anímica do sujeito, que condiciona a tipicidade do fato.<sup>5</sup>

### 11.5.1. Elementos modais

Ao lado dos elementos objetivos, normativos e subjetivos, aceitos por toda a doutrina, alguns autores ainda apontam um quarto grupo, relativo aos elementos modais.

Elementos modais seriam os que expressam no tipo penal **condições específicas de tempo, local ou modo de execução**, indispensáveis para a caracterização do crime.

Aponta-se como exemplo o crime de infanticídio (CP, art. 123), em que a mãe deve matar o próprio filho, nascente ou recém-nascido, sob a influência do estado puerperal, *durante o parto ou logo após*. Há, portanto, a exigência

<sup>5</sup> JESUS, Damásio E. de. *Direito penal. Parte geral*. 28. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 276.

de que o delito seja praticado em condições de tempo previamente fixadas pelo legislador.

O mesmo se dá com o crime de violação de domicílio (CP, art. 150), no qual o agente deve entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, *em casa alheia ou em suas dependências*. Nesse caso, a lei se refere a condições de locais, indispensáveis para o aperfeiçoamento do ilícito penal.

## 11.6. CLASSIFICAÇÃO DOÚTRINÁRIA DO TIPO LEGAL

### 11.6.1. Tipo normal e tipo anormal

**Tipo normal**  é o que prevê apenas elementos de ordem objetiva. Fala-se, no caso, em **tipicidade normal**.

**Tipo anormal**  é o que prevê, além de elementos objetivos, também elementos subjetivos e/ou normativos, acarretando na **tipicidade anormal**.

Vale ressaltar que para os adeptos do finalismo penal todo tipo é anormal. De fato, dolo (elemento subjetivo) e culpa (elemento normativo) compõem a estrutura da conduta, a qual integra o fato típico, e, consequentemente, o tipo penal.

### 11.6.2. Tipo fundamental e tipo derivado

**Tipo fundamental**  ou  **básico**  é aquele que retrata a forma mais simples da conduta criminosas. É denominado **crime simples** e, em regra, está situado no *caput* do dispositivo legal. Exemplo: homicídio simples (CP, art. 121, *caput*).

Há uma exceção no Código Penal: o crime de excesso de exação se encontra no § 1.º do art. 316 do Código Penal. Trata-se da modalidade simples, básica e fundamental do crime, sem estar no *caput*.

**Tipo derivado**  é aquele que se estrutura com base no tipo fundamental, a ele se somando circunstâncias que aumentam ou diminuem a pena. Dividem-se em tipos qualificados (qualificadoras) ou circunstanciados (causas de aumento da pena) e privilegiados, também chamados de *exceptum* (causas de diminuição da pena). Exemplos: homicídio privilegiado (CP, art. 121, § 1.º) e homicídio qualificado (CP, art. 121, § 2.º).

### 11.6.3. Tipo fechado e tipo aberto

**Tipo fechado** , ou  **cerrado** , é o que possui descrição minuciosa da conduta criminosas. É o caso do furto.

**Tipo aberto** é o que não possui descrição minuciosa da conduta criminosa. Cabe ao Poder Judiciário, na análise do caso concreto, complementar a tipicidade mediante um **juízo de valor**. É o caso da rixa (CP, art. 137), pois somente na situação prática poderá se dizer se alguém participou da rixa, ou nela ingressou para separar os contendores.

Os crimes culposos estão previstos em tipos penais abertos, salvo no caso da receptação, em que o art. 180, § 3.º, do Código Penal apresenta detalhadamente a descrição típica.

#### 11.6.4. Tipo de autor e tipo de fato

**Tipo de autor** é o que se relaciona ao **Direito Penal do autor**. É aquele, felizmente cada vez mais extirpado do Direito Penal, em que não se pune uma conduta, mas sim uma determinada pessoa em razão de suas condições pessoais.

**Tipo de fato** é o que tem por objeto a **incriminação** de uma conduta criminosa. Representa as infrações penais do ordenamento jurídico brasileiro em vigor.

#### 11.6.5. Tipo simples e tipo misto

**Tipo simples** é o que abriga em seu interior um **único núcleo**. Define, assim, uma única conduta típica, caracterizando os crimes de ação única. É o caso do roubo (CP, art. 157), em que existe apenas o núcleo “subtrair”.

**Tipo misto** é o que tem na sua descrição típica **dois ou mais núcleos**, representando os crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado. Subdivide-se em duas espécies: tipo misto alternativo e tipo misto cumulativo.

No **tipo misto alternativo**, a lei penal descreve duas ou mais condutas como hipóteses de realização de um mesmo crime, de maneira que a prática sucessiva dos diversos núcleos caracteriza um único delito. São os chamados crimes de ação múltipla, de condutas variáveis ou fungíveis. Na receptação simples (CP, art. 180, *caput*), por exemplo, pratica crime único o agente que adquire um veículo roubado e, ciente dessa origem ilícita, depois o conduz para sua casa, local em que finalmente vem a ocultá-lo.

No **tipo misto cumulativo**, a prática de mais de uma conduta leva ao concurso material, respondendo o agente por todos os delitos praticados, tal como se dá no de abandono material (CP, art. 244).

É importante não confundir os tipos mistos cumulativos com os **crimes de condutas conjugadas**, ou seja, delitos em que o tipo penal prevê somente um núcleo, associado com diversas condutas, e se o sujeito realizar mais de uma delas, responderá por vários crimes, em concurso material ou formal



(impróprio ou imperfeito), dependendo do caso concreto. É o que se dá no crime de abandono moral, tipificado no art. 247 do Código Penal.

### 11.6.6. Tipo congruente e tipo incongruente

**Tipo congruente**  é aquele em que há perfeita coincidência entre a vontade do autor e o fato descrito na lei penal. O agente realiza aquilo que efetivamente desejava. É o que ocorre nos crimes materiais consumados.

**Tipo incongruente**  é aquele em que não há coincidência entre a vontade do autor e o fato descrito na lei penal, ou seja, a conduta do agente provoca algo diverso do que era por ele desejado, tal como se dá na tentativa, nos crimes culposos e nos crimes preterdolosos.

### 11.6.7. Tipo complexo

O tipo penal possui uma parte objetiva, consistente na descrição da conduta criminosa.

Para a teoria clássica da conduta, é o que basta, uma vez que o dolo e a culpa estão alojados no interior da culpabilidade.

Em uma visão finalista, entretanto, os elementos anímicos foram transferidos da culpabilidade para a conduta. O tipo penal passa, então, a conter elementos de dois grupos: objetivos (modelo típico) e subjetivos (dolo e culpa).

Fala-se, assim, que para os finalistas o tipo penal é complexo, o que se justifica pela  **fusão dos elementos objetivos** , situados no mundo exterior, com os  **elementos subjetivos** , situados internamente, no psiquismo do agente.<sup>6</sup>

## 11.7. QUESTÕES

- (85.º Promotor de Justiça MP/SP): Tendo em vista que, segundo Anibal Bruno, "o tipo é por definição a fórmula descritiva das circunstâncias objetivas do crime", os tipos anormais:
  - são os que contêm elementos normativos, como a expressão "sem justa causa".
  - são os que contêm termos jurídicos, como "cheque".
  - são os que contêm expressões que exigem juízo de valorização, como "dignidade".
  - são os que contêm termos relativos a outras ciências, como "saúde".
  - todas as alternativas acima são hipóteses de tipos anormais.
- (Juiz Militar TJM/SP – 2007): No crime de violação de segredo profissional, a expressão e circunstância elemental, "sem justa causa", constitui, na análise do tipo penal, o seguinte aspecto:
  - Elemento Objetivo.

<sup>6</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal. Parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 433.

- (B) Elemento Subjetivo.
  - (C) Elemento Suspeito.
  - (D) Elemento Adequativo.
  - (E) Elemento Normativo.
3. (23.º Procurador da República MPF): No tema tipicidade penal, é correto afirmar que os elementos normativos:
- (A) designam realidades, fenômenos ou coisas perceptíveis diretamente pelo intérprete;
  - (B) são alcançados pelo dolo e expressam as tendências, intenções, os motivos especiais de agir e todos os demais fenômenos;
  - (C) são constituídos por termos ou expressões que somente adquirem sentido quando integrados por um juízo de valor, preexistente em outras normas jurídicas ou ético-sociais;
  - (D) não são encontrados nos tipos que definem os *crimes contra o patrimônio* e os *crimes praticados por funcionário contra a administração em geral*.
4. (20.º Procurador da República MPF): Para os que concebem a teoria dos elementos negativos do tipo:
- (A) o ponto de partida a tal teoria está na relação tipicidade-culpabilidade.
  - (B) posicionam-se em compatível com o tipo avalorado.
  - (C) posicionam-se em concepção compatível com o tipo indiciário.
  - (D) posicionam-se em concepção compatível com o tipo como *ratio essendi* da antijuricidade.
5. (3.º Concurso Defensoria Pública/SP – FCC) Assinale a alternativa correta.
- (A) Os tipos penais são criados pelo legislador, excepcionalmente, entretanto, o juiz pode, usando analogia, criar tipos penais.
  - (B) Nos tipos penais abertos a conduta não é totalmente individualizada.
  - (C) O tipo penal define condutas e personalidades criminosas.
  - (D) A lei penal em branco é inconstitucional por conter delegação de competência.
  - (E) Bens jurídicos relevantes são penalmente tutelados independentemente de tipo penal.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

Obs.: Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no site [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

## CRIME DOLOSO

Sumário: 12.1. Introdução – 12.2. Teorias do dolo: 12.2.1. Teorias adotadas pelo Código Penal – 12.3. Elementos do dolo – 12.4. Dolo natural e dolo normativo – 12.5. Espécies de dolo: 12.5.1. Dolo direto e dolo indireto; 12.5.2. *Dolus bonus* e *dolus malus*; 12.5.3. Dolo de propósito e dolo de ímpeto (ou repentino); 12.5.4. Dolo genérico e dolo específico; 12.5.5. Dolo presumido; 12.5.6. Dolo de dano e dolo de perigo; 12.5.7. Dolo de primeiro grau e dolo de segundo grau; 12.5.8. Dolo geral, por erro sucessivo, *dolus generalis* ou *aberratio causae*; 12.5.9. Dolo antecedente, dolo atual e dolo subsequente – 12.6. O dolo nas contravenções penais – 12.7. Questões.

### 12.1. INTRODUÇÃO

O dolo, no conceito finalista de conduta, integra a conduta. Pode, assim, ser conceituado como o elemento subjetivo do tipo. É implícito e inerente a todo crime doloso.

Dentro de uma concepção causal, por outro lado, funciona como elemento da culpabilidade.

Em consonância com a orientação finalista, por nós adotada, o dolo consiste na vontade e consciência de realizar os elementos do tipo penal.

### 12.2. TEORIAS DO DOLO

Existem três teorias acerca do dolo:

#### a) Teoria da representação

Para essa teoria, a configuração do dolo exige apenas a **previsão do resultado**. Privilegia o lado intelectual, não se preocupando com o aspecto volitivo, pois pouco importa se o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Basta que o resultado tenha sido antevisto pelo sujeito. Em

nosso sistema penal tal teoria deve ser afastada, por confundir o dolo com a culpa consciente.

#### b) Teoria da vontade

Essa teoria se vale da teoria da representação, ao exigir a previsão do resultado. Contudo, vai mais longe. Além da representação, reclama ainda a **vontade de produzir o resultado**.

#### c) Teoria do assentimento

Também chamada de **teoria do consentimento** ou da **anuência**, complementa a teoria da vontade, recepcionando sua premissa. Para essa teoria, há dolo não somente quando o agente quer o resultado, mas também quando realiza a conduta assumindo o risco de produzi-lo.

### 12.2.1. Teorias adotadas pelo Código Penal

Dispõe o art. 18, inciso I, do Código Penal:

**Art. 18.** Diz-se o crime:

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

O dispositivo legal revela que foram duas as teorias adotadas pelo Código Penal: a da **vontade**, ao dizer “quis o resultado”, e a do **assentimento**, no tocante à expressão “assumiu o risco de produzi-lo”.

Dolo é, sobretudo, vontade de produzir o resultado. Mas não é só. Também há dolo na conduta de quem, após prever e estar ciente de que pode provocar o resultado, assume o risco de produzi-lo.

## 12.3. ELEMENTOS DO DOLO

O dolo é composto por consciência e vontade.

A consciência é seu elemento **intelectual**, ao passo que a vontade desponta como elemento **volitivo**.<sup>1</sup>

Tais elementos se relacionam em três momentos distintos e sucessivos.

Em primeiro lugar, opera-se a consciência da conduta e do resultado.

Depois, o sujeito manifesta sua consciência sobre o nexos de causalidade entre a conduta a ser praticada e o resultado que em decorrência dela será produzido.

<sup>1</sup> Cf. STJ: HC 44.015/SP, rel. Min. Gilson Dipp, 5.ª Turma, j. 13.12.2005.

Por fim, o agente exterioriza a vontade de realizar a conduta e produzir o resultado. Basta, para a verificação do dolo, que o resultado se produza em conformidade com a vontade esboçada pelo agente no momento da conduta. Exemplo: "A" queria matar "B". Efetua contra ele disparos de arma de fogo. Erra os tiros, mas "B", durante a fuga, despenca de um barranco, bate a cabeça ao solo e morre em decorrência de traumatismo craniano. "A" queria matar, e matou. Nessa situação, "A" responderá pelo resultado.

Diz-se, pois, que, no tocante ao nexu causal, não é preciso que o *iter criminis* transcorra na forma idealizada pelo agente. Subsiste o dolo se o objetivo almejado for alcançado, ainda que de modo diverso.

O dolo deve englobar todas as elementares e circunstâncias do tipo penal. Se restar constatada a sua ausência acerca de qualquer parte do crime, entra em cena o instituto do erro de tipo. Assim, no crime de homicídio, é necessário que o agente possua consciência de que com sua conduta "mata alguém", e tenha vontade de fazê-lo.

Como sustentava Hans Welzel, para o seu aperfeiçoamento o dolo precisa abranger o objetivo que o agente deseja alcançar, os meios que emprega para tanto, bem como as consequências secundárias necessariamente vinculadas com o emprego dos meios.<sup>2</sup>

#### 12.4 DOLO NATURAL E DOLO NORMATIVO

A divisão do dolo em natural e normativo relaciona-se à teoria adotada para definição da conduta.

Na teoria clássica, causal ou mecanicista, o dolo (e a culpa) estava alojado no interior da culpabilidade, a qual era composta por três elementos: imputabilidade, dolo (ou culpa) e exigibilidade de conduta diversa. O dolo ainda abrigava em seu bojo a consciência da ilicitude do fato.

Esse dolo, revestido da consciência da ilicitude do fato, era chamado de **dolo normativo**.

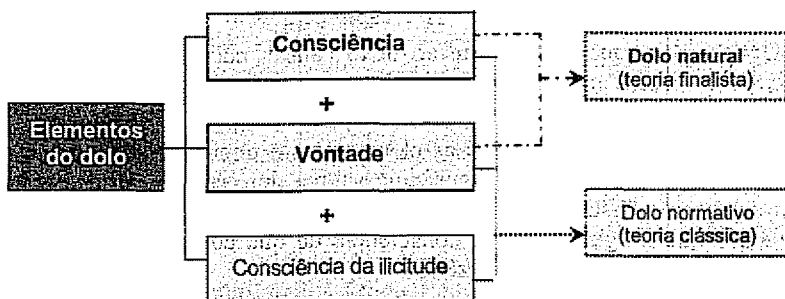
Com a criação do **finalismo penal**, o dolo foi transferido da culpabilidade para a conduta. Passou, portanto, a integrar o fato típico. A culpabilidade continuou a ser composta de três elementos, no entanto, distintos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

O dolo, portanto, abandonou a culpabilidade para residir no fato típico. A consciência da ilicitude, que era atual, passou a ser potencial e deixou de habitar o interior do dolo, para ter existência autônoma como elemento da culpabilidade.

<sup>2</sup> WELZEL, Hans. *La teoría de la acción finalista*. Buenos Aires: Depalma, 1951. p. 21.

Tal dolo, livre da consciência da ilicitude, é chamado de **dolo natural**.

Em síntese, o dolo normativo está umbilicalmente ligado à teoria clássica da conduta, ao passo que o dolo natural se liga ao finalismo penal.



## 12.5. ESPÉCIES DE DOLO

### 12.5.1. Dolo direto e dolo indireto

**Dolo direto**, também denominado **dolo determinado, intencional, imediato** ou, ainda, **dolo incondicionado**, é aquele em que a vontade do agente é voltada a determinado resultado. Dirige sua conduta a uma finalidade precisa. É o caso do assassino profissional que, desejando a morte da vítima, dispara contra ela um único tiro, certo e fatal.

**Dolo indireto** ou **indeterminado**, por sua vez, é aquele em que o agente não tem a vontade dirigida a um resultado determinado. Subdivide-se em dolo alternativo e em dolo eventual.

**Dolo alternativo** é o que se verifica quando o agente deseja, indistintamente, um ou outro resultado. Sua intenção se destina, **com igual intensidade**, a produzir um entre vários resultados previstos como possíveis. É o caso do sujeito que atira contra o seu desafeto, com o propósito de matar ou ferir. Se matar, responderá por homicídio. Mas, e se ferir, responderá por tentativa de homicídio ou por lesões corporais?

Em caso de dolo alternativo, o agente sempre responderá pelo resultado mais grave. Justifica-se esse raciocínio pelo fato de o Código Penal ter adotado em seu art. 18, I, a teoria da vontade. E, assim sendo, se teve a vontade de praticar um crime mais grave, por ele deve responder, ainda que na forma tentada.

**Dolo eventual** é a modalidade em que o agente não quer o resultado, por ele previsto, mas assume o risco de produzi-lo. É possível a sua existência em decorrência do acolhimento pelo Código Penal da teoria do assentimento, na expressão “assumiu o risco de produzi-lo”, contida no art. 18, I, do Código Penal.

Imagine o exemplo de um fazendeiro, colecionador de armas de fogo, que treina tiro ao alvo em sua propriedade rural. Certo dia decide atirar com um fuzil de longo alcance. Sabe que os projéteis têm capacidade para chegar até uma estrada próxima, com pequeno fluxo de transeuntes. Prevê que, assim agindo, pode matar alguém. Nada obstante, assume o risco de produzir o resultado, e insiste em sua conduta. Acaba atingindo um pedestre que vem a falecer. Responde por homicídio doloso, pois presente se encontra o dolo eventual.

Deve-se ao alemão Reinhart Frank a formulação de um princípio, rotulado de **teoria positiva do conhecimento**,<sup>3</sup> que é útil como critério prático para identificar o dolo eventual. Para esse postulado, há dolo eventual quando o agente diz a si mesmo: “seja assim ou de outra maneira, suceda isto ou aquilo, em qualquer caso agirei”, revelando a sua indiferença em relação ao resultado.

Na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Saliou-se que, no Direito Penal contemporâneo, além do dolo direto – em que o agente quer o resultado como fim de sua ação e o considera unido a esta última –, há o dolo eventual, em que o sujeito não deseja diretamente a realização do tipo penal, mas a aceita como possível ou provável (CP, art. 18, I, *in fine*). Relativamente a este ponto, aduziu-se que, dentre as várias teorias que buscam justificar o dolo eventual, destaca-se a do assentimento ou da assunção, consoante a qual o dolo exige que o agente aquesça em causar o resultado, além de reputá-lo como possível. Assim, esclareceu-se que, na espécie, a questão principal diz respeito à distinção entre dolo eventual e culpa consciente, ambas apresentando em comum a previsão do resultado ilícito. Observou-se que para a configuração do dolo eventual não é necessário o consentimento explícito do agente, nem sua consciência reflexiva em relação às circunstâncias do evento, sendo imprescindível, isso sim, que delas (circunstâncias) se extraia o dolo eventual e não da mente do autor.<sup>4</sup>

O dolo eventual é admitido por todos os crimes que com ele sejam compatíveis.<sup>5</sup>

Há casos, entretanto, em que o tipo penal exige expressamente o dolo direto. Afasta-se, então, o dolo eventual. E o que se verifica no crime de

<sup>3</sup> “Seja como for, dê no que der, em qualquer caso não deixo de agir.”

<sup>4</sup> HC 91.159/MG, rel. Min. Ellen Gracie, 2.ª Turma, j. 02.09.2008, noticiado no *Informativo* 518.

<sup>5</sup> Cf. STJ: HC 58.423/DF, rel. Min. Nilson Naves, 6.ª Turma, j. 24.04.2007.

receptação dolosa, no qual o art. 180, *caput*, do Código Penal utiliza a expressão “coisa que sabe ser produto de crime”, indicativa de dolo direto. Da mesma forma, o crime de denunciação caluniosa (CP, art. 339), em que se exige a imputação de crime “de que o sabe inocente”.

Alguns autores criticam o dolo eventual, dizendo ser inócuo, pois a sua prova residiria exclusivamente na mente do autor. Não procedem tais alegações, pois o dolo eventual, assim como o dolo direto, não tem a sua comprovação limitada ao psiquismo interno do agente. Extrai-se, ao contrário, das **circunstâncias do caso concreto**, tais como os meios empregados, a apreciação da situação precedente, o comportamento do agente posteriormente ao crime e sua personalidade, entre tantos outros que somente a vida real pode esgotar. Como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

O dolo eventual, na prática, não é extraído da mente do autor, mas, isto sim, das circunstâncias. Nele, não se exige que o resultado seja aceito como tal, o que seria adequado ao dolo direto, mas, isto sim, que a aceitação se mostre no plano do possível, provável.<sup>6</sup>

O dolo eventual não tem, por si só, reprovabilidade inferior ao dolo direto. O Código Penal os colocou em idêntica posição jurídica. A pena-base será fixada levando-se em conta as circunstâncias judiciais previstas no art. 59, não se incluindo nesse rol a modalidade do dolo.

#### *12.5.1.1. Dolo eventual e os crimes de trânsito*

Posiciona-se a jurisprudência atual no sentido de existir dolo eventual na conduta do agente responsável por graves crimes praticados na direção de veículo automotor.

Fundamenta-se essa escolha nas diversas campanhas educativas realizadas nas últimas décadas, demonstrando os inúmeros riscos da direção ousada e perigosa, como se dá no racha, na embriaguez ao volante e no excesso de velocidade em via pública.

Tais advertências são suficientes para esclarecer os motoristas da vedação legal de tais condutas, e, mais, dos resultados danosos que em razão delas são rotineiramente produzidos. E, se mesmo assim continua o condutor de veículo automotor a agir de forma imprudente, revela inequivocamente sua indiferença com a vida e a integridade corporal alheia, devendo responder pelo crime doloso a que der causa.

Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

<sup>6</sup> REsp 247.263/MG, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 05.04.2001.



A conduta social desajustada daquele que, agindo com intensa reprovabilidade ético-jurídica, participa, com o seu veículo automotor, de inaceitável disputa automobilística realizada em plena via pública, nesta desenvolvendo velocidade exagerada – além de ensejar a possibilidade de reconhecimento de dolo eventual inerente a esse comportamento do agente –, ainda justifica a especial exasperação da pena, motivada pela necessidade de o Estado responder, grave e energicamente, à atitude de quem, em assim agindo, comete os delitos de homicídio doloso e lesões corporais.<sup>7</sup>

Nessa mesma linha o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Não se pode generalizar a exclusão do dolo eventual em delitos praticados no trânsito. Na hipótese de “racha”, em se tratando de pronúncia, a desclassificação da modalidade dolosa de homicídio para a culposa deve ser calcada em prova por demais sólida. No *judicium accusationis*, inclusive, a eventual dúvida não favorece os acusados, incidindo, aí, a regra exposta na velha parêmia *in dubio pro societate*. [...] O tráfego é atividade própria de risco permitido. O “racha”, no entanto, é – em princípio – anomalia que escapa dos limites próprios da atividade regulamentada.<sup>8</sup>

### 12.5.2. *Dolus bonus e dolus malus*

Essa divisão diz respeito aos motivos do crime, que podem aumentar a pena, como no caso do motivo torpe, ou diminuí-la, tal como se dá no motivo de relevante valor social ou moral.

É mencionada pela doutrina, mas guarda maior intimidade com o Direito Civil.

### 12.5.3. Dolo de propósito e dolo de ímpeto (ou repentino)

**Dolo de propósito, ou refletido**, é o que emana da reflexão do agente, ainda que pequena, acerca da prática da conduta criminosa. Verifica-se nos crimes premeditados.

**Dolo de ímpeto, ou repentino**, é o que se caracteriza quando o autor pratica o crime motivado por paixão violenta ou excessiva perturbação de ânimo. Não há intervalo entre a cogitação do crime e a execução da conduta penalmente ilícita. Ocorre, geralmente, nos crimes passionais.

### 12.5.4. Dolo genérico e dolo específico

Essa classificação ganhou destaque na teoria clássica da conduta.

<sup>7</sup> HC 71.800-1/RS, 1.ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, DJ 20.06.1995.

<sup>8</sup> REsp 247.263/MG, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 05.04.2001.

Falava-se em **dolo genérico** quando a vontade do agente se limitava à prática da conduta típica, sem nenhuma finalidade específica, tal como no crime de homicídio, em que é suficiente a intenção de matar alguém, pouco importando o motivo para a configuração da modalidade básica do crime.

Por outro lado, o **dolo específico** existia nos crimes em que a referida vontade era acrescida de uma **finalidade especial**. No caso da injúria, por exemplo, não basta a atribuição à vítima de uma qualidade negativa. Exige-se também tenha a conduta a finalidade de macular a honra subjetiva da pessoa ofendida.

Atualmente, com a superveniência da teoria finalista, utiliza-se o termo **dolo** para referir-se ao antigo dolo genérico.

A expressão dolo específico, por sua vez, foi substituída por **elemento subjetivo do tipo** ou, ainda, **elemento subjetivo do injusto**.

#### 12.5.5. Dolo presumido

**Dolo presumido**, ou **dolo in re ipsa**, seria a espécie que dispensa comprovação no caso concreto. Não pode ser admitido no Direito Penal moderno, que não aceita a responsabilidade penal objetiva.

#### 12.5.6. Dolo de dano e dolo de perigo

**Dolo de dano** ou **de lesão** é o que se dá quando o agente quer ou assume o risco de lesionar um bem jurídico penalmente tutelado. É exigido para a prática de um crime de dano. Na lesão corporal, por exemplo, exigem-se a consciência e a vontade de ofender a saúde ou a integridade corporal de outrem.

**Dolo de perigo** é o que ocorre quando o agente quer ou assume o risco de expor a perigo de lesão um bem jurídico penalmente tutelado. No crime tipificado pelo art. 130 do Código Penal, exemplificativamente, o dolo do agente se circunscreve à exposição de alguém, por meio de relações sexuais ou de ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado.

#### 12.5.7. Dolo de primeiro grau e dolo de segundo grau

O **dolo de primeiro grau** consiste na vontade do agente, direcionada a determinado resultado, efetivamente perseguido, englobando os meios necessários para tanto. Há a intenção de atingir um único bem jurídico. Exemplo: o matador de aluguel que persegue e mata, com golpes de faca, a vítima indicada pelo mandante.

**Dolo de segundo grau ou de consequências necessárias** é a vontade do agente dirigida a determinado resultado, efetivamente desejado, em que a utilização dos meios para alcançá-lo inclui, obrigatoriamente, efeitos colaterais de verificação praticamente certa. O agente não deseja imediatamente os efeitos colaterais, mas tem por certa a sua superveniência, caso se concretize o resultado pretendido.

Cita-se o exemplo do assassino que, desejando eliminar a vida de determinada pessoa que se encontra em lugar público, instala ali uma bomba, a qual, quando detonada, certamente matará outras pessoas ao seu redor. Mesmo que não queira atingir essas outras vítimas, tem por evidente o resultado se a bomba explodir como planejado.<sup>9</sup>

#### 12.5.8. Dolo geral, por erro sucessivo, *dolus generalis* ou *aberratio causae*

**Dolo geral, por erro sucessivo** ou *aberratio causae* é o engano no tocante ao meio de execução do crime, relativamente à forma pela qual se produz o resultado inicialmente desejado pelo agente.

Ocorre quando o sujeito, acreditando ter produzido o resultado almejado, pratica nova conduta com finalidade diversa, e ao final se constata que foi esta última que produziu o que se buscava desde o início.

Cuida-se de **erro sobre a relação de causalidade**. Inexiste erro quanto às elementares do tipo, bem como no tocante à ilicitude do fato.

Esse erro é **irrelevante** no Direito Penal, de natureza acidental, pois o que importa é que o agente queria um resultado e o alcançou. O dolo é geral e envolve todo o desenrolar da ação típica, do início da execução até a consumação.

Vejamos um exemplo: “A” encontra seu desafeto “B” em uma ponte. Após conversa enganosa, oferece-lhe uma bebida, misturada com veneno. “B”, inocente, ingere o líquido. Em seguida, cai ao solo, e o autor acredita estar ele morto. Com o propósito de ocultar o cadáver, “A” coloca o corpo de “B” em um saco plástico e o lança ao mar. Dias depois, o cadáver é encontrado em uma praia, e, submetido a exame necroscópico, conclui-se ter a morte ocorrido por força de asfixia provocada por afogamento.

Nesse caso, o autor deve responder por homicídio consumado. Queria a morte de “B” e a ela deu causa. Há perfeita congruência entre sua vontade e o resultado naturalístico produzido.

<sup>9</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. espanhola Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo a Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 2006. p. 423-424.

No tocante à qualificadora, deve ser considerado o meio de execução que o agente desejava empregar para a consumação (veneno), e não aquele que, acidentalmente, permitiu a eclosão do resultado naturalístico. Como esclarece Paulo José da Costa Júnior:

Pouco importa que o agente, que pretendia a obtenção de determinado evento, tenha conseguido alcançá-lo com uma mudança do nexu causal. Se no campo objetivo a *aberratio causae* é de todo indiferente ao direito penal, não o será fatalmente no terreno subjetivo, em que poderá apresentar certa relevância, sobretudo na motivação da conduta.<sup>10</sup>

### 12.5.9. Dolo antecedente, dolo atual e dolo subseqüente

**Dolo antecedente**, também conhecido como **inicial** ou **preordenado**, é o que existe desde o início da execução do crime. É suficiente para fixar a responsabilidade penal do agente. Com efeito, não é necessário que o dolo subsista durante o integral desenvolvimento dos atos executórios.

Há quem não concorde com essa espécie de dolo. A propósito, discorre Guilherme de Souza Nucci: “Trata-se de elemento subjetivo inadequado para a teoria do crime. O autor deve agir, sempre, com dolo atual, isto é, concomitante à conduta desenvolve-se a sua intenção de realização do tipo penal”.<sup>11</sup>

**Dolo atual**, ou **concomitante**, é aquele em que persiste a vontade do agente durante todo o desenvolvimento dos atos executórios.

**Dolo subseqüente** ou **sucessivo**, finalmente, é o que se verifica quando o agente, depois de iniciar uma ação com boa-fé, passa a agir de forma ilícita e, por corolário, pratica um crime, ou ainda quando conhece posteriormente a ilicitude de sua conduta, e, ciente disso, não procura evitar suas consequências.

A diferença entre dolo antecedente e dolo subseqüente é relevante para a distinção dos crimes de apropriação indébita (CP, art. 168) e estelionato (CP, art. 171).

Na apropriação indébita, o agente comporta-se como proprietário de uma coisa da qual tinha a posse ou detenção. Recebeu o bem licitamente, de boa-fé, mas posteriormente surge o dolo e ele não mais restitui a coisa, como se seu dono fosse. O dolo é subseqüente. Exemplo: “A” vai a uma locadora da qual é filiado e toma emprestado um DVD, de forma correta. Após assistir ao filme, do qual gosta muito, e aproveitando-se que está se mudando de país, decide ficar com o bem para si, e não mais o devolve, dolosamente.

<sup>10</sup> COSTA JR., Paulo José da. *O crime aberrante*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 78-79.

<sup>11</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 191.

Já no estelionato o agente desde o início tem a intenção de obter ilícitamente para si o bem, utilizando-se de meio fraudulento para induzir a vítima a erro, alcançando vantagem pessoal em prejuízo alheio. O dolo é inicial. Exemplo: “B” vai à mesma locadora, da qual não é sócio. Apresenta documentos falsos e cria uma ficha para locação. Pega um DVD, leva-o embora e não mais retorna para devolvê-lo.

## 12.6. O DOLO NAS CONTRAÇÕES PENAIS

O art. 3.º do Decreto-lei 3.688/1941 – Lei das Contravenções Penais, com a rubrica “Voluntariedade, Dolo e culpa”, estabelece: “Para a existência da contravenção basta a ação ou omissão voluntária. Deve-se, todavia, ter em conta o dolo ou a culpa, se a lei faz depender, de um ou de outra, qualquer efeito jurídico”.

A primeira parte do dispositivo, dizendo que *para a existência da contravenção penal basta a ação ou omissão voluntária*, revela a íntima ligação entre a Lei das Contravenções Penais com a teoria clássica ou causal da conduta.

De fato, o diploma legal foi promulgado na década de 40 do século passado, mesma época em que entrou em vigor o Código Penal.

Entretanto, a Lei 7.209/1984 modificou substancialmente a Parte Geral do Código Penal, a ele conferindo uma sensível orientação finalista. A Lei das Contravenções Penais, por sua vez, foi mantida, e com ela a concepção clássica então reinante.

Por tal motivo, consta do texto de lei ser suficiente para a existência da contravenção a ação ou omissão voluntária. Como se sabe, na teoria clássica o dolo e a culpa figuravam como elementos da culpabilidade. Por corolário, para a conduta seria suficiente a ação ou omissão.

Mas a regra deve ser interpretada levando-se em conta que as contravenções penais são, geralmente, infrações penais de mera conduta, sem produção de resultado naturalístico. Assim, basta efetivamente a ação ou omissão voluntária, pois o dolo, em consonância com o art. 18 do Código Penal, ocorre quando o agente quis o **resultado** ou assumiu o risco de produzi-lo.

E, diz a segunda parte do dispositivo, *deve-se ter em conta o dolo ou a culpa, se a lei faz depender, de um ou de outra, qualquer efeito jurídico*. Destarte, quando a contravenção penal não se enquadrar como de mera conduta, aí sim a lei exige expressamente o dolo e a culpa.

Conclui-se, assim, que o dispositivo não consagra a responsabilidade penal objetiva. Quando se fala em ação ou omissão voluntária, refere-

-se à vontade, elemento da conduta e, também, do dolo. Não há, assim, diferença entre o tipo subjetivo do crime e o tipo subjetivo da contravenção penal.

Nos dois casos exige-se o dolo, ainda que sem apontá-lo expressamente, mas chamando-o apenas de “ação ou omissão voluntária”, consistente na vontade de realizar os elementos do tipo, colocando-se o sujeito consciente e deliberadamente em situação ilícita.

## 12.7 QUESTÕES

1. (Juiz Federal/TRF 5.<sup>a</sup> Região – 2007): Com relação ao crime de apropriação indébita previdenciária, julgue o item a seguir.

O dolo do crime de apropriação indébita previdenciária é a consciência e a vontade de não repassar à previdência, dentro do prazo e na forma da lei, as contribuições recolhidas, não se exigindo a demonstração de especial fim de agir ou o dolo específico de fraudar a previdência social como elemento essencial do tipo penal. Ademais, ao contrário do que ocorre na apropriação indébita comum, não se exige o elemento volitivo consistente no *animus rem sibi habendi* para a configuração do tipo. Trata-se de crime omissivo próprio, em que o tipo objetivo é realizado pela simples conduta de deixar de recolher as contribuições previdenciárias aos cofres públicos no prazo legal, após a retenção do desconto.

2. (20.<sup>o</sup> Procurador da República MPF) O chamado *dolus generalis*

- (A) identifica-se com a *aberratio ictus*.
- (B) identifica-se com a *aberratio delicti*.
- (C) identifica-se, no curso causal, pela crença em antecipação do resultado, todavia ainda não acontecido.
- (D) identifica-se na *actio libera in causa*.

3. (Delegado de Polícia/SP – 2008): Imaginando morto seu desafeto que tentara esganar, o agente dá causa à precipitação da vítima do alto de uma montanha. No entanto, os laudos técnico-periciais vêm atestar que a vítima encontrava-se apenas inconsciente por força das manobras asfícticas e que o êxito letal decorreria, na realidade, dos politraumatismos produzidos pela queda livre. Tem-se, nessa situação:

- (A) dolo direto de primeiro grau quanto à lesão e dolo de segundo grau no tocante ao homicídio
- (B) *aberratio ictus* (erro na execução)
- (C) dolo geral
- (D) lesão corporal dolosa seguida de morte
- (E) erro sobre elemento do tipo incriminador

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

Obs.: Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no site [www.ediforametodo.com.br](http://www.ediforametodo.com.br).

## CRIME CULPOSO

Sumário: 13.1. Introdução – 13.2. Fundamento da punibilidade da culpa – 13.3. Conceito de crime culposo – 13.4. Elementos do crime culposo: 13.4.1. Conduta voluntária; 13.4.2. Violação do dever objetivo de cuidado; 13.4.3. Resultado naturalístico involuntário; 13.4.4. Nexo causal; 13.4.5. Tipicidade; 13.4.6. Previsibilidade objetiva; 13.4.7. Ausência de previsão – 13.5. Espécies de culpa: 13.5.1. Culpa inconsciente e culpa consciente; 13.5.2. Culpa própria e culpa imprópria; 13.5.3. Culpa mediata ou indireta; 13.5.4. Culpa presumida – 13.6. Graus de culpa – 13.7. Compensação de culpas – 13.8. Concorrência de culpas – 13.9. Caráter excepcional do crime culposo – 13.10. Exclusão da culpa – 13.11. Questões.

### 13.1. INTRODUÇÃO

Dentro de uma concepção finalista, culpa é o **elemento normativo** da conduta, pois a sua aferição depende da valoração do caso concreto. Somente após minucioso juízo de valor poderá o intérprete afirmar se ela ocorreu ou não.

Os crimes culposos, em regra, são previstos por **tipos penais abertos**, pois a lei não diz expressamente no que consiste o comportamento culposo, reservando tal missão ao magistrado na apreciação da lide posta à sua análise.

Geralmente, o tipo penal descreve a modalidade dolosa, e, quando a ele também atribui variante culposa menciona expressamente a fórmula: “**se o crime é culposo**”.

Nada impede, entretanto, a definição de um crime culposo em um tipo penal fechado, tal como ocorre na receptação culposa (CP, art. 180, § 3.º), na qual o legislador aponta expressamente as formas pelas quais a culpa pode se manifestar: (1) natureza ou desproporção entre o valor e o preço da coisa adquirida ou recebida pelo agente, (2) condição de quem a oferece, ou (3) no caso de se tratar de coisa que deve presumir-se obtida por meio criminoso.

A opção legislativa pela descrição de crimes culposos por meio de tipos fechados seria indiscutivelmente mais segura e precisa. De outro lado, essa escolha logo se revelaria insuficiente, pois seria impossível à lei prever, antecipadamente, todas as situações culposas que podem ocorrer na vida cotidiana.

### 13.2. FUNDAMENTO DA PUNIBILIDADE DA CULPA

No passado, diversos autores se manifestaram pela inutilidade da aplicação da pena ao crime culposos.

Na Itália, Puglia e Vanini sustentavam que essa modalidade de delito não provém de um impulso contrário ao Direito e, conseqüentemente, a pena se mostraria ineficaz, já que a sua função seria a de afastar temporariamente do convívio social os indivíduos que revelam periculosidade, fator inexistente no sujeito que praticou uma lesão por não tê-la previsto, quando a deveria prever.

Com o advento da Escola Positiva, a punição da culpa passou a ser reclamada por necessidade social, por ser a sanção penal uma reação constante e independente da vontade. O homem seria responsável tanto pelo crime culposos como pelo crime doloso, porque vive em sociedade.

Atualmente, encontra-se encerrada a discussão acerca da obrigatoriedade de punição do crime culposos. O interesse público impõe conseqüências penais àqueles que agem culposamente, visando a preservação de bens indispensáveis ou relevantes à vida em sociedade.

Oportuna a lição de E. Magalhães Noronha, ainda mais forte na modernidade em que ora vivemos, com exemplos constantes de acidentes aéreos, desabamentos de construções e estádios de futebol, crateras de metrô que tiram a vida de inúmeras pessoas e tantos outros casos que, infelizmente, vêm se tornando cada vez mais rotineiros:

É indiscutível, pois, a necessidade da repressão e prevenção do delito culposos. Este é, sobretudo, o *delito dos tempos atuais, do progresso e da civilização*. Com o desenvolvimento da indústria, com o advento da era da máquina, multiplicaram-se os crimes culposos. Basta confrontar-se o Código Penal vigente com o do Império, para se verificar o chocante contraste entre eles em matéria de culpa.

A consciência social hoje não mais suportaria o olvido do delito culposos. Os grandes sinistros (desastres ferroviários, aéreos, marítimos, incêndios de arranha-céus etc.) produzindo numerosas vítimas e danos patrimoniais vultosos, exigem sempre a apuração da *causa*, que não é tolerável quando se demonstra ter sido gerada pela imprudência, negligência ou imperícia de uma ou outra pessoa. Em situações tais, confrange-nos a idéia de que *nunca tantos pagaram por tão poucos*.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> MAGALHÃES NORONHA, E. *Do crime culposos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966. p. 147-148.



Em respeito ao menor desvalor da conduta, porém, os crimes culposos são apenados de modo mais brando do que os dolosos. Lembremos, a propósito, do crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor (CTB, art. 302), no qual mesmo com a eliminação da vida humana por força da falta de atenção no emprego de meio de transporte, indispensável nos dias em que vivemos, a pena máxima é de detenção, por quatro anos, de rara aplicação prática.

Em outro pólo, um crime de furto praticado em concurso de pessoas, ainda que o bem subtraído seja de pequeno valor, pode ter a pena máxima de oito anos de reclusão, sem prejuízo da multa.

### 13.3. CONCEITO DE CRIME CULPOSO

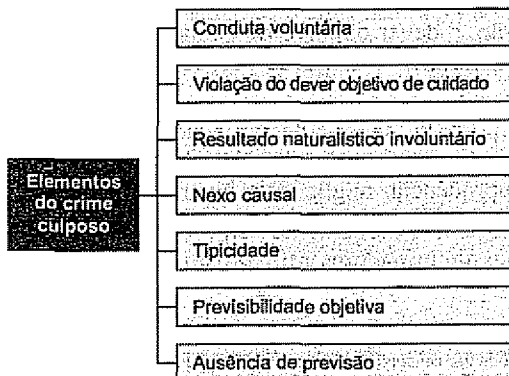
Para possibilitar a integral assimilação do crime culposo, apresentaremos um conceito, posteriormente fracionado em diversos elementos.

Com seus elementos, e também com o exame das espécies de crimes culposos, será mais didática a compreensão do assunto, frequente em concursos públicos e alvo de inúmeras provas dissertativas.

*Crime culposo é o que se verifica quando o agente, deixando de observar o dever objetivo de cuidado, por imprudência, negligência ou imperícia, realiza voluntariamente uma conduta que produz resultado naturalístico, não previsto nem querido, mas objetivamente previsível, e excepcionalmente previsto e querido, que podia, com a devida atenção, ter evitado.*

### 13.4. ELEMENTOS DO CRIME CULPOSO

O crime culposo possui, em regra, os seguintes elementos, assim esquematizados:



### 13.4.1. Conduta voluntária

No crime culposo, a vontade do agente se limita à prática de uma conduta perigosa, por ele aceita e desejada.<sup>2</sup> É importante destacar que a vontade do agente circunscreve-se à realização da conduta, e não à produção do resultado naturalístico. Caso contrário, ou seja, desejando concretizar o resultado, a hipótese é de crime doloso. Ninguém duvida, por exemplo, que o motorista que conduz o seu automóvel a 180 quilômetros por hora em via pública movimentada e atropela um pedestre, matando-o, quis dirigir seu veículo em excesso de velocidade.

O crime culposo pode ser praticado por ação ou omissão. Há culpa tanto quando a mãe coloca a criança para ser aquecida próxima ao fogo, vindo a ser queimada (ação), como quando a mãe desidiosa dorme em excesso e não ministra ao bebê medicamentos no horário adequado, prejudicando a sua saúde (omissão).

A conduta, todavia, é penalmente lícita, ou, quando ilícita, não se destina à produção do resultado naturalístico integrante do crime culposo. É o caso da pessoa que trafega em velocidade incompatível com a segurança na proximidade de uma escola. Ainda que se subsuma ao modelo típico previsto no art. 311 da Lei 9.503/1997 – Código de Trânsito Brasileiro, não se relaciona ao homicídio culposo na direção de veículo automotor (CTB, art. 302), enquanto não for retirada a vida de alguém.

### 13.4.2. Violação do dever objetivo de cuidado

#### 13.4.2.1. Apontamentos gerais

A vida em sociedade retira do homem o direito de fazer tudo o que desejar, quando e onde o desejar. Os interesses de terceiras pessoas e da própria comunidade lhe impõem barreiras intransponíveis.

Nesse diapasão, o dever objetivo de cuidado é o comportamento imposto pelo ordenamento jurídico a todas as pessoas, visando o regular e pacífico convívio social.

No crime culposo, tal dever é desrespeitado pelo agente com a prática de uma conduta descuidada, a qual, fundada em injustificável falta de atenção, emana de sua imprudência, negligência ou imperícia.

Em razão de existir em todo delito culposo essa violação ao dever objetivo de cuidado, alguns doutrinadores referem-se a ele como o objeto central do

<sup>2</sup> "Toda a culpa é culpa da vontade. Só aquilo contra o que o homem pode, do ponto de vista da vontade, alguma coisa, lhe pode ser censurado como culpa" (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, Culpa, Direito Penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 57-58).

estudo do “Direito Penal da Negligência”, o gênero que teria como espécies a imprudência, a negligência propriamente dita e a imperícia.<sup>3</sup>

#### 13.4.2.2. Modalidades de culpa

Imprudência, negligência e imperícia são **modalidades**, e não espécies, de culpa. É por meio delas que o crime culposo se manifesta, por tais modos ele se realiza no mundo exterior.

##### 13.4.2.2.1. Imprudência

É a forma positiva da culpa (*in agendo*), consistente na atuação do agente sem observância das cautelas necessárias. É a **ação** intempestiva e irrefletida. Tem, pois, forma ativa.

Desenvolve-se sempre **de modo paralelo à ação**, ou seja, surge e se manifesta enquanto o seu autor pratica a conduta. No caso em que o motorista dirige seu veículo automotor, enquanto ele respeitar as leis de trânsito a sua conduta é correta. A partir do momento em que passa, por exemplo, a dirigir em excesso de velocidade, surge a imprudência. E, quanto mais ele insistir e agravar essa conduta, mais duradoura e perceptível será essa modalidade de culpa.

##### 13.4.2.2.2. Negligência

É a inação, a modalidade negativa da culpa (*in omitendo*), consistente na omissão em relação à conduta que se devia praticar. Negligenciar é, pois, omitir a ação cuidadosa que as circunstâncias exigem.

Ocorre **previamente ao início da conduta**. É o caso do agente que deixa a arma de fogo municiada em local acessível a menor de idade, inabilitado para manuseá-la, que dela se apodera, vindo a matar alguém. O responsável foi negligente, e depois da sua omissão e em razão dela a conduta criminosa foi praticada.

##### 13.4.2.2.3. Imperícia

É também chamada de **culpa profissional**, pois somente pode ser praticada no exercício de arte, profissão ou ofício.

Ocorre sempre no âmbito de uma função na qual o agente, em que pese autorizado a desempenhá-la, não possui conhecimentos práticos ou teóricos para fazê-la a contento.

<sup>3</sup> Nesse sentido: TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposo. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

Toda profissão, arte ou ofício são regidas por princípios e regras que devem ser do conhecimento e do domínio de todos que a elas se dedicam. Se tais pessoas ultrapassarem os seus limites, conscientes ou inconscientes de sua incapacidade, violam a lei e respondem pelas consequências.

A imperícia somente pode acontecer no exercício de arte, profissão ou ofício. Pode até ocorrer fora destas, mas sob o ponto de vista jurídico deverá então ser tratada como imprudência ou negligência. Assim, por exemplo, se um médico, realizando um parto, causa a morte da gestante, será imperito. Entretanto, se a morte for provocada pelo parto mal efetuado por um curandeiro, não há falar em imperícia, mas em imprudência.

E, ainda, os erros cometidos no desempenho de arte, profissão ou ofício não serão sempre frutos da imperícia, pois podem ser ordenados por negligência ou imprudência.

Negligente seria, por exemplo, o médico que, ao receitar, trocasse o nome do medicamento, provocando a morte do doente. Por seu turno, imprudente seria, exemplificativamente, o cirurgião que, podendo realizar a operação por um método simples e conhecido, decide utilizar, por vaidade profissional, outro mais complexo e difícil, daí resultando a morte do paciente.

Anote-se, porém, que nem toda falha no exercício de arte, profissão ou ofício constitui-se em imperícia. A lei, ao determinar os requisitos necessários ao exercício de determinada atividade, não pode exigir de todas as pessoas o mesmo talento, igual cultura ou idêntica habilidade.

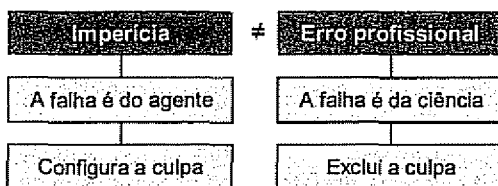
Nesse passo, a imperícia não se confunde com o **erro profissional**.

**Erro profissional** é o que resulta da **falibilidade das regras científicas**. O agente conhece e observa as regras da sua atividade, as quais, todavia, por estarem em constante evolução, mostram-se imperfeitas e defasadas para a solução do caso concreto. Exemplo: Um paciente com câncer no cérebro é internado em hospital especializado e seu tratamento fica a cargo de determinado médico. Todos os procedimentos para combate e eliminação da doença são realizados da melhor forma possível. Nada obstante, o paciente morre.

Questiona-se: Nesse caso, há imperícia por parte do médico?

É claro que não, pois ele realizou com zelo todos os procedimentos e protocolos que tinha à sua disposição. A culpa não é dele, mas da própria ciência da medicina, que não se mostra capacitada para enfrentar com sucesso o problema que lhe foi apresentado.

Destarte, o erro profissional exclui a culpa, uma vez que o resultado ocorre não em razão da conduta do agente, mas sim pelas deficiências da própria ciência.



### 13.4.3. Resultado naturalístico involuntário

No crime culposo, o resultado naturalístico – modificação do mundo exterior provocada pela conduta do agente – funciona como elementar do tipo penal. Em consequência, todo crime culposo integra o grupo dos **crimes materiais**.

O sistema penal brasileiro não admite crimes culposos de mera conduta, ao contrário do que ocorre em outros países, como na Itália.<sup>4</sup>

O resultado naturalístico é, obrigatoriamente, involuntário, salvo na culpa imprópria, adiante analisada. Conclui-se, assim, ser o crime culposo incompatível com a tentativa. É óbvio que não se pode aceitar o início da execução de um crime, que não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente, na hipótese em que o resultado não é desejado.

Portanto, ou o resultado se produz, e o crime está consumado, ou da conduta perigosa não sobrevém o resultado, e o fato é um irrelevante penal, ao menos para a tipificação do crime culposo.<sup>5</sup>

### 13.4.4. Nexa causal

Por se tratar de crime material, a perfeição do crime culposo depende da produção do resultado naturalístico. E, como ocorre nos demais crimes materiais, exige-se o nexa causal, isto é, a relação de causa e efeito entre a conduta voluntária perigosa e o resultado involuntário.

Em consonância com a teoria da *conditio sine qua non*, adotada pelo art. 13, *caput*, do Código Penal, deve ser provado, por exemplo, que a morte da vítima foi produzida pela conduta do agente. No âmbito jurídico, a afirmação da causalidade deve estar respaldada em elementos empíricos que demonstrem que o resultado não ocorreria, com um grau de probabilidade nos limites da certeza, se a ação devida fosse efetivamente evitada ou realizada, tal como

<sup>4</sup> O art. 527 do Código Penal Italiano prevê a modalidade culposa do crime de ato obsceno.

<sup>5</sup> Pode até concretizar-se um crime, mas sempre diferente do culposo que restaria caracterizado com a produção do resultado naturalístico. Exemplo: Aquela que dirige veículo automotor embriagado, expondo a pingo a incolumidade de outrem, responde pelo crime tipificado pelo art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Se, em razão da imprudência ao volante, o agente matar alguém, estará tipificado o crime delimitado pelo art. 302 do CTB (homicídio culposo na direção do veículo automotor), que absorve o de embriaguez ao volante.

o contexto o determinava. Não demonstrada empiricamente essa relação, é de se negar a causalidade.<sup>6</sup>

#### 13.4.5. Tipicidade

Sendo também elemento do fato típico nos crimes materiais consumados, a tipicidade precisa estar presente para a configuração do crime culposo.

Reclama-se, assim, o juízo de subsunção, de adequação entre a conduta praticada pelo agente no mundo real e a descrição típica contida na lei penal para o aperfeiçoamento do delito culposo.

#### 13.4.6. Previsibilidade objetiva

É a possibilidade de uma pessoa comum, com inteligência mediana, prever o resultado.

Esse indivíduo comum, de atenção, diligência e perspicácia normais à generalidade das pessoas é o que se convencionou chamar de **homem médio** (*homo medius*).

Não se trata de pessoa brilhante e genial, nem de um ser humano indolente e desleixado. É uma pessoa normal, de comportamento padrão quando comparado aos indivíduos em geral. Fala-se, também, em homem *standard*.

Existe a previsibilidade do resultado quando, mediante um juízo de valor, se conclui que o homem médio, nas condições em que se encontrava o agente, teria antevisto o resultado produzido.

Nas lições de Néelson Hungria:

Existe previsibilidade quando o agente, nas circunstâncias em que se encontrou, podia, segundo a experiência geral, ter-se representado, como possíveis, as conseqüências do seu ato. Previsível é o fato cuja possível superveniência não escapa à perspicácia comum. Por outras palavras: é previsível o fato, sob o prisma penal, quando a previsão do seu advento, no caso concreto, podia ser exigida do homem normal, do *homo medius*, do tipo comum de sensibilidade ético-social.<sup>7</sup>

Em suma, por ser a culpa o elemento normativo do tipo penal, o magistrado deve valorar a situação, inserindo hipoteticamente o homem médio no lugar do agente no caso concreto. Se concluir que o resultado era previsível àquele, estará configurada a previsibilidade a este.

<sup>6</sup> STJ: HC 68.871-PR, rel. originário Min. Maria Thereza de Assis Moura, rel. para acórdão Min. Og Fernandes, 6.ª Turma, j. 06/08/2009, noticiado no Informativo 401.

<sup>7</sup> HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v. 1, p. 357.

Dai falar-se em previsibilidade objetiva, por levar em conta o fato concreto e um elemento padrão para a sua aferição, e não o agente.<sup>8</sup>

Embora existam valiosos entendimentos nesse sentido, deve ser refutada a proposta de apreciar a previsibilidade de forma subjetiva, isto é, sob o prisma subjetivo do autor do fato, a qual leva em consideração os dotes intelectuais, sociais, econômicos e culturais do agente.

O Direito Penal não pode ficar submisso aos interesses de pessoas incautas e despreparadas para o convívio social. Ademais, a previsibilidade subjetiva fomentaria a impunidade, pois, por se cuidar de questão que habita o aspecto interno do homem, jamais poderia ser fielmente provada a compreensão do agente acerca do resultado que a sua conduta era capaz de produzir.

Lembre-se de uma regra que irá ajudar no estudo de toda a teoria do crime.

O estudo do crime, qualquer que seja o conceito analítico que se adote, se divide em três grandes grupos: (1) fato típico; (2) ilicitude; e (3) culpabilidade.

O **fato** é típico e ilícito. O **agente** é culpável. Em outras palavras, a tipicidade e a ilicitude pertencem ao fato, e a culpabilidade, ao agente.

Disso se infere que sempre que se estudam o **fato típico** e a **ilicitude** leva-se em conta a figura do **homem médio**, um paradigma utilizado para análise do caso concreto.

Por outro lado, quando se aborda a **culpabilidade**, leva-se em conta o **perfil subjetivo do agente**.

Peço desculpas por ser repetitivo, mas o que vale é a sua aprovação, que brevemente virá. Lembre-se: o **fato é típico e ilícito, logo, como o que interessa é o fato, desprezam-se as condições do agente, pois valem somente as circunstâncias do fato. O agente, todavia, é culpável. Na análise da culpabilidade, portanto, leva-se em conta, sempre, o perfil subjetivo do agente.**

Em compasso com a questão em epígrafe, conclui-se que na constatação da previsibilidade do resultado naturalístico no crime culposos a análise é objetiva, fundada no homem médio.

O perfil subjetivo do agente não é desprezado, pois sua análise fica reservada ao juízo da culpabilidade, dentro de um de seus elementos, a potencial consciência da ilicitude. E, nesse caso, a falta de previsibilidade subjetiva importa no afastamento da potencial consciência da ilicitude (elemento da culpabilidade) e, conseqüentemente, na exclusão da própria culpabilidade.

<sup>8</sup> Nesse sentido: STJ: HC 44015/SP, rel. Min. Gíson Dipp, 5.ª Turma, j. 13.12.2005.

### 13.4.7. Ausência de previsão

Em regra, o agente não prevê o resultado objetivamente previsível. Não enxerga aquilo que o homem médio conseguiria ver.

Excepcionalmente, todavia, há previsão do resultado (culpa consciente).

## 13.5. ESPÉCIES DE CULPA

### 13.5.1. Culpa inconsciente e culpa consciente

Essa divisão tem como fator distintivo a previsão do agente acerca do resultado naturalístico provocado pela sua conduta.

**Culpa inconsciente, sem previsão ou *ex ignorantia*** é aquela em que o agente não prevê o resultado objetivamente previsível.

**Culpa consciente, com previsão ou *ex lascivia*** é a que ocorre quando o agente, após prever o resultado objetivamente previsível, realiza a conduta acreditando sinceramente que ele não ocorrerá.<sup>9</sup>

Representa o estágio mais avançado da culpa, pois se aproxima do dolo eventual. Dele, todavia, se diferencia.

Na culpa consciente, o sujeito não quer o resultado, nem assume o risco de produzi-lo. Apesar de sabê-lo possível, acredita sinceramente ser capaz de evitá-lo, o que apenas não acontece por erro de cálculo ou por erro na execução. No dolo eventual o agente não somente prevê o resultado naturalístico, como também, apesar de tudo, o aceita como uma das alternativas possíveis.

Examinemos a seguinte situação: “A” sai atrasado de casa em uma motocicleta, e se dirige para uma entrevista que provavelmente lhe garantirá um bom emprego. No caminho, fica parado em um congestionamento. Ao perceber que a hora combinada se aproxima, e se continuar ali inerte não chegará em tempo, decide trafegar um quarteirão pela calçada, com o propósito de, em seguida, rumar por uma via alternativa descongestionada. Na calçada, depara-se com inúmeros pedestres, mas mesmo assim insiste em sua escolha.

Certamente lhe é previsível que, assim agindo, pode atropelar pessoas, e, conseqüentemente, feri-las e inclusive matá-las. Mas vai em frente e acaba por colidir com uma senhora de idade, matando-a.

Questiona-se: trata-se de homicídio culposo na direção de veículo automotor (CTB, art. 302) ou de homicídio doloso (CP, art. 121)?

<sup>9</sup> Cf. STF: RE 559.649/ES, decisão monocrática rel. Min. Carlos Brito, j. 14.03.2008.



Se “A”, após prever o resultado, acreditar honestamente que ele não irá ocorrer, até mesmo porque fará de tudo para evitá-lo, estará desenhada a culpa consciente. Contudo, se, após a previsão do resultado, assumir o risco de produzi-lo, responderá pelo dolo eventual.

A distinção é tênue, e somente pode ser feita no caso concreto, mediante a análise das provas exteriores ao fato. Como recorda Fernando de Almeida Pedroso:

Elemento de natureza interna e subjetiva, o *animus* (intenção) que motiva o agente ao crime, por obter nascedouro nos recônditos de sua alma e na sua indevassável mente e inexplorável pensamento, torna-se um aspecto de difícil perquirição e dificultosa constatação.<sup>10</sup>

O Código Penal dispensa igual tratamento à culpa consciente e à culpa inconsciente. A previsão do resultado, por si só, não representa maior grau de reprovabilidade da conduta.

### 13.5.2. Culpa própria e culpa imprópria

Essa classificação se baseia na intenção de produzir o resultado naturalístico.

**Culpa própria** é a que se verifica quando o agente não quer o resultado nem assume o risco de produzi-lo. É, por assim dizer, a culpa propriamente dita.

De sua parte, **culpa imprópria**, também denominada **culpa por extensão, por equiparação ou por assimilação**, é aquela em que o sujeito, após prever o resultado, e desejar sua produção, realiza a conduta por **erro inescusável quanto à ilicitude do fato**. O resultado vem, então, a ser concretizado.

O agente incide em erro inescusável, inaceitável, injustificável quanto à ilicitude do fato. Supõe uma situação fática que, se existisse, tornaria a sua ação legítima. Como, entretanto, esse erro poderia ter sido evitado pelo emprego da prudência inerente ao homem médio, responde a título de culpa.

Cuida-se, em verdade, de dolo, eis que o agente quer a produção do resultado. Por motivos de **política criminal**, no entanto, o Código Penal aplica a um crime doloso a punição correspondente a um crime culposo. O erro quanto à ilicitude do fato, embora inescusável, proporciona esse tratamento diferenciado.

E, diante do caráter misto ou híbrido da culpa imprópria (dolo tratado como culpa), revela-se como a **única modalidade de crime culposo que comporta a tentativa**.

<sup>10</sup> PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal*. Parte geral. Doutrina e jurisprudência: São Paulo: Método, 2008. v. 1, p. 458.

Vejamos um exemplo que bem elucida toda a problemática atinente à culpa imprópria.

Uma garota de 15 anos de idade e pertencente a uma família conservadora é proibida pelos pais de namorar. Ela, desobediente, namora um rapaz. Os pais, para evitar os encontros, trancam todas as portas e janelas da casa, e escondem as chaves. O único meio de sair do imóvel é pela janela do quarto do casal.

Depois de constatar que os pais estavam em sono profundo, a garota entra no dormitório dos genitores, pula a janela que dá acesso ao quintal, habitado por dois cães bravios, sobe no muro e o ultrapassa, encontrando seu precoce amado. Saem de carro sem que sejam notados, e, horas depois, durante a madrugada, a jovem retorna à sua casa, já saciada em seu amor.

Pula o muro, passa pelos ferozes cães, que sequer latem e ingressa no quarto dos pais pela janela. Já no interior do dormitório, seu pai, um militar reformado, nota a presença de um vulto com corpo franzino e cabelos compridos, e ordena sua parada. Como a sua determinação não é cumprida, persegue o vulto, e contra ele efetua seis certos disparos de arma de fogo. O corpo cai ao solo. Ao acender a luz, nota que sua filha foi atvejada, mas está viva.

A descrição retrata um típico caso de culpa imprópria.

O agente efetuou disparos com arma de fogo, com intenção de matar (*ammus necandi* ou *animus occidendi*). Tinha dolo direto. Agiu, contudo, com erro inescusável quanto à ilicitude do fato, pois foi imprudente. Poderia ter sido mais cauteloso, já que o vulto não lhe trazia qualquer ameaça, e, com o silêncio dos cachorros, somente poderia ser pessoa da casa.

Responde, assim, por homicídio culposo, com fundamento no art. 20, § 1.º, do Código Penal. E mais: na forma tentada, em que pese se tratar de crime culposo.

### 13.5.3. Culpa mediata ou indireta

É a espécie que ocorre quando o sujeito produz o resultado indiretamente a título de culpa.

É o caso, por exemplo, da vítima que acabara de ser torturada no interior de um veículo, parado no acostamento de movimentada via pública. Quando conseguiu fugir, buscou atravessar a pista, foi atropelada e morreu. O agente responde pela tortura e também pelo homicídio, provocado indiretamente por sua atuação culposa, pois lhe era previsível objetivamente a fuga da pessoa torturada na direção da via pública.

Deve-se atentar que a culpa mediata punível consiste em fato com relação estreita e realmente eficiente no tocante ao resultado naturalístico, não se podendo confundir-la com a mera condição ou ocasião do ocorrido.

#### 13.5.4. Culpa presumida

Também denominada de culpa *in re ipsa*, tratava-se de modalidade de culpa admitida pela legislação penal existente no Brasil antes da entrada em vigor do Código Penal de 1940, e consistia na simples inobservância de uma disposição regulamentar.

Foi abolida do sistema penal pátrio, por constituir-se em verdadeira responsabilidade penal objetiva, retrocesso a tempos pretéritos em que o homem pagava pelo que fizera, sem nenhuma preocupação com o elemento subjetivo.

Não se presume a culpa. Ao contrário, sempre deve ser provada por quem alega sua ocorrência. Na esteira do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

A responsabilidade penal é de caráter subjetivo, impedindo o brocardo *nullum crimen sine culpa* que se atribua a prática de crime a presidente de clube social e esportivo pela morte, por afogamento, de menor que participava de festa privada de associada e mergulhou em piscina funda com outros colegas e com pessoas adultas por perto. Inobservância de eventual disposição regulamentar que não se traduz em causa, mas ocasião do evento lesivo.<sup>11</sup>

### 13.6. GRAUS DE CULPA

No passado, buscou-se distinguir a culpa, quanto à sua intensidade, em grave, leve e levíssima.

A culpa grave, ou lata, ocorreria quando qualquer pessoa fosse capaz de prever o resultado.

Por sua vez, a culpa leve estaria presente somente nos casos em que um homem de inteligência mediana pudesse antever o resultado.

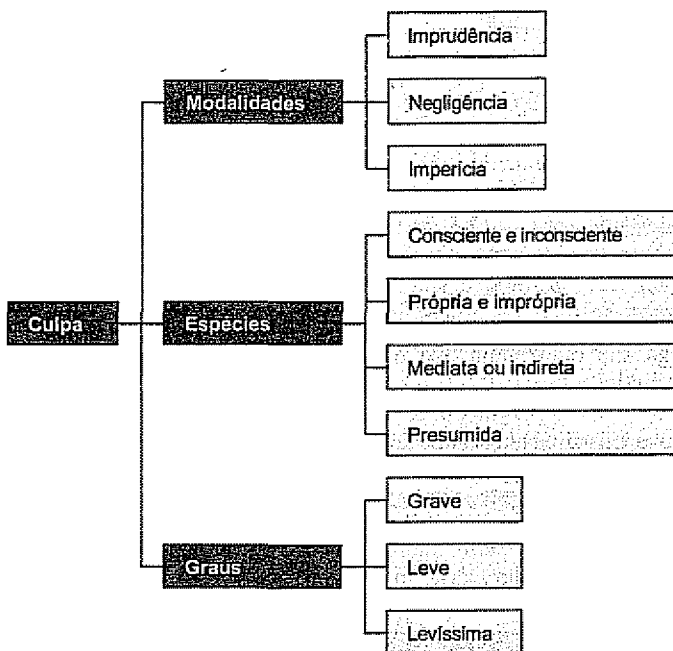
Finalmente, a culpa levíssima seria aquela em que o resultado se afigurasse perceptível somente às pessoas de excepcional cautela e inteligência, aproximando-se bastante do caso fortuito.

O Direito Penal brasileiro refuta a divisão da culpa em graus. Ou há culpa, e está configurada a responsabilidade do agente, ou não existe culpa, e o fato é penalmente irrelevante.

De fato, o art. 59, *caput*, do Código Penal não elenca os graus de culpa como circunstâncias judiciais que influem na dosimetria da pena.

Diante do que foi abordado, é importante destacar as diferenças entre modalidades, espécies e graus de culpa, que podem ser esquematizadas no seguinte gráfico:

<sup>11</sup> RHC 11.397/SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5.ª Turma, j. 11.09.2001.



### 13.7. COMPENSAÇÃO DE CULPAS

Não se admite a compensação de culpas no Direito Penal, uma vez que prevalece o caráter público da sanção penal como fundamento para a sua proibição.<sup>12</sup>

Nesses termos, a culpa do agente não é anulada pela culpa da vítima. Se “A” ultrapassou com seu carro o semáforo no sinal vermelho, vindo a colidir com o automóvel de “B”, que trafegava na contramão da direção, daí resultando lesões corporais em ambos, cada qual responde pelo resultado a que deu causa.

A compensação de culpas tem incidência apenas no direito privado, com a função de reduzir ou excluir o valor da indenização pelo ilícito praticado.

No âmbito penal, vale ressaltar que a culpa da vítima, embora não afaste a culpa do agente, funciona como circunstância judicial favorável ao acusado, a ser sopesada pelo magistrado por ocasião da dosimetria da pena-base. É o que se extrai do art. 59, *caput*, do Código Penal.

<sup>12</sup> Nesse sentido: STJ: AgRg no REsp 881.410/MT, rel. Min. Carlos Fernando Mathias (juiz convocado do TRF 1.ª Região), 6.ª Turma, j. 13.11.2007.

Por último, se é correto afirmar que não há compensação de culpas no Direito Penal, também é certo dizer que a culpa exclusiva da vítima exclui a culpa do agente. Basta a mera interpretação literal da expressão em destaque para concluir que, se a culpa é exclusiva da vítima, certamente o agente atuou de forma correta, é dizer, livre de imprudência, negligência ou imperícia.

### 13.8. CONCORRÊNCIA DE CULPAS

É o que se verifica quando duas ou mais pessoas concorrem, contribuem, culposamente, para a produção de um resultado naturalístico.

Todos os envolvidos que tiveram atuação culposa respondem pelo resultado produzido. Fundamenta-se essa posição na teoria da *conditio sine qua non*, acolhida pelo art. 13, *caput*, do Código Penal: “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa”.

E, como é fácil perceber, se o resultado foi provocado pela pluralidade de condutas culposas, por ele respondem aqueles que as realizaram.

Vejamos um exemplo: No cruzamento entre duas ruas, o veículo de “A” ultrapassa o semáforo quando o sinal vermelho determinava sua parada, momento em que vem a colidir com o automóvel de “B”, o qual, além de trafegar em velocidade acima da permitida, também havia desrespeitado o sinal de trânsito, que estava com passagem livre para pedestres. Entre os carros surge um transeunte que, desavisado, atravessou a via pública e foi atropelado, não resistindo aos ferimentos.

No caso mencionado, tanto “A” como “B” agiram de forma culposa. Concorreram para a produção do resultado naturalístico e por ele deverão responder. Mas não há concurso de pessoas (coautoria ou participação) em face da ausência de vínculo subjetivo entre os envolvidos.

### 13.9. CARÁTER EXCEPCIONAL DO CRIME CULPOSO

Preceitua corretamente o art. 18, parágrafo único, do Código Penal, consagrando o princípio da excepcionalidade do crime culposos, que, salvo nos casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

A modalidade culposa de um crime deve ser expressamente declarada pela lei. No silêncio desta quanto ao elemento subjetivo, sua punição apenas se verifica a título de dolo.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Nesse sentido: STJ: REsp 285.560/SP, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 11.06.2002.

Como destaca Magalhães Noronha:

É excepcional a punibilidade da culpa. Geralmente a norma penal pressupõe no destinatário uma vontade diretamente contrária ao preceito, ou seja, vontade dirigida ao evento proibido ou a um resultado imposto e obrigatório. A derrogação há de ser expressamente indicada, isto é, devem ser declarados taxativamente os casos em que a vontade seja punível, conquanto não dirigida nem ao evento interdito nem ao imposto. Noutros termos, assentada a *normalidade* do dolo, resulta a *excepcionalidade* da culpa, donde a necessidade de declaração expressa.<sup>14</sup>

No campo dos crimes contra o patrimônio tipificados pelo Código Penal, anote-se que o único delito punido a título de culpa é a **receptação** (CP, art. 180, § 3.º). O dano culposo é fato atípico, embora encontre previsão no Código Penal Militar.

## 13.10. EXCLUSÃO DA CULPA

Exclui-se a culpa nos seguintes casos:

### 1. Caso fortuito e força maior

São acontecimentos imprevistos, imprevisíveis e inevitáveis, que escapam do controle da vontade do homem. Se não há previsibilidade, e também não existe vontade, elemento indispensável à conduta, não há falar em culpa nos resultados que deles se originam.<sup>15</sup>

### 2. Erro profissional

A culpa pelo resultado naturalístico não é do agente, mas da ciência, que se mostra inapta para enfrentar determinadas situações. Não se confunde com a imperícia, uma vez que nesta a falha é do próprio agente, que deixa de observar as regras recomendadas pela profissão, arte ou ofício.

### 3. Risco tolerado

Karl Binding, ao estudar o crime culposo, dizia que, quanto mais imprescindível for um tipo de comportamento humano, maior será o risco que em relação a ele se deverá enfrentar, sem que disso possa resultar qualquer espécie de reprovação jurídica. Delimita-se, dessa forma, a linha divisória entre o crime culposo e os fatos impuníveis resultantes do risco juridicamente tolerado.

O médico que opera um doente em estado grave em condições precárias sabe que poderá causar-lhe a morte. E ainda que o resultado venha a ocorrer,

<sup>14</sup> MAGALHÃES NORONHA, E. *Do crime culposo*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966. p. 101.

<sup>15</sup> É o entendimento consagrado no Supremo Tribunal Federal, conforme se extrai do RHC 79.975/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, j. 23.05.2000.

não terá agido com culpa, pois a sua intervenção cirúrgica, na situação em que foi realizada, era indispensável como a única forma para tentar salvar a vida do paciente.

A modernidade fomenta ainda mais o risco tolerado como exclusão da culpa.

Por diversas maneiras, necessárias para a evolução do homem e da própria humanidade, podem ser efetuadas atividades que proporcionam riscos calculados para bens jurídicos penalmente protegidos. O piloto que testa pela primeira vez uma aeronave certamente é colocado em risco de vida, mas a possibilidade de morte é tolerada e aceita para colaborar com o progresso da ciência aeronáutica, indispensável na sociedade atual.

#### 4. Princípio da confiança

Como o dever objetivo de cuidado se dirige a todas as pessoas, pode-se esperar que cada um se comporte de forma prudente e razoável, necessária para a coexistência pacífica em sociedade.

E, por se presumir a boa-fé de todo indivíduo, aquele que cumpre as regras jurídicas impostas pelo Direito pode confiar que o seu semelhante também agirá de forma acertada. Assim agindo, não terá culpa nos crimes eventualmente produzidos pela conduta ilícita praticada por outrem. Exemplo: Aquele que conduz seu carro dentro dos limites de velocidade e de forma correta pode confiar que, ao cruzar o sinal verde, terá o trânsito livre, de modo que, se um motociclista desrespeitar o semáforo e colidir com o seu carro, não responderá pelas lesões eventualmente produzidas.

### 13.11 QUESTÕES

1. (Defensor Público da União – 2004): Acerca do fato típico, julgue o item a seguir.

Na denominada culpa imprópria, o agente supõe, por incidir em erro de tipo inescusável, estar diante de causa de exclusão de ilicitude que justificana a prática de uma conduta típica.

2. (178.º Juiz de Direito TJ/SP): Assinale a alternativa falsa. É elemento do tipo injusto culposo

- (A) a inobservância do dever objetivo de cuidado.
- (B) a produção de um resultado desejado como fim direcionado da ação.
- (C) a produção de um resultado e a existência de nexu causal.
- (D) a previsibilidade consciente e objetiva do resultado.

3. (Magistratura do Trabalho – 3.ª Região – 2009) José, estudante de curso de pós-graduação em Direito, estava dirigindo um automóvel por uma estrada, quando percebeu, à sua direita, um ciclista. Apesar de ter verificado a possibilidade de

**ocorrência de atropelamento, José não reduziu a velocidade e pensou: "existe risco de atropelamento, mas sou muito hábil no volante e não haverá acidente". Na hipótese de vir a ocorrer o acidente, José poderia ter agido:**

- (A) com dolo eventual
- (B) com dolo direto
- (C) com culpa consciente
- (D) com culpa inconsciente
- (E) em legítima defesa

**4. (MP/PR 2009) Sobre o tipo dos crimes culposos, assinale a alternativa *INCORRETA*:**

- (A) a culpa inconsciente é definida pela ausência de representação da lesão do dever de cuidado ou do risco permitido, e, portanto, não admite hipóteses de punibilidade.
- (B) a intensidade da lesão do dever de cuidado ou do risco permitido pode determinar variações da gravidade da culpa, e assim fundamentar maior ou menor reprovabilidade do autor, no âmbito da circunstância judicial da culpabilidade (Código Penal, art. 59).
- (C) no tipo dos crimes culposos, o resultado de lesão do bem jurídico é imputável ao autor se for o produto específico da lesão do dever de cuidado ou do risco permitido.
- (D) a diferença fundamental entre dolo eventual e culpa consciente está no fato de que, na primeira hipótese, o autor aceita ou se conforma com o possível resultado de lesão do bem jurídico, e na segunda hipótese, embora considere como possível o resultado de lesão do bem jurídico, o autor confia na sua concreta evitação.
- (E) no tipo dos crimes culposos, o desvalor da ação é definido pela lesão do dever de cuidado ou lesão do risco permitido.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

**Obs.:** Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no *site* [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).



## CRIME PRETERDOLOSO

Sumário: 14.1. Conceito – 14.2. Relação entre dolo e culpa – 14.3. *Versari in re illicita* – 14.4. Crimes qualificados pelo resultado – 14.5. Questão.

### 14.1. CONCEITO

Preterdolo emana do latim *praeter dolum*, ou seja, além do dolo. Destarte, crime preterdoloso, ou preterintencional, é o que se verifica quando a conduta dolosa acarreta a produção de um resultado mais grave do que o desejado pelo agente.

O propósito do autor era praticar um crime doloso, mas, por culpa, sobreveio resultado mais gravoso.

O crime preterdoloso é uma figura híbrida. Há dolo do antecedente (*minus delictum*) e culpa no consequente (*maius delictum*). Não se trata de um terceiro elemento animico, nem de nova espécie de dolo ou de culpa. Como define Manoel Pedro Pimentel: “É somente a combinação de dois elementos – dolo e culpa – que se apresentam sucessivamente no decurso do fato delituoso: a conduta inicial é dolosa, enquanto o resultado final dela advindo é culposo”.<sup>1</sup>

Nesse tipo de delito, o agente produz resultado diverso do pretendido. Há, pois, divergência entre a sua vontade e o resultado maior produzido. Exemplo típico é apresentado pelo art. 129, § 3.º, do Código Penal (lesão corporal seguida de morte), no qual o legislador, após definir o crime de lesão corporal no *caput*, lhe adiciona um resultado agravador, a morte da vítima, produzida a título de culpa.

<sup>1</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: RT, 1983. p. 87.

O dolo em relação ao resultado agravador, direto ou eventual, afasta o caráter preterdoloso do crime.

#### 14.2. RELAÇÃO ENTRE DOLO E CULPA

Em decorrência do misto de dolo e culpa, o preterdolo é classificado como elemento subjetivo-normativo do tipo penal.

Com efeito, o dolo é o elemento subjetivo do tipo, enquanto a culpa é entendida como elemento normativo, pois a sua constatação depende de um prévio juízo de valor.

Em face da proibição da responsabilidade penal objetiva, pelo resultado que agrava especialmente a pena só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente, conforme dispõe o art. 19 do Código Penal. Destarte, o resultado mais grave deve ser objetivamente previsível, ou seja, previsível ao homem médio.

No tocante à recidiva, deve o reincidente em crime preterdoloso receber idêntico tratamento destinado ao reincidente em crime doloso, pois antes de sobrevir o resultado culposo, mais grave, já havia se aperfeiçoado um delito menos grave, de natureza dolosa.

#### 14.3. VERSARI IN RE ILLICITA

A culpa que agrava especialmente o resultado deve ser provada. Não se presume, seja de forma absoluta (*iuris et de iure*), seja de forma relativa (*iuris tantum*), cabendo o ônus da prova a quem alega sua ocorrência.

Não se admite a figura da *versari in re illicita*, originária do direito canônico e que serviu como ponto de transição entre a responsabilidade penal objetiva e a responsabilidade penal subjetiva. Proclamava o brocardo: *Qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*, isto é, quem se envolve com coisa ilícita é responsável também pelo resultado fortuito.

Na hipótese de lesão corporal seguida de morte, não é porque o agente desejou produzir ferimentos na vítima que, automaticamente, deve responder por sua morte. O resultado mais grave precisa ser derivado de culpa, a ser demonstrada no caso concreto.

#### 14.4. CRIMES QUALIFICADOS PELO RESULTADO

Crime qualificado pelo resultado é aquele que possui uma conduta básica, definida e apenada como delito de forma autônoma, nada obstante

ainda ostente um resultado que o qualifica, majorando-lhe a pena por força de sua gravidade objetiva, desde que exista entre eles relação causal física e subjetiva.

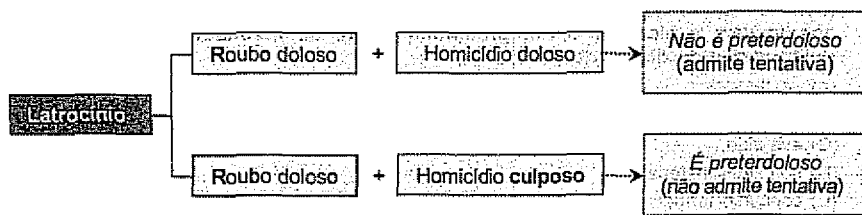
Física, por guardar vínculo de causa e efeito com a primeira, e subjetiva, por referir-se ao mesmo agente.

Todo crime qualificado pelo resultado representa um único crime, e complexo, pois resulta da junção de dois ou mais delitos.

O crime preterdoloso é qualificado pelo resultado. Mas nem todo crime qualificado pelo resultado é preterdoloso. Esse é espécie daquele, seu gênero.

Além do crime preterdoloso, existem três outras espécies de crimes qualificados pelo resultado, quais sejam:

- a) **Dolo na conduta antecedente e dolo no resultado agravador (dolo no antecedente e dolo no consequente):** o crime-base é doloso, bem como o resultado agravador. Como exemplo pode ser indicado o crime de latrocínio (CP, art. 157, § 3.º, *in fine*), em que o roubo é doloso, e a morte pode sobrevir a título de dolo, mas também culposamente.



- b) **Culpa na conduta antecedente e culpa no resultado agravador (culpa no antecedente e culpa no consequente):** a conduta básica e o resultado mais gravoso são legalmente previstos na forma culposa. É o caso dos crimes culposos de perigo comum, resultando lesão corporal grave ou morte (CP, art. 258, *in fine*).

- c) **Culpa na conduta antecedente e dolo no resultado agravador (culpa no antecedente e dolo no consequente):** o fato original é tipificado culposamente, ao contrário do resultado agravador, doloso. Veja-se o crime tipificado pelo art. 303, parágrafo único, da Lei 9.503/1997 – Código de Trânsito Brasileiro –, na hipótese em que o motorista de um veículo automotor em excesso de velocidade atropela um pedestre, ferindo-o culposamente, e, em seguida, dolosamente

deixa de prestar socorro à vítima do acidente, quando era possível fazê-lo sem risco pessoal.

Cezar Roberto Bitencourt também distingue os crimes preterdolosos dos qualificados pelo resultado, mas com fundamento diverso e deveras sucinto. São suas palavras:

Têm-se utilizado, a nosso juízo, equivocadamente, as expressões *crime preterdoloso* e *crime qualificado pelo resultado* como sinônimas. No entanto, segundo a melhor corrente, especialmente na Itália, no crime *qualificado pelo resultado*, ao contrário do *preterdoloso*, o resultado ulterior, mais grave, derivado *involuntariamente* da conduta criminosa, lesa um bem jurídico que, por sua natureza, não contém o bem jurídico precedentemente lesado. Assim, enquanto a *lesão corporal seguida de morte* (art. 129, § 3.º) seria preterintencional, o *aborto seguido da morte da gestante* (arts. 125 e 126 combinados com o 127, *in fine*) seria crime qualificado pelo resultado. O raciocínio é simples: nunca se conseguirá matar alguém sem ofender sua saúde ou integridade corporal, enquanto para matar alguém não se terá necessariamente de fazê-lo abortar.<sup>2</sup>

#### 14.5. QUESTÃO

1. (Juiz Militar TJM/SP – 2007): Na conduta criminosa legalmente prevista, se o agente vem a alcançar o fim pretendido, além do resultado que consuma o delito, estamos diante de
  - (A) continuado.
  - (B) preterdoloso.
  - (C) exaurido.
  - (D) concurso material.
  - (E) concurso formal.
  
2. (Analista Judiciário – Área Judiciária – TRE/AL – FCC/2009) Considere as assertivas abaixo.
  - I. Há dolo eventual quando o agente, embora prevendo o resultado, não quer que ele ocorra nem assume o risco de produzi-lo.
  - II. Há culpa inconsciente quando, embora previsível o resultado, o agente não o prevê por descuido, desatenção ou desinteresse.
  - III. No crime preterdoloso, a conduta inicial é dolosa, mas o resultado deia advindo é culposos.
  - IV. Em todos os crimes contra o patrimônio, 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.

<sup>2</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 290.

Está correto o que se afirma APENAS em

- (A) I, II e III.
- (B) I, III e IV.
- (C) I e IV.
- (D) II e III.
- (E) II e IV.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

**Obs.:** Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no *site* [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

## ERRO DE TIPO

Sumário: 15.1. Introdução – 15.2. Previsão legal – 15.3. Erro e ignorância: distinção e tratamento – 15.4. Conceito – 15.5. Espécies – 15.6. Efeitos – 15.7. Erro de tipo e crime putativo por erro de tipo – 15.8. Descriminantes putativas – 15.9. Erro determinado por terceiro: 15.9.1. Erro determinado por terceiro e concurso de pessoas – 15.10. Erro de tipo acidental: 15.10.1. Erro sobre a pessoa ou *error in persona*; 15.10.2. Erro sobre o objeto; 15.10.3. Erro sobre as qualificadoras; 15.10.4. Erro sobre onexo causal ou *aberratio causae*; 15.10.5. Erro na execução ou *aberratio ictus*; 15.10.6. Resultado diverso do pretendido, *aberratio delicti* ou *aberratio criminis* – 15.11. Gráfico conclusivo – 15.12. Questões.

### 15.1. INTRODUÇÃO

Na redação original do Código Penal de 1940, o art. 17, *caput*, cuidava do **erro de fato**: “É isento de pena quem comete o crime por erro quanto ao fato que o constitui, ou quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”.

Esse dispositivo era muito menos abrangente, pois se referia unicamente aos **elementos objetivos** do tipo penal.

Com a reforma da Parte Geral pela Lei 7.209/1984, o erro de fato foi substituído pelo **erro de tipo**, que, além dos **elementos objetivos**, engloba também os **elementos subjetivos** e **normativos** eventualmente descritos na conduta criminosa.

### 15.2. PREVISÃO LEGAL

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

A expressão “tipo legal de crime” deixa claro que o legislador somente se preocupou com o tipo penal incriminador, isto é, aquele que define uma conduta criminosa, cominando-lhe a pena respectiva.

### 15.3. ERRO E IGNORÂNCIA: DISTINÇÃO E TRATAMENTO

Erro é a falsa percepção da realidade ou o falso conhecimento de determinado objeto. Exemplo: O sujeito erra ao confundir um cavalo com um jumento. Por seu turno, **ignorância** é o completo desconhecimento da realidade ou de algum objeto. Exemplo: O sujeito, nascido em uma casa urbana e trancado no interior de um quarto até os 18 anos de idade, não tem a mínima ideia do que seja um cavalo.

O Código Penal trata de forma idêntica o erro e a ignorância. Ambos podem ensejar a aplicação do instituto do erro de tipo. Destarte, quando fala em “erro”, utiliza essa palavra em sentido amplo, compreendendo o erro propriamente dito e a ignorância.

### 15.4. CONCEITO

Erro de tipo é a falsa percepção da realidade acerca dos **elementos constitutivos do tipo penal**. Extrai-se essa conclusão do art. 20, *caput*, do Código Penal, que somente menciona as elementares. É o chamado **erro de tipo essencial**. Exemplo: “A”, no estacionamento de um *shopping center*, aperta um botão inserido na chave do seu automóvel, com a finalidade de desativar o alarme. Escuta o barulho, abre a porta do carro, coloca a chave na ignição, liga-o e vai para casa. Percebe, posteriormente, que o carro não lhe pertencia, mas foi confundido com outro, de propriedade de terceira pessoa.

Nesse caso, “A” não praticou o crime de furto, assim definido: “Subtrair, para si ou para outrem, coisa **alheia móvel**”. Reputava sua a coisa móvel pertencente a outrem. Errou, portanto, sobre a elementar “alheia”, pois o instituto impede o agente de compreender o aspecto ilícito do fato por ele praticado.

Para Damásio E. de Jesus, contudo, erro de tipo é o que incide sobre elementares e **circunstâncias** da figura típica, tais como **qualificadoras e agravantes genéricas**.<sup>1</sup> Em sua ótica, também estaria configurado o erro de tipo quando, por exemplo, o sujeito, desconhecendo a relação de parentesco, induz a própria filha a satisfazer a lascívia de outrem. Responderia, no caso, pela forma típica fundamental do art. 227 do Código Penal, sem a qualificadora do § 1.º.

<sup>1</sup> JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. Parte geral. 28. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 309.

Consequentemente, para essa posição o erro de tipo não se limita a impedir o agente de compreender o caráter ilícito do fato praticado, mas também das circunstâncias que com o fato se relacionam.

#### 15.4.1. Erro de tipo e crimes omissivos impróprios

Nos crimes omissivos impróprios, também chamados de crimes omissivos espúrios ou comissivos por omissão, o dever de agir, disciplinado no art. 13, § 2.º, do Código Penal, funciona como elemento constitutivo do tipo.

Destarte, nada impede a incidência do erro de tipo em relação ao dever de agir para evitar o resultado, levando-se em conta a relação de normalidade ou perigo do caso concreto. Em síntese, é cabível o erro de tipo na seara dos crimes omissivos impróprios. Exemplo: O salva-vidas avista um banhista se debatendo em águas rasas de uma praia e, imaginando que ele não estava se afogando (e sim dançando; brincando com outra pessoa etc.), nada faz. Posteriormente, tal banhista é retirado do mar sem vida por terceiros. Nessa hipótese, é possível o reconhecimento do instituto previsto no art. 20, *caput*, do Código Penal, aplicando-se os efeitos que lhe são inerentes.

### 15.5. ESPÉCIES

O erro de tipo essencial pode ser escusável ou inescusável.

1) **Escusável, inevitável, invencível ou desculpável:** é a modalidade de erro que não deriva de culpa do agente, ou seja, mesmo que ele tivesse agido com a cautela e a prudência de um **homem médio**, ainda assim não poderia evitar a falsa percepção da realidade sobre os elementos constitutivos do tipo penal.

2) **Inescusável, evitável, vencível ou indesculpável:** é a espécie de erro que provém da culpa do agente, é dizer, se ele empregasse a cautela e a prudência do homem médio poderia evitá-lo, uma vez que seria capaz de compreender o caráter criminoso do fato.

A natureza do erro (escusável ou inescusável) deve ser aferida na análise do caso concreto, levando-se em consideração as condições em que o fato foi praticado.

### 15.6. EFEITOS

O erro de tipo, seja escusável ou inescusável, **sempre exclui o dolo**. De fato, como o dolo deve abranger todas as elementares do tipo penal, resta afastado pelo erro de tipo, pois o sujeito não possui a necessária vontade

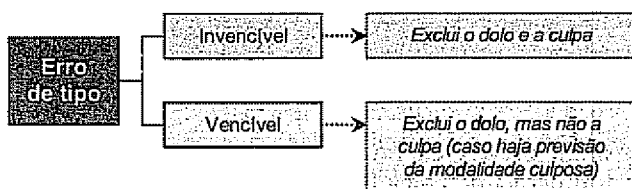


de praticar integralmente a conduta tipificada em lei como crime ou contravenção penal.

Por essa razão, Zaffaroni denomina o erro de tipo de “cara negativa do dolo”<sup>2</sup>

Nada obstante, os efeitos variam conforme a espécie do erro de tipo. O **escusável exclui o dolo e a culpa**, acarretando na impunidade total do fato, enquanto o **inescusável exclui o dolo**, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei (excepcionalidade do crime culposo). Nesse último o agente age de forma imprudente, negligente ou imperita, ao contrário do que faz no primeiro.

**Excepcionalmente**, todavia, pode acontecer de o erro de tipo, **ainda que escusável, não excluir a criminalidade do fato**. Esse fenômeno ocorre quando se opera a desclassificação para outro crime. O exemplo típico é o do particular que ofende um indivíduo desconhecendo a sua condição de funcionário público. Em face da ausência de dolo quanto a essa elementar, afasta-se o crime de desacato (CP, art. 331), mas subsiste o de injúria (CP, art. 140), pois a honra do particular também é tutelada pela lei penal.



## 15.7. ERRO DE TIPO E CRIME PUTATIVO POR ERRO DE TIPO

Em que pese a proximidade terminológica, os institutos não se confundem.

No **erro de tipo** o indivíduo, desconhecendo um ou vários elementos constitutivos, não sabe que pratica um fato descrito em lei como infração penal, quando na verdade o faz.

Já o **crime putativo por erro de tipo**, ou **delito putativo por erro de tipo**, é o imaginário ou erroneamente suposto, que existe exclusivamente na mente do agente. Ele quer praticar um crime, mas, por erro, acaba por cometer um fato penalmente irrelevante. Exemplo: “A” deseja praticar o crime de tráfico de drogas (Lei 11.343/2006, art. 33, *caput*), mas por desconhecimento comercializa talco.

<sup>2</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal. Parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 532.

**15.8 DESCRIMINANTES PUTATIVAS**

Preceitua o art. 20, § 1.º, do Código Penal:

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

**Descriminante** é a causa que exclui o crime, retirando o caráter ilícito do fato típico praticado por alguém. Essa palavra é sinônima, portanto, de **causa de exclusão da ilicitude**.

**Putativa** provém de parecer, aparentar. É algo imaginário, erroneamente suposto. É tudo aquilo que **parece, mas não é o que aparenta ser**.

Logo, discrimicante putativa é a causa de exclusão da ilicitude que não existe concretamente, mas apenas na mente do autor de um fato típico. É também chamada de **discrimicante erroneamente suposta** ou **discrimicante imaginária**.

O art. 23 do Código Penal prevê as causas de exclusão da ilicitude e em todas elas é possível que o agente as considere presentes por erro plenamente justificado pelas circunstâncias: estado de necessidade putativo, legítima defesa putativa, estrito cumprimento de dever legal putativo e exercício regular do direito putativo.

Basta que, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, o agente suponha situação de fato que, se existisse, tornaria a sua ação legítima. Em síntese, o sujeito reputa encontrar-se, em razão dos fatos que o cercam, no contexto de uma causa de exclusão da ilicitude. Imagina-se em legítima defesa, ou em estado de necessidade, quando na verdade os requisitos legais de tais institutos não estão presentes.

As discrimicantes putativas relacionam-se intrinsecamente com a figura do erro, e podem ser de três espécies:

- a) **erro relativo aos pressupostos de fato de uma causa de exclusão da ilicitude:** É o caso daquele que, ao encontrar seu desafeto, e notando que tal pessoa coloca a mão no bolso, saca de seu revólver e o mata. Descobre, depois, que a vítima fora acometida por cegueira, por ele desconhecida, e não poderia sequer ter visto o seu agressor. Ausente, portanto, um dos requisitos da legítima defesa, qual seja a "agressão injusta";
- b) **erro relativo à existência de uma causa de exclusão da ilicitude:** Imagine-se o sujeito que, depois de encontrar sua mulher com o amante, em flagrante adultério, mata a ambos, por crer que assim

possa agir acobertado pela legítima defesa da honra. Nessa situação, o agente errou quanto à existência desta descriminante, não acolhida pelo ordenamento jurídico em vigor;

- c) **erro relativo aos limites de uma causa de exclusão da ilicitude:** Temos como exemplo o fazendeiro que reputa adequado matar todo e qualquer posseiro que invada a sua propriedade. Cuida-se da figura do excesso, pois a defesa da propriedade não permite esse tipo de reação desproporcional.

A grande celeuma repousa na **natureza jurídica** das descriminantes putativas.

No tocante às duas últimas hipóteses – **erro relativo à existência de uma causa de exclusão da ilicitude** e **erro relativo aos limites de uma causa de exclusão da ilicitude** –, é pacífico o entendimento de que se trata de uma modalidade de erro de proibição. Cuida-se do denominado **erro de proibição indireto**.

Fala-se, então, em **descriminante putativa por erro de proibição**. Subsiste o dolo e também a culpa, excluindo-se a culpabilidade, se o erro for inevitável ou escusável. Caso o erro seja evitável ou inescusável, não se afasta a culpabilidade, e o agente responde por crime doloso, diminuindo-se a pena de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), na forma definida pelo art. 21, *caput*, do Código Penal.

Com efeito, no sistema finalista o dolo é natural, ou seja, não aloja em seu bojo a consciência da ilicitude, funcionando esta última como elemento da culpabilidade.

E, em relação à primeira hipótese – **erro relativo aos pressupostos de fato de uma causa de exclusão da ilicitude** –, a natureza jurídica da descriminante putativa depende da **teoria da culpabilidade adotada**.<sup>3</sup> Para a **teoria limitada da culpabilidade**, constitui-se em erro de tipo permissivo. Surgem então as **descriminantes putativas por erro de tipo**.

No exemplo acima indicado (item “a”), se escusável o erro, exclui-se o dolo e a culpa, acarretando na atipicidade do fato, pois no finalismo o dolo e a culpa compõem a estrutura da conduta. Sem eles não há conduta, e sem conduta o fato é atípico. Mas, se inescusável o erro, afasta-se o dolo, subsistindo a responsabilidade por crime culposos, se previsto em lei (CP, art. 20, § 1.º).

Filiam-se a essa posição, entre outros, Damásio E. de Jesus<sup>4</sup> e Francisco de Assis Toledo.<sup>5</sup> A Lei 7.209/1984 acolheu essa teoria, como se extrai do item 19 da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal:

<sup>3</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 416.

<sup>4</sup> JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. Parte geral. 28. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 316-317.

<sup>5</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. 13. tir. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 272-277.

Repete o Projeto as normas do Código de 1940, pertinentes às denominadas “discriminantes putativas”. Ajusta-se, assim, o Projeto à **teoria limitada da culpabilidade**, que distingue o erro incidente sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação do que incide sobre a norma permissiva (grifamos).

Para a **teoria normativa pura da culpabilidade**, extrema ou estrita, trata-se também de hipótese de erro de proibição. Logo, constitui **discriminante putativa por erro de proibição**, com todos os seus efeitos: subsiste o dolo, e também a culpa, excluindo-se a culpabilidade se o erro for inevitável ou escusável. Sendo evitável ou inescusável o erro, não se afasta a culpabilidade, e o agente responde por crime doloso, diminuindo-se a pena de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), nos moldes do art. 21, *caput*, do Código Penal.

Partilham desse entendimento, que consagra em sede de discriminantes putativas a **teoria unitária do erro**, Cezar Roberto Bitencourt<sup>6</sup> e Guilherme de Souza Nucci,<sup>7</sup> entre outros.

Enfim, a natureza jurídica das discriminantes putativas varia conforme a teoria da culpabilidade adotada. Em uma visão esquemática:

Discriminante putativa	Teoria limitada da culpabilidade	Teoria normativa pura da culpabilidade
Erro relativo aos pressupostos de fato de uma causa de exclusão da ilicitude	Erro de tipo	Erro de proibição (teoria unitária do erro)
Erro relativo à existência de uma causa de exclusão da ilicitude	Erro de proibição	Erro de proibição
Erro relativo aos limites de uma causa de exclusão da ilicitude	Erro de proibição	Erro de proibição

### 15.9. ERRO DETERMINADO POR TERCEIRO

Estabelece o art. 20, § 2.º, do Código Penal: “Responde pelo crime o terceiro que determina o erro”.

Cuida-se da hipótese na qual quem pratica a conduta tem uma falsa percepção da realidade no que diz respeito aos elementos constitutivos do tipo penal em decorrência da atuação de terceira pessoa, chamada de **agente provocador**.

O agente não erra por conta própria (**erro espontâneo**), mas sim de forma **provocada**, isto é, determinada por outrem.

<sup>6</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição*. Uma análise comparativa. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 101.

<sup>7</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 205-296.

O erro provocado pode ser **doloso** ou **culposo**, dependendo do elemento subjetivo do agente provocador.

Quando o provocador atua **dolosamente**, a ele deve ser imputado, na forma dolosa, o crime cometido pelo provocado. Exemplo: "A", apressado para não perder o ônibus, pede na saída da aula para "B" lhe arremessar seu aparelho de telefone celular que esquecera na mesa. "B", dolosamente, entrega o telefone pertencente a "C", seu desafeto.

O provocado (que no caso seria "A"), nesse caso, ficará **impune**, sendo escusável seu erro. Mas, se o seu erro for inescusável, responderá por crime culposo, se previsto em lei. No exemplo acima, escusável ou inescusável o erro, nenhum crime seria imputado a "A", em face da inexistência do crime de furto culposo.

Pode ainda o provocador agir **culposamente**, por imprudência, negligência ou imperícia, situação na qual a ele será imputado o crime culposo praticado pelo provocado, se previsto em lei. Exemplo: Sem tomar maiores cautelas, o vendedor entrega para teste um veículo sem freios que ainda estava na oficina mecânica da concessionária. O pretense comprador, ao dirigir o automóvel, atropela e mata um transeunte. Nessa situação, o provocado também poderá responder pelo crime culposo, desde que o seu erro seja inescusável. Ao contrário, tratando-se de erro escusável, permanecerá **impune**.

### 15.9.1. Erro determinado por terceiro e concurso de pessoas

É possível que o agente provocador e o provocado pelo erro atuem dolosamente quanto à produção do resultado. Imagine-se o seguinte exemplo: "A" pede emprestado a "B" um pouco de açúcar para adoçar excessivamente o café de "C". Entretanto, "B", desafeto de "C", entrega veneno no lugar do açúcar, com a intenção de matá-lo. "A", famoso químico, percebe a manobra de "B", e mesmo assim coloca veneno no café de "C", que o ingere e morre em seguida. Ambos respondem por homicídio qualificado (CP, art. 121, § 2.º, inc. III): "A" como autor, e "B" na condição de partícipe.

**E se, no exemplo acima, "A" age dolosamente e "B", culposamente?**

Não há erro provocado, pois "A" atuou dolosamente. E também não há participação culposa por parte de "B", pois inexistente participação culposa em crime doloso. Enfim, **não há concurso de pessoas**. "A" responde por homicídio doloso, e "B" por homicídio culposo.

Como apontava Basileu Garcia, a norma atinente ao erro determinado por terceiro permite situações curiosas. Exemplificativamente, veja-se o caso do indivíduo que induza ao casamento pessoa casada, convencendo-a, com artifícios, da cessação do impedimento. O autor das manobras iludentes,

sem ter contraído matrimônio, será responsabilizado por bigamia, a cuja acusação se subtrairá o nubente. Em suma, o terceiro, não casado, responde por bigamia, o que não se verifica com a pessoa casada que contrai novo matrimônio.<sup>8</sup>

## 15.10. ERRO DE TIPO ACIDENTAL

Erro de tipo accidental é o que recai sobre dados diversos dos elementos constitutivos do tipo penal, ou seja, sobre as **circunstâncias** (qualificadoras, agravantes genéricas e causas de aumento da pena) e **fatores irrelevantes da figura típica**. A infração penal subsiste íntegra, e esse erro **não afasta a responsabilidade penal**.

Pode ocorrer nas seguintes situações: (1) erro sobre a pessoa; (2) erro sobre o objeto; (3) erro quanto às qualificadoras; (4) erro sobre o nexa causal; (5) erro na execução; e (6) resultado diverso do pretendido. Esses três últimos são denominados de **crimes aberrantes**.

### 15.10.1. Erro sobre a pessoa ou *error in persona*

É o que se verifica quando o agente confunde a pessoa visada, contra a qual desejava praticar a conduta criminosa, com pessoa diversa. Exemplo: "A", com a intenção de matar "B", efetua disparos de arma de fogo contra "C", irmão gêmeo de "B", confundindo-o com aquele que efetivamente queria matar.

Esse erro é irrelevante. O art. 121 do Código Penal protege o bem jurídico "vida humana", independentemente de se tratar de "B" ou de "C". O crime consiste em "matar alguém", e, no exemplo mencionado, a conduta de "A" eliminou a vida de uma pessoa.

A propósito, estabelece o art. 20, § 3.º, do Código Penal: "O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime".

A regra, portanto, consiste em levar em conta, para a **aplicação da pena**, as condições da **vítima virtual**, isto é, aquela que o sujeito pretendia atingir, mas que no caso concreto não sofreu perigo algum, e não a **vítima real**, que foi efetivamente atingida. Nesses termos, se no exemplo acima "A" queria matar seu pai, mas acabou causando a morte de seu tio, incide a agravante genérica relativa ao crime praticado contra ascendente (CP, art. 61, inc. II, alínea "e"), embora não tenha sido cometido o parricídio.

<sup>8</sup> GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. 37. tir. São Paulo: Max Limonad, 1975. v. 1, t. I, p. 281.

### 15.10.2. Erro sobre o objeto

Nessa espécie o sujeito crê que a sua conduta recai sobre um determinado objeto, mas na verdade incide sobre objeto diverso. Exemplo: O agente acredita subtrair um relógio Rolex, quando realmente furta uma réplica de tal bem.

Esse erro é irrelevante, e não interfere na tipicidade penal. O art. 155, *caput*, do Código Penal tipifica a conduta de “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”, e, no exemplo, houve a subtração do patrimônio alheio, pouco importando o seu efetivo valor. A coisa alheia móvel saiu da esfera de vigilância da vítima para ingressar no patrimônio do ladrão.

### 15.10.3. Erro sobre as qualificadoras

O sujeito age com falsa percepção da realidade no que diz respeito a uma qualificadora do crime. Exemplo: O agente furta um carro depois de conseguir, por meio de fraude, a chave verdadeira do automóvel. Acredita praticar o crime de furto qualificado pelo emprego de chave falsa (CP, art. 155, § 4.º, inc. III), quando na verdade não incide a majorante por se tratar de chave verdadeira.

Esse erro não afasta o dolo nem a culpa.<sup>9</sup> Desaparece a qualificadora, mas se mantém intacto o tipo fundamental, ou seja, subsiste o crime efetivamente praticado, o qual deve ser imputado ao seu responsável.<sup>10</sup>

### 15.10.4. Erro sobre o nexo causal ou *aberratio causae*

Também chamado de **dolo geral** ou **por erro sucessivo**, é o engano no tocante ao meio de execução do crime, que efetivamente determina o resultado desejado pelo agente. Ocorre quando o sujeito, acreditando ter produzido o resultado almejado, pratica nova conduta com finalidade diversa, e ao final se constata que foi esta última que produziu o que se buscava desde o início.

Cuida-se de erro sobre a relação de causalidade. Inexiste erro quanto às elementares do tipo, bem como no tocante à ilicitude do fato. Esse erro é irrelevante no Direito Penal, de natureza acidental, pois o importante é que o agente queria um resultado naturalístico e o alcançou. O dolo é geral e envolve todo o desenrolar da ação típica, do início da execução até a consumação.

<sup>9</sup> PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Concurso de leyes, error y participación en el delito*. Madrid: Civitas, 1991. p. 78.

<sup>10</sup> Recorde-se que alguns autores, como Damásio E. de Jesus, consideram o erro sobre as qualificadoras como erro de tipo essencial.

Exemplo: “A” encontra “B”, seu desafeto, em uma ponte. Após conversa enganosa, oferece-lhe uma bebida, misturada com veneno. “B”, inocente, ingere o líquido. Em seguida, cai ao solo, e o autor acredita estar ele morto. Com o propósito de ocultar o cadáver, “A” coloca o corpo de “B” em um saco plástico e o lança ao mar. Dias depois, o cadáver é encontrado em uma praia, e, submetido a exame necroscópico, conclui-se ter ocorrido a morte por força de asfixia provocada por afogamento.

O agente deve responder por homicídio qualificado consumado (emprego de veneno). Quería a morte de “B” e a ela deu causa. Há perfeita congruência entre a sua vontade e o resultado naturalístico produzido. No tocante à qualificadora, deve ser considerado o meio de execução que o agente desejava empregar para a consumação (veneno), e não aquele que, acidentalmente, permitiu a eclosão do resultado naturalístico.

Essa posição é amplamente dominante, mas há entendimentos em sentido contrário. Com base no **princípio do desdobramento**, sustenta-se a cisão do elemento volitivo, devendo ao agente ser imputados dois crimes distintos. No exemplo acima, “A” responderia por tentativa de homicídio qualificado (ministrar veneno), em concurso material, pois se trata de duas condutas, com homicídio culposo (lançar a vítima ao mar, causando sua morte, que não era mais desejada).<sup>11</sup>

#### 15.10.5. Erro na execução ou *aberratio ictus*

Encontra previsão no art. 73 do Código Penal:

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 § 3.º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.

Erro na execução é a **aberração no ataque**, em relação à pessoa a ser atingida pela conduta criminosa. O agente não se engana quanto à pessoa que desejava atacar, mas age de modo desastrado, errando o seu alvo e acertando pessoa diversa. Quería praticar um crime determinado, e o fez. Errou quanto à pessoa: queria atingir uma, mas acaba ofendendo outra.

A 1.ª parte do art. 73 do Código Penal é taxativa: a relação no erro na execução é de **pessoa x pessoa**, e não **crime x crime**. Exemplo: “A” nota que “B”, seu inimigo, está parado em um ponto de ônibus. Saca sua arma, mira-o e efetua o disparo para matá-lo, mas por falha na pontaria

<sup>11</sup> É o que informa, sem concordar com essa posição: PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal. Parte geral. Doutrina e jurisprudência*: São Paulo: Método, 2008. v. 1, p. 531.



acerta “C”, que também aguardava o coletivo, matando-o. O crime que queria praticar e o crime que praticou são idênticos, mas a pessoa morta é diversa da visada.

Além disso, determina o dispositivo legal que no erro na execução deve atender-se ao disposto pelo art. 20, § 3.º, do Código Penal, isto é, observam-se as regras inerentes ao **erro sobre a pessoa**. Assim, levam-se em conta as condições da vítima que o agente desejava atingir, desprezando-se as condições pessoais da vítima efetivamente ofendida.

Entretanto, erro na execução e erro sobre a pessoa são institutos diversos.

No **erro sobre a pessoa** o agente confunde a pessoa que queria atingir com pessoa diversa. Exemplo: Queria matar seu pai, mas mata seu tio, irmão gêmeo, acreditando tratar-se do seu genitor. Além disso, a vítima virtual não sofre perigo, pois a conduta é direcionada à vítima real (na confusão entre pai e tio, o primeiro sequer estava no local dos fatos, ao alcance do homicida).

Por outro lado, no **erro na execução** o agente não confunde a pessoa que desejava atingir com outra, mas por aberração no ataque acaba por acertar pessoa diversa. No exemplo do ponto ônibus, “A” sabia que era seu desafeto que ali estava, e o mirou, mas matou pessoa diversa que se encontrava nas proximidades. E, ainda, a vítima virtual é exposta à situação de perigo: poderia ter sido alvejada, o que somente não ocorreu por falha na pontaria.

#### 15.10.5.1. *Espécies de erro na execução*

O erro na execução pode ser de duas espécies: com unidade simples ou com unidade complexa.

**1) Com unidade simples ou com resultado único:** é a situação descrita pelo art. 73, 1.ª parte, do Código Penal, na qual o agente atinge unicamente a pessoa diversa da desejada. A vítima virtual não suporta qualquer tipo de lesão. No exemplo do ponto de ônibus, o sujeito deveria responder por tentativa de homicídio contra “B”, em concurso formal com homicídio culposo contra “C”. Mas, em consonância com a regra legal, responde de forma idêntica ao que se dá no erro sobre a pessoa. A lei “faz de conta” que a vítima real era a vítima virtual. Logo, trata-se de erro de tipo acidental e irrelevante.

**2) Com unidade complexa ou com resultado duplo:** é a situação descrita pelo art. 73, *in fine*, do Código Penal, na qual o sujeito, além de atingir a pessoa inicialmente desejada, ofende também pessoa ou pessoas diversas. Sua conduta enseja dois resultados: o originariamente pretendido e o involuntário. É como se no exemplo acima indicado “A”

matasse “B” dolosamente, e também “C”, a título de culpa, como na hipótese em que o projétil perfura o corpo de uma vítima para alojar-se no corpo da outra vítima.

Nessa hipótese, determina o Código Penal a aplicação da regra do concurso formal próprio ou perfeito (CP, art. 70, *caput*, 1.ª parte): o magistrado utiliza a pena do crime mais grave, aumentando-a de um 1/6 (um sexto) até a 1/2 (metade). O percentual de aumento varia de acordo com o número de crimes produzidos a título de culpa.

**Mas cuidado:** admite-se o erro na execução com unidade complexa apenas quando as demais pessoas forem atingidas **culposamente**. Nesse caso, aplica-se o sistema do concurso formal próprio ou perfeito (sistema da exasperação) com a imposição da pena de um dos crimes aumentada de 1/6 (um sexto) até 1/2 (metade).

Se houver **dolo eventual** no tocante às demais pessoas ofendidas, incide a regra do **concurso formal impróprio ou imperfeito** (sistema do cúmulo material), somando-se as penas, pois a pluralidade de resultados deriva de desígnios autônomos, ou seja, dolos diversos para a produção dos resultados naturalísticos.<sup>12</sup>

#### 15.10.6. Resultado diverso do pretendido, *aberratio delicti* ou *aberratio criminis*

Encontra-se previsto no art. 74 do Código Penal:

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.

O referido dispositivo disciplina a situação em que, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido. Em outras palavras, o agente desejava cometer um crime, mas por erro na execução **acaba por cometer crime diverso**.

Ao contrário do erro na execução, no resultado diverso do pretendido a relação é **crime x crime**. Daí o nome: *resultado* (crime) *diverso do pretendido*. Não por outro motivo, o dispositivo legal é *peremptório* ao dizer que essa regra se aplica “fora dos casos do artigo anterior”, isto é, nas situações que não envolvam o erro na execução relativo à pessoa x pessoa.

<sup>12</sup> Nesse sentido: STF; HC 73.548/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, 1.ª Turma, j. 12.03.1996, e STJ: REsp 138.557/DF, rel. Min. Gilson Dipp, 5.ª Turma, j. 14.05.2002.

O clássico exemplo é o do sujeito que atira uma pedra para quebrar uma vidraça (CP, art. 163: dano), mas, por erro na execução, atinge uma pessoa que passava pela rua, lesionando-a (CP, art. 129: lesões corporais).

#### 15.10.6.1. *Espécies*

O resultado diverso do pretendido pode revelar-se sob duas espécies: com unidade simples ou com unidade complexa.

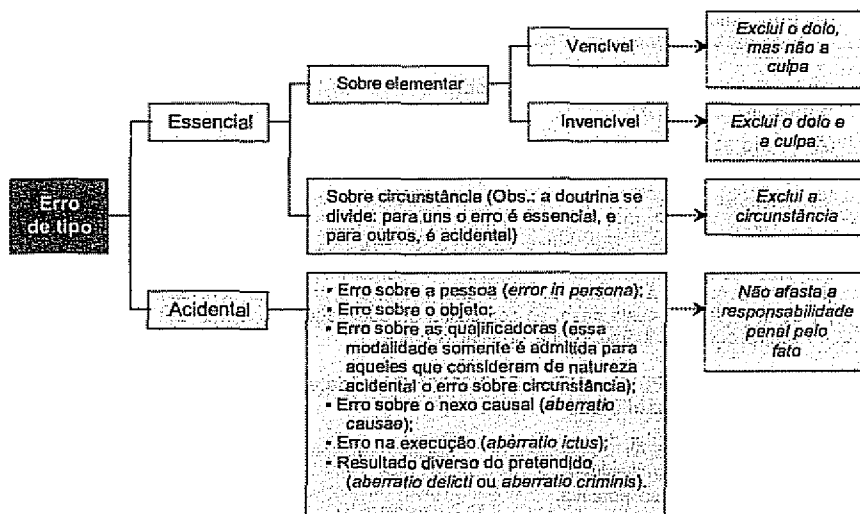
1) **Com unidade simples** ou **com resultado único**: prevista no art. 74, 1.<sup>a</sup> parte, do Código Penal. Nessa situação, o agente atinge somente bem jurídico diverso do pretendido. É o que se dá no exemplo mencionado. E o dispositivo legal é claro: “o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposo”. Assim, será imputado apenas o crime de lesão corporal culposa.

2) **Com unidade complexa** ou **resultado duplo**: prevista no art. 74, 2.<sup>a</sup> parte, do Código Penal. Nessa situação, a conduta do agente atinge o bem jurídico desejado e também bem jurídico diverso, culposamente. No exemplo, o sujeito quebra a vidraça e também fere a pessoa. Utiliza-se a regra do concurso formal, aplicando-se a pena do crime mais grave, aumentada de 1/6 (um sexto) até 1/2 (metade), variando o aumento de acordo com o número de crimes produzidos a título de culpa.

**Mas atenção**: se o resultado previsto como crime culposo for **menos grave** ou se o crime **não tiver modalidade culposa**, deve-se desprezar a regra delineada no art. 74 do Código Penal. Exemplificativamente, se “A” efetua disparos de arma de fogo contra “B” para matá-lo, mas não o acerta e quebra uma vidraça, a sistemática do resultado diverso do pretendido implicaria a absorção da tentativa branca ou inculpa de homicídio pelo dano culposo. Como o dano não admite a modalidade culposa, a conduta seria atípica. E, ainda que o legislador tivesse incriminado o dano culposo, tal delito não seria capaz de absorver o homicídio tentado. Deve ser imputado ao agente, pois, o crime de tentativa de homicídio doloso.

### 15.11. GRÁFICO CONCLUSIVO

Em face do que foi analisado, e buscando sintetizar o instituto do erro de tipo, afigura-se pertinente apresentar o seguinte esquema:



## 15.12. QUESTÕES

1. (24.º Promotor de Justiça – MPU/MPDFT): No que concerne ao erro na execução, julgue os itens subsequentes.

- I – Ocorre *aberratio ictus* com unidade simples quando o agente, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, atinge pessoa diversa da que pretendia ofender.
- II – Se, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, for atingida outra pessoa, além daquela visada pelo agente, aplica-se a regra do concurso formal para o cálculo da pena.
- III – Para a caracterização do crime e suas circunstâncias, consideram-se sempre as condições ou qualidades da pessoa atingida.

Assinale a opção correta.

- (A) Apenas os itens I e II estão certos.
- (B) Apenas os itens I e III estão certos.
- (C) Apenas os itens II e III estão certos.
- (D) Todos os itens estão certos.

2. (83.º Promotor de Justiça MP/SP): Dentre as afirmativas abaixo, assinale a FALSA.

- (A) Discriminantes putativas ocorrem quando o agente supõe que está agindo lícitamente, imaginando que se encontra presente uma das causas excludentes da ilicitude previstas em lei.
- (B) Erro invencível ou escusável é aquele no qual o sujeito não age dolosa ou culposamente, motivo pelo qual não responde por crime doloso ou culposos.
- (C) O erro de tipo, que incide sobre as elementares ou circunstâncias da figura típica, exclui o dolo.
- (D) O erro de proibição ocorre quando o homem não incorre em qualquer falsa apreciação da realidade, mas acredita que o fato não é contrário à ordem jurídica.

- (E) Erro vencível ou inescusável é o que emana do dolo do agente, pois, para evitá-lo, bastaria a atenção normal do "homem médio".
3. (Juiz de Direito TJ/PR – 2006): Sobre o erro no Direito Penal, assinale a alternativa **INCORRETA**
- (A) O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.
  - (B) É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Contudo, não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.
  - (C) Não responde pelo crime o terceiro que determina o erro.
  - (D) O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente quer praticar o crime.
4. (IV – Defensoria Pública/MT – FCC/2009) Considera-se, dentre outras, causa excludente da culpabilidade
- (A) o exercício regular de um direito.
  - (B) o estado de necessidade.
  - (C) a legítima defesa putativa.
  - (D) a tolerância das autoridades.
  - (E) o erro evitável.
5. (178.º Juiz de Direito TJ/SP – 2006): RENATO, dirigindo-se para sua casa, foi preso na rua portando uma espingarda "pica-pau", de fabricação caseira e municiada, apta a disparos, que afirmou ter encontrado em um ferro velho. A arma, instantes antes, havia sido utilizada em uma representação teatral realizada em uma escola, circunstância apurada como verdadeira. RENATO alegou, em seu favor, desconhecimento sobre a ilicitude do fato. Afirmou, ainda, ter conhecimento da campanha de esclarecimento acerca da matéria (vedação de porte de arma sem registro e autorização prévia). Sua conduta caracteriza
- (A) erro inevitável sobre a ilicitude do fato.
  - (B) erro evitável sobre a ilicitude do fato.
  - (C) erro de tipo.
  - (D) exercício regular de direito.
6. (Delegado de Polícia/MG – 2007): Quanto ao erro em matéria penal todas as alternativas estão corretas, **EXCETO**:
- (A) A finalidade precípua do erro de tipo essencial é a de afastar o dolo da conduta do agente.
  - (B) Para a teoria extremada ou estrita da culpabilidade o erro que recai sobre uma situação de fato é erro de tipo, enquanto o erro que recai sobre os limites de uma causa de justificação é erro de proibição.
  - (C) O erro de tipo accidental incide sobre dados irrelevantes da figura típica e não impede a apreciação do caráter criminoso do fato.
  - (D) O erro mandamental é aquele que recai sobre o mandamento contido nos crimes omissivos próprios ou impróprios.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

Obs.: Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no site [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

## ITER CRIMINIS

Sumário: 16.1. Conceito – 16.2. Fase interna: cogitação – 16.3. Fase externa: 16.3.1. Preparação; 16.3.2. Fase externa: execução; 16.3.3. Transição dos atos preparatórios para os atos executórios; 16.3.4. Fase externa: consumação – 16.4. O exaurimento – 16.5. Questão.

### 16.1. CONCEITO

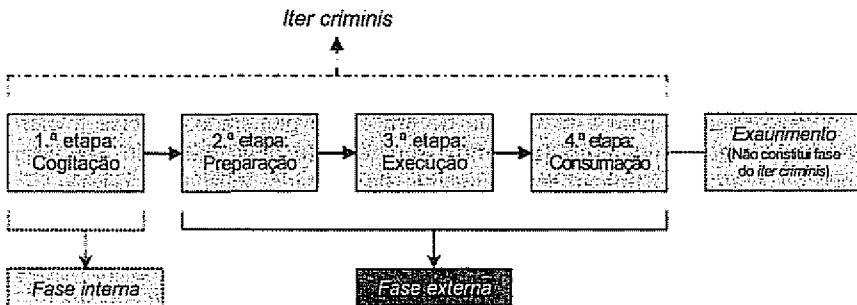
O *iter criminis*, ou “**caminho do crime**”, corresponde às etapas percorridas pelo agente para a prática de um fato previsto em lei como infração penal. Compreende duas fases: uma interna e outra externa.

A **fase interna** é representada pela **cogitação**.

Por sua vez, a **fase externa** se divide em outras três: **preparação**, **execução** e **consumação**.

O exaurimento não integra o *iter criminis*.

O gráfico abaixo bem representa o que foi dito:



## 16.2. FASE INTERNA: COGITAÇÃO

A cogitação repousa na mente do agente, nela se formando a ideia de enveredar pela empreitada criminosa. Seu propósito ilícito encontra-se preso em um claustro psíquico. É sempre interna, não se revelando em atos externos.

Por se tratar de mera ideia, sem qualquer possibilidade de ofensa ao bem jurídico, não pode ser alcançada pelo Direito Penal. Não é punível: inexistente crime, ainda que na forma tentada. De fato, conduta penalmente relevante é somente aquela praticada por seres humanos e projetada no mundo exterior.

Já no Direito Romano proclamava Ulpiano: *cogitationis poenam nemo patitur*; isto é, ninguém pode ser punido exclusivamente pelos seus pensamentos.

É possível a divisão da cogitação em três momentos distintos:

- 1) **Idealização:** o sujeito tem a ideia de cometer uma infração penal;
- 2) **Deliberação:** o agente sopesa as vantagens e desvantagens de seu eventual comportamento contrário ao Direito Penal; e
- 3) **Resolução:** o sujeito se decide pelo cometimento da infração penal.<sup>1</sup>

## 16.3. FASE EXTERNA

### 16.3.1. Preparação

A etapa da preparação, ou dos **atos preparatórios**, corresponde aos atos indispensáveis à prática da infração penal, municiando-se o agente dos elementos necessários para a concretização da sua conduta ilícita. É o caso, por exemplo, da aquisição de um revólver para a prática de um homicídio, ou da construção de um cativoiro para a ocultação da vítima de uma extorsão mediante sequestro.

Ato preparatório é, em verdade, a forma de atuar que cria as condições prévias adequadas para a realização de um delito planejado. Precisa ir além do simples projeto interno (mínimo), sem que se deva, contudo, iniciar a imediata realização tipicamente relevante da vontade delitativa (máximo).<sup>2</sup>

<sup>1</sup> FRIAS CABALLERO, Jorge. *El proceso ejecutivo del delito*. 2. ed. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1956, p. 18.

<sup>2</sup> MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. espanhola Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962. v. 2, p. 168.

Os atos preparatórios, geralmente, não são puníveis, nem na forma tentada, uma vez que não se iniciou a realização do núcleo do tipo penal. De fato, o art. 14, II, do Código Penal vinculou a tentativa à prática de atos executórios.

Em casos excepcionais, é possível a punição de atos preparatórios nas hipóteses em que a lei optou por incriminá-los de forma autônoma. São os chamados **crimes-obstáculo**. É o que se dá com os crimes de fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico, ou asfixiante (CP, art. 253), incitação ao crime (CP, art. 286), quadrilha ou bando (CP, art. 288) e petrechos para a falsificação de moeda (CP, art. 291), entre outros.

### 16.3.2. Fase externa: execução

A fase da execução, ou dos **atos executórios**, é aquela em que se inicia a agressão ao bem jurídico, por meio da realização do núcleo do tipo penal. O agente começa a realizar o verbo (núcleo do tipo) constante da definição legal, tornando o fato punível. É o caso da conduta de efetuar disparos de arma de fogo contra uma pessoa.

Há incidência do Direito Penal, configurando no mínimo um crime tentado. Com efeito, o art. 14, II, do Código Penal vinculou a tentativa ao início da execução do crime, ou seja, à prática de atos executórios.

O ato de execução deve ser **idôneo** e **inequívoco**.

**Ato idôneo** é o que se reveste de capacidade suficiente para lesar o bem jurídico penalmente tutelado. Essa idoneidade deve ser constatada no caso concreto, e não em abstrato. Exemplo: um tiro de revólver é idôneo para praticar um homicídio, ao contrário de um tiro de festim.

Por sua vez, **ato inequívoco** é o que se direciona ao ataque do bem jurídico, almejando a consumação da infração penal e fornecendo certeza acerca da vontade ilícita. Exemplo: um disparo de arma de fogo efetuado na direção da vítima é unívoco para a prática de um homicídio, diferente de um disparo efetuado para o alto.

Conclui-se, pois, que um ato de execução deve, obrigatoriamente, possuir essas características, **simultaneamente**. Não basta apenas uma delas. Também não é suficiente, em face da rejeição da teoria subjetiva – notadamente pela insegurança por ela proporcionada –, a vontade firme e consciente de cometer uma infração penal, quando não exteriorizado um ato idôneo e inequívoco. A propósito, confira-se o elucidativo exemplo de Néelson Hungria:

Tício, tendo recebido uma bofetada de Caio, corre a um armeiro, adquire um revólver, carrega-o com seis balas e volta, ato seguido, à procura do seu adversário, que, entretanto, por cautela ou casualmente, já não se acha no local



da contenda; Tício, porém, não desistindo de encontrar Caio, vai postar-se, dissimulado atrás de uma moita, junto ao caminho onde ele habitualmente passa, rumo de casa, e ali espera em vão pelo seu inimigo, que, desconfiado, tomou direção diversa. Não se pode conceber uma série de atos mais inequivocadamente reveladores da intenção de matar, embora todos eles sejam meramente preparatórios.<sup>3</sup>

### 16.3.3. Transição dos atos preparatórios para os atos executórios

Um dos mais árdios problemas do Direito Penal é diferenciar, com precisão, um ato preparatório de um ato executório. Não é simples estabelecer o momento exato em que se opera a transição de uma fase para outra do *iter criminis*, em face do caráter fronteiro de tais atos.

E, como ainda não se construiu um método infalível para distinguir entre uns e outros, nos casos de irredutível dúvida sobre se o ato constitui um ataque ao bem jurídico ou apenas uma predisposição para esse ataque, o magistrado deverá pronunciar o *non liquet*, a falta de provas, negando a existência da tentativa.

Inúmeras teorias apresentam propostas para a solução do impasse. Dividem-se inicialmente em subjetiva e objetiva. Esta última se ramifica em diversas outras. Vejamos as mais importantes.

**1. Teoria subjetiva:** não há transição dos atos preparatórios para os atos executórios. O que interessa é o plano interno do autor, a vontade criminosa, existente em quaisquer dos atos que compõem o *iter criminis*. Logo, tanto a fase da preparação como a fase da execução importam na punição do agente.

**2. Teoria objetiva:** os atos executórios dependem do início de realização do tipo penal. O agente não pode ser punido pelo seu mero “querer interno”. É imprescindível a exteriorização de atos idôneos e inequívocos para a produção do resultado lesivo.

Essa teoria, todavia, se divide em outras:

**2.1. Teoria da hostilidade ao bem jurídico:** atos executórios são aqueles que atacam o bem jurídico, enquanto os atos preparatórios não caracterizam afronta ao bem jurídico, mantendo inalterado o “estado de paz”.

Foi idealizada por Max Ernst Mayer e tem como principais partidários Néelson Hungria e José Frederico Marques.

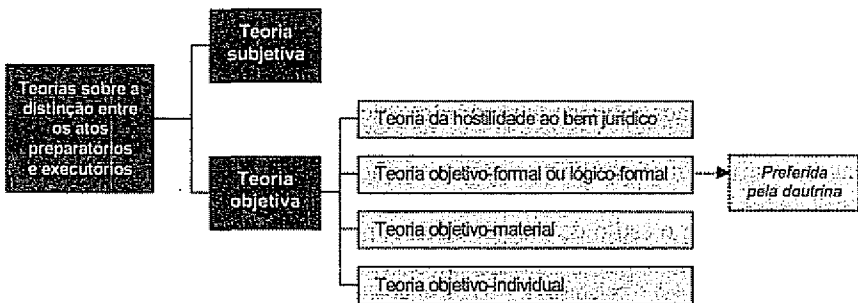
**2.2. Teoria objetivo-formal ou lógico-formal:** ato executório é aquele em que se inicia a realização do verbo contido na conduta criminosa. Exige tenha o autor concretizado efetivamente uma parte da conduta típica, pene-

<sup>3</sup> HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v. I, p. 252.

trando no núcleo do tipo. Exemplo: em um homicídio, o sujeito, com golpes de punhal, inicia a conduta de “matar alguém”. Surgiu dos estudos de Franz von Liszt. É a preferida pela doutrina pátria.<sup>4</sup>

**2.3. Teoria objetivo-material:** atos executórios são aqueles em que se começa a prática do núcleo do tipo, e também os **imediatamente anteriores** ao início da conduta típica, de acordo com a visão de terceira pessoa, alheia aos fatos. O juiz deve se valer do critério do **terceiro observador** para impor a pena. Exemplo: aquele que está no alto de uma escada, portando um pé de cabra, pronto para pular um muro e ingressar em uma residência, na visão de um terceiro observador, iniciou a execução de um crime de furto. Essa teoria foi criada por Reinhart Frank, e adotada pelo art. 22 do Código Penal Português.

**2.4. Teoria objetivo-individual:** atos executórios são os relacionados ao início da conduta típica, e também os que lhe são **imediatamente anteriores**, em conformidade com o **plano concreto do autor**. Portanto, diferencia-se da anterior por não se preocupar com o terceiro observador, mas sim com a prova do plano concreto do autor, independentemente de análise externa. Exemplo: “A”, com uma faca em punho, aguarda atrás de uma moita a passagem de “B”, seu desafeto, para matá-lo, desejo já anunciado para diversas pessoas. Quando este se encontra a 200 metros de distância, “A” fica de pé, segura firme a arma branca e aguarda em posição de ataque seu adversário. Surge a polícia e o aborda. Para essa teoria, poderia haver a prisão em flagrante, em face da caracterização da tentativa de homicídio, o que não se dá na teoria objetivo-formal. Essa teoria, que remonta a Hans Welzel, tem como principais defensores Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli.



<sup>4</sup> STJ: HC 112.639/RS, rel. Min. Og Fernandes, 6.ª Turma, j. 25.08.2009, noticiado no *Informativo* 404.

#### 16.3.4. Fase externa: consumação

Dá-se a consumação, também chamada de crime consumado ou *summam opus*, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal (CP, art. 14, I). É, por isso, um **crime completo ou perfeito**, pois a conduta criminosa se realiza integralmente.

Verifica-se quando o autor concretiza todas as elementares descritas pelo preceito primário de uma lei penal incriminadora. No homicídio, em que a conduta é “matar alguém”, a consumação ocorre com a morte de um ser humano, provocada por outra pessoa.<sup>5</sup>

Nos **crimes materiais**, ou causais (aí se inserindo os culposos e omissivos impróprios, espúrios ou comissivos por omissão), aperfeiçoa-se a consumação com a superveniência do resultado naturalístico. De seu turno, nos **crimes formais**, de resultado cortado ou de consumação antecipada, e nos **crimes de mera conduta** ou de simples atividade, a consumação ocorre com a mera prática da conduta.<sup>6</sup>

Nos **crimes qualificados pelo resultado**, incluindo os preterdolosos, a consumação se verifica com a produção do resultado agravador, doloso ou culposo. Exemplo: o crime tipificado pelo art. 129, § 3.º, do Código Penal se consuma com a morte do ofendido.

Os **crimes de perigo concreto** se consumam com a efetiva exposição do bem jurídico a uma probabilidade de dano. Exemplo: o crime de direção de veículo automotor sem habilitação (Lei 9.503/1997, art. 309) se aperfeiçoa com a exposição a dano potencial da incofuidade de outrem. Já os **crimes de perigo abstrato ou presumido** se consumam com a mera prática da conduta definida pela lei como perigosa. Exemplo: o porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (Lei 10.826/2003, art. 14) se consuma com o simples ato de portar arma de fogo de uso permitido sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, independentemente da efetiva comprovação da situação de perigo.

Em relação aos **crimes permanentes**, a consumação se arrasta no tempo, com a manutenção da situação contrária ao Direito, autorizando a prisão em flagrante a qualquer momento, enquanto não encerrada a permanência. Por outro lado, nos **crimes habituais** a consumação se dá com a reiteração de atos que revelam o estilo de vida do agente, pois cada um deles, isoladamente considerado, representa um indiferente penal.

<sup>5</sup> Com a edição da Lei 9.434/1997, pode-se afirmar que a consumação do homicídio se produz com a morte encefálica (art. 3.º, *caput*).

<sup>6</sup> É o entendimento pacificado na doutrina e também no STJ: HC 86.127/RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª Turma, j. 21.12.2008.

## 16.4 O EXAURIMENTO

Também chamado de **crime exaurido** ou **crime esgotado**, é o delito em que, posteriormente à consumação, subsistem efeitos lesivos derivados da conduta do autor. É o caso do recebimento do resgate no crime de extorsão mediante sequestro, desnecessário para fins de tipicidade, eis que se consuma com a privação da liberdade destinada a ser trocada por indevida vantagem econômica.

Por guardar estreita relação com os crimes formais, é chamado por Zaffaroni e Pierangeli de **consumação material**.<sup>7</sup>

No terreno da tipicidade, o exaurimento não compõe o *iter criminis*, que se encerra com a consumação.

Influi, contudo, na dosimetria da pena, notadamente na aplicação da pena-base, pois o art. 59, *caput*, do Código Penal erigiu as consequências do crime à condição de circunstância judicial.

Em alguns casos, o exaurimento pode funcionar como qualificadora, como se dá na resistência (CP, art. 329, § 1.º), ou como causa de aumento da pena, tal como na corrupção passiva (CP, art. 317, § 1.º).

## 16.5 QUESTÃO

1. (Juiz do Trabalho/TRT 23.ª Região – 2007) Analise as proposições abaixo formuladas, e marque a alternativa correta:

- I – Diz-se o crime consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;
  - II – Diz-se o crime tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente;
  - III – O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados;
  - IV – 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.
  - V – Quanto ao conceito analítico de crime, há duas teorias, a primeira, denominada de tripartite, segundo a qual crime é todo fato típico, antijurídico e culpável e, a segunda, considera crime todo fato típico e antijurídico.
- (A) está correto apenas o item I;
- (B) estão corretos apenas os itens I e II;
- (C) estão corretos apenas os itens I, II, III;

<sup>7</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa*. 4. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 26.

- (D) estão corretos apenas os itens I, II, III e IV;
- (E) todos os itens estão corretos.

2. (IV Defensoria Pública/MT – FCC/2009) O art. 14, parágrafo único, do Código Penal dispõe que “*salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços*”. O percentual de diminuição de pena a ser considerado levará em conta

- (A) o *inter criminis* percorrido pelo agente.
- (B) a periculosidade do agente.
- (C) a reincidência.
- (D) os antecedentes do agente.
- (E) a intensidade do dolo.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

Obs.: Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no site [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

## TENTATIVA

Sumário: 17.1. Dispositivo legal – 17.2. Conceito – 17.3. Denominação – 17.4. Elementos – 17.5. Natureza jurídica – 17.6. Teorias sobre a punibilidade da tentativa – 17.7. Teoria adotada pelo Código Penal: 17.7.1. Critério para diminuição da pena – 17.8. Tentativa e crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais – 17.9. Tentativa e diminuição da pena no Código Penal Militar – 17.10. Espécies de tentativa: 17.10.1. Tentativa branca ou inculenta; 17.10.2. Tentativa cruenta ou vermelha; 17.10.3. Tentativa perfeita, acabada ou crime falho; 17.10.4. Tentativa imperfeita, inacabada ou tentativa propriamente dita – 17.11. Tentativa e crimes de ímpeto – 17.12. Tentativa e dolo eventual – 17.13. Inadmissibilidade da tentativa – 17.14. Crimes punidos somente na forma tentada – 17.15. Questões.

### 17.1. DISPOSITIVO LEGAL

Proclama o art. 14, II, do Código Penal:

**Art. 14.** Diz-se o crime:

(...)

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

**Parágrafo único.** Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

### 17.2. CONCEITO

Como bem define o art. 14, II, do Código Penal, tentativa é o início de execução de um crime que somente não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Destarte, o ato de tentativa é, necessariamente, um ato de execução. Exige-se tenha o sujeito praticado atos executórios, daí não sobrevindo a consumação por forças estranhas ao seu propósito, o que acarreta em tipicidade não finalizada, sem conclusão.

### 17.3. DENOMINAÇÃO

A tentativa é também conhecida por outros rótulos: *conatus*, **crime imperfeito**, ou, na preferência de Zaffaroni, **crime incompleto**,<sup>1</sup> em oposição ao crime consumado, reconhecido como completo ou perfeito.

### 17.4. ELEMENTOS

Três elementos compõem a estrutura da tentativa: (1) início da execução do crime; (2) ausência de consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente; e (3) dolo de consumação.

O dolo da tentativa é igual ao dolo da consumação. O Código Penal foi peremptório nesse sentido, ao dizer que o crime somente não se consuma por circunstâncias alheias à **vontade** do agente: tinha a intenção de alcançar a consumação, mas por circunstâncias alheias à sua vontade não conseguiu atingir seu objetivo.

A resolução do indivíduo é idêntica no crime consumado e no crime tentado. Este último, em verdade, é perfeito na esfera subjetiva do agente, embora imperfeito no campo objetivo, relacionado ao resultado que deveria ser produzido com a conduta criminosa.

### 17.5. NATUREZA JURÍDICA

O art. 14, II, do Código Penal não goza de autonomia, pois não existe a tentativa por si só, isoladamente. Sua aplicação reclama a realização de um tipo incriminador, previsto na Parte Especial do Código Penal ou pela legislação penal especial.

O Código Penal e a legislação extravagante não preveem, para cada crime, a figura da tentativa, nada obstante a maioria deles seja com ela compatível. Exemplificativamente, a tentativa de furto simples não encontra correspondência imediata no art. 155 do Código Penal. Utiliza-se a definição do crime consumado em conjunto com a regra prevista no art. 14, II.

<sup>1</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal*. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Edlar, 2002. p. 809.

A tentativa de furto, nesses termos, é a combinação de “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel” com “iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”.

Portanto, furto tentado é: art. 155, *caput*, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal.

A adequação típica de um crime tentado é de subordinação mediata, ampliada ou por extensão, já que a conduta humana não se enquadra prontamente na lei penal incriminadora, reclamando-se, para complementar a tipicidade, a interposição do dispositivo contido no art. 14, II, do Código Penal. Logo, a norma definidora da tentativa é uma norma de extensão ou de ampliação da conduta.

Opera-se uma ampliação temporal da figura típica, pois com a utilização da regra prevista no art. 14, II, do Código Penal, o alcance do tipo penal não se limita apenas ao momento da consumação do crime, mas também a períodos anteriores. Antecipa-se a tutela penal para abarcar os atos executórios prévios à consumação.

## 17.6. TEORIAS SOBRE A PUNIBILIDADE DA TENTATIVA

Dentre as diversas teorias que buscam fundamentar a punibilidade da tentativa, quatro se destacam:

1.<sup>a</sup>) **Teoria subjetiva, voluntarística ou monista:** ocupa-se exclusivamente da vontade criminosa, que pode se revelar tanto na fase dos atos preparatórios como também durante a execução. O sujeito é punido por sua intenção, pois o que importa é o desvalor da ação, sendo irrelevante o desvalor do resultado.

2.<sup>a</sup>) **Teoria sintomática:** idealizada pela Escola Positiva de Ferri, Lombroso e Garofalo, sustenta a punição em razão da periculosidade subjetiva, isto é, do perigo revelado pelo agente. Possibilita a punição de atos preparatórios, pois a mera manifestação de periculosidade já pode ser enquadrada como tentativa, em consonância com a finalidade preventiva da pena.<sup>2</sup>

3.<sup>a</sup>) **Teoria objetiva, realística ou dualista:** a tentativa é punida em face do perigo proporcionado ao bem jurídico tutelado pela lei penal. Sopesam-se o desvalor da ação e o desvalor do resultado: a tentativa deve receber punição inferior à do crime consumado, pois o bem jurídico não foi atingido integralmente.

<sup>2</sup> PUGLIA, Fernando. *Da tentativa*. Trad. Octavio Mendes. 2. ed. Lisboa: Clássica, 1907. p. 116.



4.ª) **Teoria da impressão ou objetivo-subjetiva:** representa um limite à teoria subjetiva, evitando o alcance desordenado dos atos preparatórios. A punibilidade da tentativa só é admissível quando a atuação da vontade ilícita do agente seja adequada para comover a confiança na vigência do ordenamento normativo e o sentimento de segurança jurídica dos que tenham conhecimento da conduta criminosa.<sup>3</sup>

## 17.7. TEORIA ADOPTADA PELO CÓDIGO PENAL

A punibilidade da tentativa é disciplinada pelo art. 14, parágrafo único. E, nesse campo, o Código Penal acolheu como regra a teoria objetiva, realística ou dualista, ao determinar que a pena da tentativa deve ser correspondente à pena do crime consumado, diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

Como o desvalor do resultado é menor quando comparado ao do crime consumado, o *conatus* deve suportar uma punição mais branda.

Excepcionalmente, entretanto, é aceita a teoria subjetiva, voluntarística ou monista, consagrada pela expressão “salvo disposição em contrário”.

Há casos, restritos, em que o crime consumado e o crime tentado comportam igual punição: são os delitos de atentado ou de empreendimento. Podem ser citados, como exemplos: (1) evasão mediante violência contra a pessoa (CP, art. 352), em que o preso ou indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa, recebe igual punição quando se evade ou tenta evadir-se do estabelecimento em que se encontra privado de sua liberdade; e (2) Lei 4.737/1965 – Código Eleitoral, art. 309, no qual se sujeita a igual pena o eleitor que vota ou tenta votar mais de uma vez, ou em lugar de outrem.

### 17.7.1. Critério para diminuição da pena

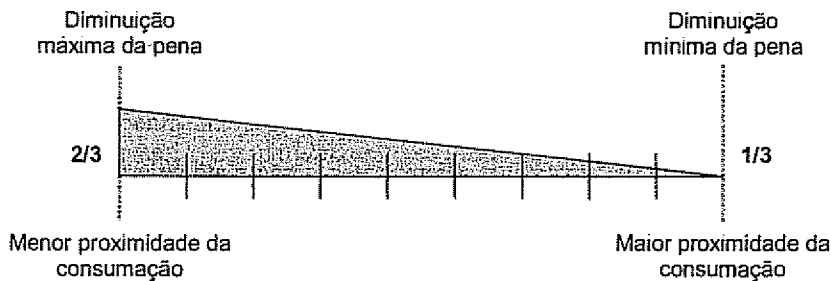
A tentativa constitui-se em causa obrigatória de diminuição da pena.

Incide na terceira fase de aplicação da pena privativa de liberdade, e sempre a reduz. A liberdade do magistrado repousa unicamente no *quantum* da diminuição, balizando-se entre os limites legais, de 1 (um) a 2/3 (dois terços). Deve reduzi-la, podendo somente escolher o montante da diminuição.

<sup>3</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal. Parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 814.

E, para navegar entre tais parâmetros, o critério decisivo é a maior ou menor proximidade da consumação, é dizer, a **distância percorrida do iter criminis**. Para o Supremo Tribunal Federal: "... a definição do percentual da redução da pena observará apenas o *iter criminis* percorrido, ou seja, tanto maior será a diminuição quanto mais distante ficar o agente da consumação, bem como tanto menor será a diminuição quanto mais se aproximar o agente da consumação do delito".<sup>4</sup> Exemplo: em uma tentativa de homicídio, na qual a vítima foi atingida por diversos disparos de arma de fogo, resultando em sua internação por vários dias em hospital, a redução da pena deve operar-se no patamar mínimo. Ao contrário, se os tiros sequer a atingiram, afigura-se razoável a diminuição da pena no máximo legal.

Não interfere na diminuição da pena a maior ou menor gravidade do crime, bem como os meios empregados para sua execução, ou ainda as condições pessoais do agente, tais como antecedentes criminais e a circunstância de ser primário ou reincidente.



## 17.8. TENTATIVA E CRIMES DE COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Em caso de **crime tentado**, para analisar se o seu responsável deve ou não ser processado e julgado no Juizado Especial Criminal, isto é, para verificar o enquadramento ou não no conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, a causa de diminuição de pena deve ser aplicada em sua fração mínima sobre a pena máxima cominada. Se o resultado daí advindo

<sup>4</sup> HC 95960/PR, rel. Min. Carlos Britto, 1.ª Turma, j. 14.04.2009. (HC-95960), noticiado no *Informativo* 542. E também no STJ: HC 75.332/GO, rel. Min. Jane Silva (desembargadora convocada do TJ/MG), 5.ª Turma, j. 04.10.2007.

for superior a dois anos, o Juizado não é o competente para o julgamento da causa.<sup>5</sup>

## 17.9. TENTATIVA E DIMINUIÇÃO DA PENA NO CÓDIGO PENAL MILITAR

O Código Castrense orienta-se também, no tocante à punibilidade da tentativa, pela teoria objetiva.

Admite, todavia, uma exceção ao critério da obrigatória diminuição da pena do crime tentado, ao dispor em seu 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” (grifamos).

## 17.10. ESPÉCIES DE TENTATIVA

A tentativa comporta a seguinte divisão: branca (ou incruenta), vermelha (ou cruenta); perfeita (ou acabada ou crime falho) e imperfeita (ou inacabada).

### 17.10.1. Tentativa branca ou incruenta

Nesta espécie de tentativa, o objeto material não é atingido pela conduta criminosa. Exemplo: “A” efetua disparos de arma de fogo contra “B”, sem acertá-lo.

Recebe essa denominação ao relacionar-se com a tentativa de homicídio em que não se produzem ferimentos na vítima, não acarretando no derramamento de sangue.

### 17.10.2. Tentativa cruenta ou vermelha

Nesta espécie de tentativa, o objeto material é alcançado pela atuação do agente. Exemplo: “A”, com intenção de matar, atira em “B”, provocando-lhe ferimentos. Porém, a vítima é socorrida prontamente e sobrevive.

### 17.10.3. Tentativa perfeita, acabada ou crime falho

Na tentativa perfeita, o agente esgota todos os meios executórios que estavam à sua disposição, e mesmo assim não sobrevém a consumação por

<sup>5</sup> Nesse sentido: STJ: HC 94.927/SP, rel. Min. Jane Silva (desembargadora convocada do TJ/MG), 6.ª Turma, j. 01.04.2008.

circunstâncias alheias à sua vontade. Pode ser cruenta ou incruenta. Exemplo: “A” dispara contra “B” todos os seis cartuchos do tambor do seu revólver, com a intenção de matá-lo. A vítima, gravemente ferida, é socorrida por policiais, e sobrevive.

#### 17.10.4. Tentativa imperfeita, inacabada ou tentativa propriamente dita

Na tentativa imperfeita, o agente inicia a execução sem, contudo, utilizar todos os meios que tinha ao seu alcance, e o crime não se consuma por circunstâncias alheias à sua vontade. Exemplo: “A”, com o propósito de matar “B”, sai à sua procura, portando um revólver municiado com 6 (seis) cartuchos intactos. Ao encontrá-lo, efetua três disparos, atingindo-o. Quando, contudo, iria efetuar outros disparos, é surpreendido pela Polícia Militar e foge. A vítima é socorrida pelos milicianos e sobrevive.

### 17.11. TENTATIVA E CRIMES DE ÍMPETO

Crimes de ímpeto são os cometidos sem premeditação, como decorrência de reação emocional repentina.

Há argumentos no sentido de que o ímpeto do agente afasta a viabilidade de análise do *iter criminis*, pois a sua atuação repentina impossibilita o fracionamento dos atos executórios. O acesso excessivo de emoção ou paixão não seria compatível com o propósito de praticar determinado crime.

Veja-se o exemplo do homem que, ao chegar a sua casa, encontra sua esposa mantendo relações sexuais com terceira pessoa. Revoltado, saca sua arma de fogo e efetua disparos contra a adúltera, não a acertando, embora desejasse matá-la. Para aqueles que não aceitam o *conatus* nos crimes de ímpeto, seria impossível estabelecer, no plano concreto, se o traído não matou sua mulher por erro na pontaria ou pelo fato de não desejar alvejá-la efetivamente. Néelson Hungria, com sua peculiar competência, repele essa posição:

Não se deve levar para a doutrina do dolo e da tentativa o que apenas representa a solução de uma dificuldade prática no terreno da prova. A tentativa tanto existe nos crimes de ímpeto, quanto nos crimes refletidos. É tudo uma questão de prova, posto que a indagação do *animus* não pode deixar de ser feita *ab externo*, diante das circunstâncias objetivas. A maior dificuldade de tal prova nos crimes de ímpeto nada tem a ver com a possibilidade conceitual da tentativa.<sup>6</sup>

E, um pouco adiante, arremata o festejado mestre:

<sup>6</sup> HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v. I, p. 261.

Se se verifica, em face das circunstâncias, que, nada obstante a instantaneidade da resolução, o agente, empregando os meios que empregou, ou por sua atitude, teve a consciência de que, com a sua ação, podia atingir o evento típico do crime, não há outra solução, na hipótese de não superveniência de tal evento, senão a de imputar-lhe o fato a título de tentativa.<sup>7</sup>

## 17.12. TENTATIVA E DOLO EVENTUAL

Orienta-se a doutrina pelo cabimento da tentativa nos crimes cometidos com dolo eventual, equiparado pelo art. 18, I, do Código Penal, no tocante ao seu tratamento, ao dolo direto.

A dificuldade de prova do início da execução de um crime que não se consuma por circunstâncias alheias ao consentimento do agente é questão de natureza processual, em nada interferindo na tipicidade do fato.

Invoquemos uma vez mais as lições de Nélson Hungria:

Se o agente aquiesce no advento do resultado específico do crime, previsto como possível, é claro que este entra na órbita de sua volição: logo, se, por circunstâncias fortuitas, tal resultado não ocorre, é negável que o agente deve responder por tentativa. É verdade que, na prática, será difícil identificar-se a tentativa no caso de dolo eventual, notadamente quando resulta totalmente *improficua* (tentativa branca). Mas, repita-se: a dificuldade de prova não pode influir na conceituação da tentativa.<sup>8</sup>

Todavia, existem posições pela **inadmissibilidade** da tentativa nos crimes praticados com dolo eventual, com fundamento na redação do art. 14, II, do Código Penal: se o legislador definiu o crime tentado como aquele em que, “iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à **vontade** do agente”, limitou o instituto ao dolo direto, para o qual adotou a teoria da vontade (art. 18, I, 1.ª parte), excluindo-a do alcance do dolo eventual, em que se acolheu a teoria do consentimento ou do assentimento (art. 18, I, *in fine*).<sup>9</sup>

## 17.13. INADMISSIBILIDADE DA TENTATIVA

Em geral, os crimes dolosos são compatíveis com a tentativa, pouco importando sejam materiais, formais ou de mera conduta.

De fato, a admissibilidade ou não da tentativa tem a ver com o caráter plurissubsistente do delito, isto é, com a composição da conduta em diversos atos executórios, podendo, conseqüentemente, ser fracionada.

<sup>7</sup> Idem, *ibidem*, p. 262.

<sup>8</sup> HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v. I, p. 262. Na mesmo sentido: MUNHOZ NETTO, Alcides. *Da tentativa no código penal brasileiro*. Curitiba: Littero-Técnica, 1958. p. 58.

<sup>9</sup> É, dentre outros, o entendimento de GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – Parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 263-267.

Crimes formais e de mera conduta comportam o *conatus*, desde que sejam plurissubsistentes.

Na seara dos **crimes formais**, tomemos como exemplo uma extorsão mediante sequestro (CP, art. 159), na qual o agente aponta uma arma de fogo para a vítima, dizendo para ela se render porque seria privada de sua liberdade para futura troca por vantagem econômica indevida junto aos seus familiares. A vítima, contudo, consegue fugir e é perseguida. Aciona a Polícia, que aborda o criminoso e efetua sua prisão em flagrante, antes da privação da liberdade da pessoa visada. Trata-se de tentativa de extorsão mediante sequestro, exemplo clássico de crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado.

Em relação aos crimes de **mera conduta** ou de simples atividade, ilustremos com o ato obsceno (CP, art. 233): um casal, em praça pública, anuncia que realizará, dentro de instantes, um show de sexo explícito. Quando começam a se despir, são presos em flagrante por policiais que ali se encontravam. As condutas se enquadram como tentativas de crimes de ato obsceno.

Conclui-se, assim, que a possibilidade de tentativa se relaciona com a ausência de aperfeiçoamento de todos os elementos do tipo penal, e não com a falta de superveniência do resultado naturalístico, obrigatório apenas para a consumação dos crimes materiais.

**A regra, portanto, é a compatibilidade dos crimes com o *conatus*.**

Algumas espécies de infrações penais, todavia, não admitem a tentativa. Vejamos quais são:

**1) Crimes culposos:** nestes crimes o resultado naturalístico é involuntário, contrário à intenção do agente. Por corolário, seria no mínimo contraditório admitir-se, em um crime não desejado pelo seu autor, o início da execução de um delito que somente não se consuma por circunstâncias alheias à sua vontade. Essa regra se excepciona no que diz respeito à **culpa imprópria**, compatível com a tentativa, pois nela há a intenção de se produzir o resultado. Cuida-se, em verdade, de dolo, punido por razões de política criminal a título de culpa, em face de ser a conduta realizada pelo agente com amparo em erro inescusável quanto à ilicitude do fato.

**2) Crimes preterdolosos:** nestes crimes o resultado agravador é culposo, não desejado pelo agente. Por esse motivo, não se compactuam com a tentativa. Exemplo: só se configura o crime de lesão corporal seguida de morte quando se produz o resultado agravador, pois, caso contrário, o agente responde unicamente pelas lesões corporais dolosamente praticadas.

**3) Crimes unissubsistentes:** são aqueles em que a conduta é exteriorizada mediante um único ato, suficiente para alcançar a consumação. Não é possível a divisão do *iter criminis*, razão pela qual é incabível a tentativa. Exemplo: desacato (CP, art. 331) cometido verbalmente: proferida a palavra apta a menosprezar a função pública exercida por determinada pessoa, consumado estará o crime.

4) **Crimes omissivos próprios ou puros:** ingressam no grupo dos crimes unissubsistentes. Em uma omissão de socorro (CP, art. 135), o sujeito tem duas opções: ou presta assistência ao necessitado, e não há crime, ou deixa de prestá-la, e o crime estará consumado. Os crimes omissivos impróprios, espúrios ou comissivos por omissão, de seu turno, admitem a tentativa.

5) **Crimes de perigo abstrato:** também se enquadram no bloco dos crimes unissubsistentes. No porte ilegal de arma de fogo, ou o agente porta a arma de fogo em situação irregular, e o crime estará consumado, ou não o faz, e o fato será atípico. Os crimes de perigo concreto, por sua vez, comportam a tentativa.

6) **Contravenções penais:** não há tentativa por expressa previsão legal. Estabelece o art. 4.º do Decreto-lei 3.688/1941 – Lei das Contravenções Penais: “Não é punível a tentativa de contravenção”.

7) **Crimes condicionados:** são aqueles cuja punibilidade está sujeita à produção de um resultado legalmente exigido, tal qual a participação em suicídio (CP, art. 122), em que só há punição se resultar morte ou lesão corporal de natureza grave.

8) **Crimes subordinados a condição objetiva de punibilidade:** tal como ocorre em relação aos falimentares (Lei 11.101/2005 – Lei de Falências, art. 180), pois se o próprio delito completo não é punível se não houver aquela condição, muito menos o será a sua tentativa.<sup>10</sup>

9) **Crimes de atentado ou de empreendimento:** não há tentativa, uma vez que a figura tentada recebe igual pena destinada ao crime consumado. É o que se dá, por exemplo, no delito tipificado pelo art. 352 do Código Penal (“evadir-se ou tentar evadir-se”).

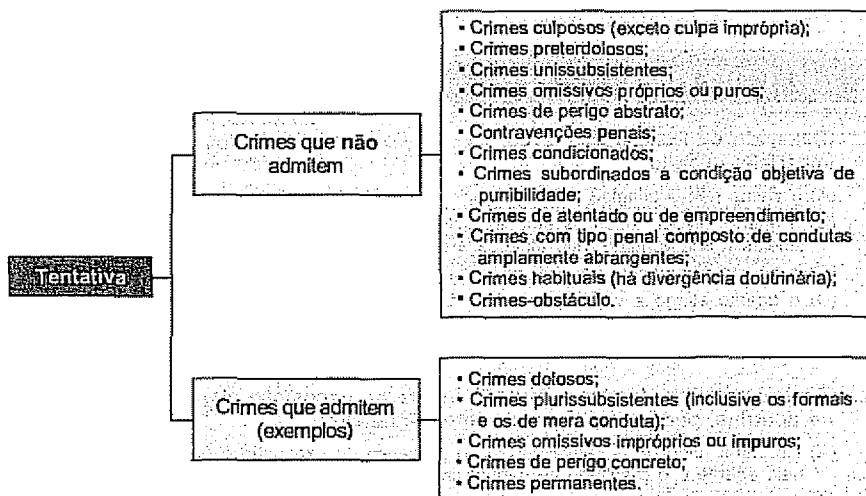
10) **Crimes com tipo penal composto de condutas amplamente abrangentes:** em relação a estes crimes, no caso concreto é impossível dissociar a tentativa da consumação. Veja-se o exemplo do crime de parcelamento ou desmembramento irregular do solo para fins urbanos, tipificado pelo art. 50, I, da Lei 6.766/1979: “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” (grifamos). A expressão “de qualquer modo”, na prática, inviabiliza a tentativa, pois qualquer que seja a conduta adotada pelo agente, implicará na consumação.

11) **Crimes habituais:** são aqueles compostos pela reiteração de atos que demonstram um estilo de vida do agente. Cada ato, isoladamente con-

<sup>10</sup> NORONHA, E. Magalhães. Questões acerca da tentativa. *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 247.

siderado, representa um indiferente penal. É o caso do curandeirismo (CP, art. 284, I), em que o ato de prescrever, uma única vez, qualquer substância é conduta atípica, pois a lei reclama a habitualidade. Mirabete faz uma adequada ressalva, suscitando divergência: há tentativa do crime previsto no art. 282 do Código Penal na conduta do sujeito que, sem ser médico, instala um consultório e é detido quando de sua primeira “consulta”.<sup>11</sup> Não se devem confundir crimes habituais, entretanto, com crimes permanentes, nos quais a tentativa é perfeitamente cabível. Exemplo: tentativa de sequestro (CP, art. 148), na qual o autor tenta, de modo forçado, prender uma pessoa no quarto de uma casa, mas esta reage e foge.

**12) Crimes-obstáculo:** são os que retratam atos preparatórios tipificados de forma autônoma pelo legislador, a exemplo do crime de substância destinada à falsificação (CP, art. 277). De fato, não há sentido em punir a preparação de um crime – que normalmente não é punível – como delito autônomo prevendo-se para este também a figura do *conatus*. Haveria incompatibilidade lógica de punir a tentativa de preparação de um crime que somente é objeto de punição porque, excepcionalmente, o legislador construiu um tipo penal específico. Exemplificativamente, ter em depósito substância destinada à falsificação de um produto medicinal, não fosse a figura típica do art. 277, representaria conduta penalmente irrelevante, não podendo ser considerada ato executório do crime previsto no art. 273, pois trata-se de mera fase preparatória. Como se sabe, o intérprete não pode ampliar a exceção criada pelo legislador.



<sup>11</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal. Parte geral*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1, p. 153.



**17.14. CRIMES PUNIDOS SOMENTE NA FORMA TENTADA**

A regra vigente no sistema penal brasileiro é a punição dos crimes nas modalidades consumada e tentada. Mas em algumas situações não se admite o *conatus* – seja pela natureza da infração penal, seja em obediência a determinado mandamento legal –, razão pela qual apenas é possível a imposição de sanção penal para a forma consumada do delito ou da contravenção penal. É o que se verifica, a título ilustrativo, nos crimes culposos (salvo na culpa imprópria) e nos crimes unissubsistentes.

Entretanto, em hipóteses raríssimas somente é cabível a punição de determinados delitos na forma tentada, pois nesse sentido orientou-se a previsão legislativa quando da elaboração do tipo penal. Exemplos disso encontram-se nos arts. 9.º e 11 da Lei 7.170/1983 – Crimes contra a Segurança Nacional:

**Art. 9.º** Tentar submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país.

Pena – reclusão, de 4 a 20 anos.

Parágrafo único. Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até um terço; se resulta morte aumenta-se até a metade.

**Art. 11.** Tentar desmembrar parte do território nacional para constituir país independente.

Pena – reclusão, de 4 a 12 anos.

**17.15. QUESTÕES**

- 1. (Delegado de Polícia/SP – 2008) De acordo com a doutrina, ocorre a tentativa imperfeita quando**
  - (A) a vítima não é atingida pelo agente.
  - (B) o agente pratica todos os atos executórios de que dispunha, mas, por circunstâncias alheias à sua vontade, não alcança a consumação.
  - (C) o agente é impedido de praticar todos os atos executórios de que dispunha.
  - (D) o agente atinge a vítima, mas, voluntariamente, resolve não prosseguir com os atos executórios.
  - (E) o agente atinge pessoa diversa daquela que pretendia lesionar.
- 2. (5.º Promotor de Justiça – MP/AP) Diante da exposição abaixo e com amparo na doutrina, pode ser proposto como verdadeiro:**
  - (A) No crime falho ou tentativa perfeita o processo de execução é parcialmente realizado pelo agente e o resultado se verifica integralmente.
  - (B) Quando o processo executório é interrompido por circunstâncias alheias à vontade do agente, denomina-se tentativa imperfeita ou tentativa propriamente dita.
  - (C) Nos crimes culposos não se requer a falta de cuidado objetivo.
  - (D) Ocorre tentativa branca quando o objeto material sofre dano total.

3. (24.º Promotor de Justiça – MPF/MPDFT) Assinale a opção incorreta.
- (A) A desistência voluntária e o arrependimento eficaz dependem, sempre, da vontade do agente.
  - (B) No arrependimento eficaz, após o agente esgotar os meios de que dispunha para a prática do crime, pratica nova atividade, evitando que o resultado ocorra.
  - (C) Na tentativa imperfeita, a consumação não ocorre, apesar de o agente ter praticado todos os atos necessários à produção do evento.
  - (D) Para a caracterização do crime impossível, é imprescindível que o meio utilizado seja absolutamente ineficaz para a obtenção do resultado.
4. (43.º Promotor de Justiça – MP/MG) Não obstante os esforços doutrinários, ainda não surgiu na dogmática penal teoria capaz de estabelecer segura delimitação entre atos preparatórios e início de execução. A jurisprudência também é vacilante, como comprovam os diferentes acórdãos que enfrentam o problema. Analise o julgado abaixo e indique a teoria na qual ele se fundamentou.
- “O simples fato de o apelante ter aberto o portão, ingressado no quintal e colocado o corpo para dentro da janela da moradia não pode significar começo de execução de um crime de furto, cujo núcleo do tipo é ‘subtrair’. É preciso ‘um começo típico de execução, para que haja delito tentado’” (JUTACrm 99/151).
- (A) Teoria da hostilidade ao bem jurídico.
  - (B) Teoria da univocidade.
  - (C) Teoria objetivo-formal.
  - (D) Teoria objetivo-material.
  - (E) Teoria subjetiva.
5. (83.º Promotor de Justiça – MP/SP) Crime falho é
- (A) aquele no qual alguém, insidiosamente, provoca uma situação que leva o agente a prática do crime, mas, antes, toma as devidas providências para que o mesmo não se consuma.
  - (B) aquele no qual o agente acredita que está praticando um crime, que não existe, pois o fato não é típico.
  - (C) o mesmo que tentativa perfeita, na qual o crime não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente, embora este pratique todos os atos necessários para a consumação do crime.
  - (D) o mesmo que tentativa inadequada ou inidônea, na qual o crime não pode ser consumado por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto.
  - (E) aquele no qual a polícia efetua a detenção do agente no momento da prática delitiva, pois avisada pela vítima que sabia previamente que o crime iria acontecer.
6. (IV – Defensoria Pública/MT – FCC/2009) O agente iniciou a execução de um delito, cuja consumação não ocorreu pela:
- I. Ineficácia relativa do meio empregado.
  - II. Impropriedade absoluta do objeto.
  - III. Reação da vítima.
  - IV. Ineficácia absoluta do meio empregado.
  - V. Impropriedade relativa do objeto.
- Haverá tentativa punível na(s) hipótese(s) indicada(s) SOMENTE em
- (A) III.
  - (B) I e V.

- (C) II e IV.
- (D) I, II e IV.
- (E) I, III e V.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

**Obs.:** Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no *site* [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

## DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA E ARREPENDIMENTO EFICAZ

Sumário: 18.1. Dispositivo legal – 18.2. Distinção com a tentativa – 18.3. Fundamento – 18.4. Natureza jurídica – 18.5. Desistência voluntária – 18.6. Arrependimento eficaz – 18.7. Requisitos – 18.8. Motivos – 18.9. Efeito – 18.10. Incompatibilidade com os crimes culposos – 18.11. Adiamento da prática do crime – 18.12. Comunicabilidade da desistência voluntária e do arrependimento eficaz – 18.13. Tentativa qualificada – 18.14. Questões.

### 18.1. DISPOSITIVO LEGAL

Estabelece o art. 15 do Código Penal: “O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados”.

### 18.2. DISTINÇÃO COM A TENTATIVA

Desistência voluntária e arrependimento eficaz são formas de **tentativa abandonada**, assim rotulados porque a consumação do crime não ocorre em razão da **vontade do agente**, que não chega ao resultado inicialmente desejado por interromper o processo executório do delito ou, esgotada a execução, emprega diligências eficazes para impedir o resultado.

Diferem-se, portanto, da tentativa ou *conatus*, em que, iniciada a execução de um delito, a consumação não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente.

### 18.3. FUNDAMENTO

O fundamento político-criminal da desistência voluntária e do arrependimento eficaz é o estímulo ao agente para evitar a produção do resultado de

um crime cuja execução já se iniciou, em relação ao qual lhe é perfeitamente possível alcançar a consumação.

Por esse motivo, Franz von Liszt a eles se referia como a “**ponte de ouro**” do Direito Penal, isto é, a forma capaz de se valer o agente para retornar à seara da licitude. De fato, os institutos têm origem no **direito premial**, pelo qual o Estado concede ao criminoso um tratamento penal mais favorável em face da voluntária não produção do resultado. Em suas palavras:

No momento em que o agente transpõe a linha divisória entre os atos preparatórios impunes e o começo da execução punível, incorre na pena cominada contra a tentativa. Semelhante fato não pode mais ser alterado, suprimido ou anulado retroativamente. Pode, porém, a lei, por considerações de política criminal, construir uma ponte de ouro para a retirada do agente que já se tornara passível de pena.<sup>1</sup>

#### 18.4. NATUREZA JURÍDICA

Há três correntes sobre a natureza jurídica da desistência voluntária e do arrependimento eficaz:

- 1) **Causa pessoal de extinção da punibilidade:** embora não prevista no art. 107 do Código Penal, a desistência voluntária e o arrependimento eficaz retiram o *ius puniendi* estatal no tocante ao crime inicialmente desejado pelo agente. É a posição de Néelson Hungria, E. Magalhães Noronha, Aníbal Bruno e Eugenio Raúl Zaffaroni, entre outros.
- 2) **Causa de exclusão da culpabilidade:** se o agente não produziu, voluntariamente, o resultado inicialmente desejado, afasta-se em relação a este o juízo de reprovabilidade. Responde, entretanto, pelo crime cometido, mais brando. Comungam desse entendimento Hans Welzel e Claus Roxin.
- 3) **Causa de exclusão da tipicidade:** para essa vertente, afasta-se a tipicidade do crime inicialmente desejado pelo agente, subsistindo apenas a tipicidade dos atos já praticados. A ela se filiaram José Frederico Marques, Heleno Cláudio Fragoso, Basileu Garcia e Damásio E. de Jesus. É a posição dominante na jurisprudência, e a mais aceita em provas e concursos públicos.

#### 18.5. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA

Na desistência voluntária, o agente, por ato voluntário, interrompe o processo executório do crime, abandonando a prática dos demais atos necessários e que

<sup>1</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1889. t. 1, p. 342.

estavam à sua disposição para a consumação. É compatível, portanto, com a **tentativa imperfeita ou inacabada**, compreendida como aquela em que não se esgotaram os meios de execução que o autor tinha a seu alcance.

Conforme a clássica fórmula de Frank, a desistência voluntária se caracteriza quando o responsável pela conduta diz a si próprio: “posso prosseguir, mas não quero”. Estaremos diante da tentativa, entretanto, se o raciocínio for outro: “quero prosseguir, mas não posso”.

Em regra, caracteriza-se por uma conduta negativa, pois o agente desiste da execução do crime, deixando de realizar outros atos que estavam sob o seu domínio. Exemplo: “A” dispara um projétil de arma de fogo contra “B”. Com a vítima já caída ao solo, em local ermo e com mais cinco cartuchos no tambor de seu revólver, “A” desiste de efetuar outros tiros, quando podia fazê-lo para ceifar a vida de “B”.

Nos crimes omissivos impróprios, todavia, a desistência voluntária reclama uma atuação positiva, um fazer, pelo qual o autor de um delito impede a produção do resultado. Exemplo: a mãe, desejando eliminar o pequeno filho, deixa de alimentá-lo por alguns dias. Quando o infante está à beira da morte, sem ninguém para socorrê-lo, a genitora muda de ideia, e passa a nutri-lo, recuperando a sua saúde.

A desistência voluntária não é admitida nos crimes unissubsistentes, pois, se a conduta não pode ser fracionada, exteriorizando-se por um único ato, é impossível desistir da sua execução, que já se aperfeiçoou com a atuação do agente.

## 18.6. ARREPENDIMENTO EFICAZ

No arrependimento eficaz, ou **resipiscência**,<sup>2</sup> depois de já praticados todos os atos executórios suficientes à consumação do crime, o agente adota providências aptas a impedir a produção do resultado. Exemplo: depois de administrar veneno à vítima, que o ingeriu ao beber o café “preparado” pelo agente, este lhe oferece o antidoto, impedindo a eficácia causal de sua conduta inicial.

Fica claro, pois, que o arrependimento eficaz é compatível com a **tentativa perfeita ou acabada**, na qual o agente esgota os meios de execução que se encontravam à sua disposição. Como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal:

Crime tentado: arrependimento eficaz (CP, art. 15): conseqüências jurídico-penais. Diversamente do que pode suceder na “desistência voluntária” – quando seja ela mesma o fator impeditivo do delito projetado ou consentido –, o

<sup>2</sup> JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. Parte geral. 28. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 344.

“arrependimento eficaz” é fato posterior ao aperfeiçoamento do crime tentado, ao qual, no entanto, se, em concreto, impediu se produzisse o resultado típico, a lei dá o efeito de elidir a punibilidade da tentativa e limitá-la aos atos já praticados.<sup>3</sup>

O art. 15 do Código Penal revela ser o arrependimento eficaz possível somente no tocante aos crimes materiais, pela análise da expressão “impede que o resultado se produza”. Esse resultado, naturalístico, é exigido somente para a consumação dos crimes materiais consumados.

Além disso, nos crimes formais a realização da conduta implica na automática consumação do delito, aperfeiçoando-se a tipicidade do fato, muito embora, no caso concreto, seja possível, porém dispensável para a consumação, a produção do resultado naturalístico.

Nos crimes de mera conduta, por sua vez, jamais ocorrerá o resultado naturalístico, motivo pelo qual não se admite a sua interrupção. Além disso, com a simples atividade o delito já estará consumado, com a tipicidade concluída e imutável.

### 18.7. REQUISITOS

São comuns os requisitos da desistência voluntária e do arrependimento eficaz: **voluntariedade e eficácia**.

Devem ser voluntários, isto é, livres de coação física ou moral, pouco importando sejam espontâneos ou não. A iniciativa pode emanar de terceira pessoa ou mesmo da própria vítima, bastando o pensamento “posso prosseguir, mas não quero”.

Com efeito, a espontaneidade reclama tenha sido a ideia originada da mente do agente, como fruto de sua mais honesta vontade.

Exige-se, ainda, a eficácia, ou seja, é necessário que a atuação do agente seja capaz de evitar a produção do resultado.

Se, embora o agente tenha buscado impedir sua ocorrência, ainda assim o resultado se verificou, subsiste a sua responsabilidade pelo crime consumado. Incide, todavia, a atenuante genérica prevista no art. 65, III, alínea “b”, 1.ª parte, do Código Penal.

### 18.8. MOTIVOS

São irrelevantes os motivos que levaram o agente a optar pela desistência voluntária ou pelo arrependimento eficaz.

<sup>3</sup> HC 84.653/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1.ª Turma, j. 02.08.2005.

Não precisam ser éticos, piedosos, valorativos ou admiráveis. Podem decorrer de questões religiosas, por conselho do advogado ou mesmo pelo receio de suportar a sanção penal. O Código Penal se contenta com a voluntariedade e a eficácia para a exclusão da tipicidade.

### 18.9. EFEITO

Na desistência voluntária e no arrependimento eficaz o efeito é o mesmo: o agente não responde pela forma tentada do crime inicialmente desejado, mas somente pelos atos já praticados.

Assim, nos exemplos indicados (disparos de arma de fogo e inoculação de veneno) não há tentativa, mas somente lesões corporais, com grau definido em razão do prejuízo proporcionado à vítima.

### 18.10. INCOMPATIBILIDADE COM OS CRIMES CULPOSOS

A desistência voluntária e o arrependimento eficaz são incompatíveis com os crimes culposos, salvo na culpa imprópria. O motivo é simples: nessa modalidade de delito o resultado naturalístico é involuntário, não sendo lógico imaginar, portanto, um resultado que o agente desejava produzir para, em seguida, abandonar a execução que a ele conduziria ou impedir a sua produção.

### 18.11. ADIAMENTO DA PRÁTICA DO CRIME

Prevalece o entendimento de que **há desistência voluntária no adiamento da empreitada criminosa**, com o propósito de repeti-la em ocasião mais adequada. Exemplo: "A", famoso homicida de uma pequena cidade por sempre utilizar armas brancas (com ponta ou gume), trajando capuz para não ser reconhecido e somente com uma faca à sua disposição, depois de efetuar um golpe na vítima, atingindo-a de raspão, decide interromper a execução do homicídio, para, no futuro, sem despertar suspeitas, atingi-la com disparos de arma de fogo.

**Não existe desistência voluntária, porém, na hipótese de execução retomada**, em que a pessoa deseja dar sequência, no futuro, à atividade criminosa que precisou adiar, utilizando-se dos atos anteriormente praticados. Exemplo: a vítima, privada de sua liberdade, é torturada pelo agente, que assim age para matá-la. Como nasce o filho do criminoso e ele se ausenta para visitá-lo, desiste de matar o ofendido naquele dia, deixando para fazê-lo no futuro, mediante novas torturas, sem libertá-la.



## 18.12. COMUNICABILIDADE DA DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA E DO ARREPENDIMENTO EFICAZ

Imagine a seguinte situação: “A” contrata “B” para matar “C”. Na data ajustada, e depois de amarrá-la a uma árvore, “B” desiste de matá-la, mantendo-a incólume, contra a vontade de “A”. Com base nessa situação questiona-se: **os efeitos da desistência voluntária e do arrependimento eficaz são comunicáveis no concurso de pessoas?**

A doutrina não é unânime, dividindo-se em duas correntes:

- 1.<sup>a</sup> **corrente:** Heleno Cláudio Fragoso e Costa e Silva, sustentando o caráter subjetivo dos institutos, defendem a manutenção da responsabilidade do partícipe no tocante à tentativa abandonada pelo autor.
- 2.<sup>a</sup> **corrente:** Nélson Hungria apregoa o caráter misto – objetivo e subjetivo – da desistência voluntária e do arrependimento eficaz, com a consequente aplicação da regra prevista no art. 30 do Código Penal, excluindo a responsabilidade penal do partícipe.

Essa última posição é dominante, pois a conduta do partícipe é **acessória**, dependendo sua punição da prática de um crime, consumado ou tentado, pelo autor, responsável pela conduta principal. E se este não comete nenhum crime, impossível a punição do partícipe.

Na hipótese de o partícipe (“A” no exemplo acima) desistir da empreitada criminoso, sua atuação, embora voluntária, será inútil se ele não conseguir impedir a consumação do delito. Exige-se, assim, que o partícipe convença o autor a não consumir a infração penal, pois, em caso contrário, responderá pelo delito, em face da ineficácia de sua desistência.

## 18.13. TENTATIVA QUALIFICADA

A tentativa é chamada de qualificada quando contém, em seu bojo, outro delito, de menor gravidade, já consumado.

Na desistência voluntária e no arrependimento eficaz opera-se a exclusão da tipicidade do crime inicialmente desejado pelo agente. Resta, contudo, a responsabilidade penal pelos atos já praticados, os quais configuram um crime autônomo e já consumado. Daí falar-se em tentativa qualificada.

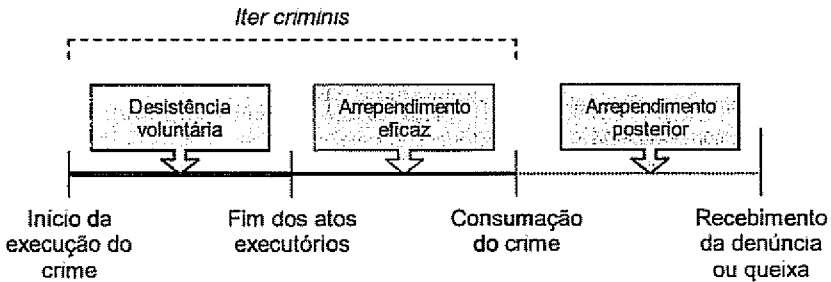
Vejamos alguns exemplos:

- a) aquele que deseja matar e, para tanto, efetua disparo de arma de fogo contra a vítima, sem atingi-la, abandonando em seguida o propósito criminoso, responde apenas pelo crime autônomo de disparo de arma de fogo (Lei 10.826/2003, art. 15); e

b) aquele que, no interior de uma residência que ingressou para furtar, desiste voluntariamente da execução do delito, responde somente pelo crime de violação de domicílio (CP, art. 150).

Nos dois casos excluiu-se a tipicidade do delito inicial, restando um crime menos grave e já consumado.

É possível, ainda, que os atos já praticados pelo agente não configurem crime autônomo. É o caso do indivíduo que desiste do furto de uma motocicleta, da qual se apoderou em um estacionamento sem danificá-la. Em situações desse nível, ficará impune.



## 18.14. QUESTÕES

- (5.º Promotor de Justiça – MP/AP) Qual a natureza jurídica do arrependimento eficaz?
  - Não deve ser considerada para fins de aplicação de pena.
  - É elemento primordial no conceito da teoria Causalista da Ação, posto que inclui o agente nas qualificadoras contidas no tipo penal.
  - Segundo corrente hodierna, trata-se de causa geradora de atipicidade. Faz com que o autor responda pelos atos até então praticados.
  - Trata-se de elemento subjetivo e determinante no reconhecimento do dolo específico.
- (Analista Judiciário – Área Judiciária – TRE/AL – FCC/2009) “A” ingressa na residência de “B”, sem consentimento, porém desiste de cometer a subtração. Sobre essa hipótese é INCORRETO afirmar que:
  - Há desistência voluntária em relação ao furto se o agente presentiu a impossibilidade de êxito da empreitada criminosa e, por esse motivo, resolveu fugir.
  - Há desistência voluntária em relação ao furto se o agente não foi coagido, moral ou materialmente, à interrupção do *iter criminis*.
  - Há tentativa punível de furto se a desistência ocorreu em razão do funcionamento do sistema de alarme do imóvel.
  - Se a desistência quanto ao furto foi voluntária, o agente responderá, apenas, pelo crime de invasão de domicílio.

(E) Não há desistência voluntária se o agente suspendeu a execução do furto e continuou a praticá-lo, posteriormente, aproveitando-se dos atos já executados.

**3. (Juiz do Trabalho – TRT/23.<sup>a</sup> Região 2007) Análise as proposições abaixo formuladas, e marque a alternativa correta:**

- I – Diz-se o crime consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;
- II – Diz-se o crime tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente;
- III – O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados;
- IV – 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.
- V – Quanto ao conceito analítico de crime, há duas teorias, a primeira, denominada de tripartite, segundo a qual crime é todo fato típico, antijurídico e culpável e, a segunda, considera crime todo fato típico e antijurídico.

- (A) está correto apenas o item I;
- (B) estão corretos apenas os itens I e II;
- (C) estão corretos apenas os itens I, II, III;
- (D) estão corretos apenas os itens I, II, III e IV;
- (E) todos os itens estão corretos.

**4. (Delegado de Polícia/ES – 2006): No item a seguir é apresentada uma situação hipotética acerca das normas pertinentes à parte geral do Código Penal seguida de uma assertiva a ser julgada.**

Sebastião, com 55 anos de idade, pretendendo matar sua esposa Maria, comprou um revólver e postou-se frente a frente com a esposa, apontando-lhe a arma muniçada. Todavia, após fazer pontaria para atirar na cabeça de Maria, desistiu do intento de matá-la. Guardou a arma e retirou-se do local. Nessa situação, Sebastião responderá por tentativa de homicídio, vez que deu início à execução do delito.

**5. (XXXIII Juiz do Trabalho – TRT/2.<sup>a</sup> Região/SP 2007) Ocorre arrependimento eficaz quando o agente:**

- (A) voluntariamente desiste de prosseguir na execução do crime.
- (B) por circunstâncias alheias à sua vontade não consegue consumar o ilícito penal.
- (C) voluntariamente impede que o resultado criminoso se produza.
- (D) por empregar meio inidôneo ou ineficaz não consegue consumar o crime.
- (E) por circunstâncias alheias à sua vontade desiste da consumação do ilícito.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

**Obs.:** Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no site [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

## ARREPENDIMENTO POSTERIOR

Sumário: 19.1. Conceito – 19.2. Alocação do instituto – 19.3. Natureza jurídica – 19.4. Extensão do benefício – 19.5. Fundamentos – 19.6. Requisitos – 19.7. Comunicabilidade do arrependimento posterior no concurso de pessoas – 19.8. Critério para redução da pena – 19.9. Recusa do ofendido em aceitar a reparação do dano ou a restituição da coisa – 19.10. Dispositivos especiais acerca da reparação do dano: 19.10.1. Peculato culposo; 19.10.2. Juizados Especiais Criminais; 19.10.3. Apropriação indébita previdenciária; 19.10.4. Súmula 554 do Supremo Tribunal Federal – 19.11. Questões.

### 19.1. CONCEITO

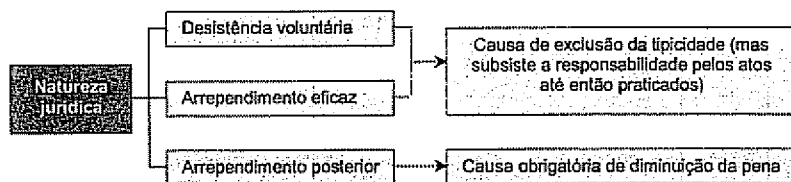
É a causa pessoal e obrigatória de diminuição da pena que ocorre quando o autor de um crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa, voluntariamente e até o recebimento da denúncia ou queixa, restitui a coisa ou repara o dano provocado por sua conduta.

Conforme dispõe o art. 16 do Código Penal: “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 1 (um) a 2/3 (dois terços)”.

### 19.2. ALOCAÇÃO DO INSTITUTO

Com o propósito de distinguir o arrependimento posterior do arrependimento eficaz, disciplinado pelo art. 15 do Código Penal, o legislador foi infeliz ao tratar do instituto no âmbito da teoria do crime.

De fato, o assunto deveria ter sido disciplinado na seara da teoria da pena, por influir na sua dosagem, em nada alterando a adequação típica do fato concreto, ao contrário do que se dá no arrependimento eficaz.



### 19.3. NATUREZA JURÍDICA

Trata-se de causa pessoal e obrigatória de diminuição da pena.<sup>1</sup> Tem incidência, portanto, na terceira fase de aplicação da pena privativa de liberdade.

### 19.4. EXTENSÃO DO BENEFÍCIO

O arrependimento posterior alcança qualquer crime que com ele seja compatível, e não apenas os delitos contra o patrimônio. Raciocínio diverso levaria à conclusão de que essa figura penal deveria estar prevista no título dos crimes contra o patrimônio, e não na Parte Geral do Código Penal.

Basta, em termos genéricos, que exista um “dano” causado em razão da conduta penalmente ilícita. É o caso, por exemplo, do crime de peculato doloso, em suas diversas modalidades (CP, art. 312). Cuida-se de crime contra a Administração Pública que admite o arrependimento posterior.

Embora com alguma controvérsia, prevalece o entendimento de que a reparação do dano moral enseja a aplicação do arrependimento posterior. Nos crimes contra a honra, a título ilustrativo, a indenização pelos prejuízos causados autorizaria a diminuição da pena.<sup>2</sup>

### 19.5. FUNDAMENTOS

O arrependimento posterior tem raízes em questões de política criminal, fundadas em duplo aspecto: (1) **proteção da vítima**, que deve ser amparada em relação aos danos sofridos; e (2) **fomento do arrependimento por parte do agente**, que se mostra mais preocupado com as consequências de seu ato, reduzindo as chances de reincidência.

<sup>1</sup> “O arrependimento posterior é causa de diminuição de pena objetiva, bastando para a sua configuração seja voluntário e realizado antes do recebimento da denúncia, mediante a devolução ou reparação integral do bem jurídico lesado” (STJ: RHC 20.051/RJ, rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 05.12.2006).

<sup>2</sup> Confira-se, a propósito, o trabalho de GARCIA, Waléria Garcelan Loma. *Arrependimento posterior*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 81 e ss.

## 19.6. REQUISITOS

A leitura do art. 16 do Código Penal fornece os requisitos do arrependimento posterior:

*a) Natureza do crime*

O crime deve ter sido praticado **sem violência ou grave ameaça à pessoa**.

Destarte, em se tratando de crime com violência ou grave ameaça à pessoa, pouco importa a quantidade e a natureza da pena, bem como o regime prisional fixado, é impossível a aplicação do arrependimento posterior.

A **violência contra a coisa** não exclui o benefício.

Em caso de **violência culposa**, é cabível o arrependimento posterior. Não houve violência na conduta, mas sim no resultado. É o que se dá, por exemplo, na lesão corporal culposa, crime de ação penal pública condicionada em que a reparação do dano pode, inclusive, acarretar na renúncia ao direito de representação se celebrada a composição civil, na forma do art. 74 e parágrafo único da Lei 9.099/1995.

No tocante aos crimes perpetrados com **violência imprópria**, duas posições se destacam:

- a) é possível o arrependimento posterior, pois a lei só o excluiu no que diz respeito à violência própria. Se quisesse afastá-lo, o teria feito expressamente, tal como no art. 157, *caput*, do Código Penal; e
- b) não se admite o benefício. Violência imprópria é violência dolosa, e nela a vítima é reduzida à impossibilidade de resistência. A situação é tão grave que a subtração de coisa alheia móvel assim praticada deixa de ser furto e se torna roubo, crime muito mais grave.

*b) Reparação do dano ou restituição da coisa*

Deve ser voluntária, pessoal e integral.

**Voluntária**, no sentido de ser realizada sem coação física ou moral. Pode se dar, assim, em razão de orientação de familiares, do advogado, ou mesmo por receio de suportar rigorosa sanção penal.

Não se exige, contudo, espontaneidade. É prescindível tenha surgido a ideia livremente na mente do agente.

**Pessoal**, salvo na hipótese de comprovada impossibilidade, como quando o agente se encontra preso ou internado em hospital, e terceira pessoa, representando-o, procede à reparação do dano ou restituição da coisa.

Não pode advir de terceiros, exceto em situações que justifiquem a impossibilidade de ser feita diretamente pelo autor do crime. Por óbvio, também não pode ser resultante da atuação policial ao apreender o produto do crime, pois essa circunstância excluiria a voluntariedade.

**Integral**, pois a reparação ou restituição de modo parcial não se encaixa no conceito apresentado pelo art. 16 do Código Penal. A completude, entretanto, deve ser analisada no caso concreto, ficando ao encargo da vítima, principalmente, a sua constatação.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, já admitiu o arrependimento posterior na reparação parcial do dano. Nessa linha de raciocínio, o percentual de diminuição da pena (um a dois terços) existe para ser sopesado em razão da extensão da reparação (ou do ressarcimento) e da presteza com que ela ocorre.<sup>3</sup>

### *c) Limite temporal*

A reparação do dano ou restituição da coisa, voluntária, pessoal e integral, nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, deve ser efetuada até o **recebimento** da denúncia ou da queixa.

É irrelevante, destarte, o momento do oferecimento da denúncia ou da queixa. A barreira temporal que viabiliza o benefício é o juízo de admissibilidade da petição inicial.

Se a reparação do dano for concretizada após o recebimento da denúncia ou da queixa, mas antes do julgamento, aplica-se a atenuante genérica prevista no art. 65, III, “b”, parte final, do Código Penal.

## **19.7. COMUNICABILIDADE DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR NO CONCURSO DE PESSOAS**

A reparação do dano ou restituição da coisa tem natureza **objetiva**. Consequentemente, comunica-se aos demais coautores e partícipes do crime, na forma definida pelo art. 30 do Código Penal.

Nas infrações penais em que a reparação do dano ou restituição da coisa por um dos agentes inviabiliza igual atuação por parte dos demais, a todos se estende o benefício. Na receptação (CP, art. 180), a propósito, entendimento diverso prejudicaria o autor do crime antecedente, que estaria impossibilitado de reparar um dano já satisfeito.

## **19.8. CRITÉRIO PARA REDUÇÃO DA PENA**

A redução da pena dentro dos parâmetros legais (um a dois terços) deve ser calculada com base na **celeridade** e na **voluntariedade** da reparação

<sup>3</sup> HC 98.658/PR, rel. ong. Min. Cármen Lúcia, rel. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 1.ª Turma, j. 09.11.2010, noticiado no *Informativo* 608.

do dano ou da restituição da coisa. Quanto mais rápida e mais verdadeira, maior será a diminuição da pena (2/3); quanto mais lenta – desde que até o recebimento da denúncia ou queixa – e menos sincera, menor a diminuição (1/3).

**19.9. RECUSA DO OFENDIDO EM ACEITAR A REPARAÇÃO DO DANO OU A RESTITUIÇÃO DA COISA**

Seja qual for o motivo que leve a vítima a agir dessa forma, o agente não pode ser privado da diminuição da pena se preencher os requisitos legalmente previstos para a concessão do benefício.

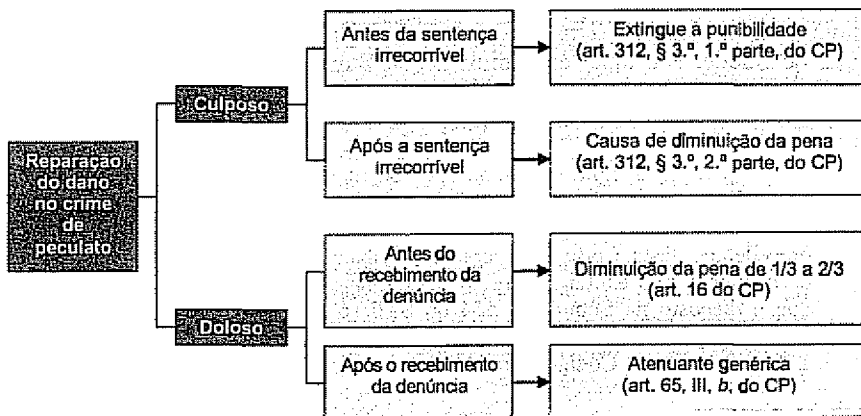
Pertinente, assim, a entrega da coisa à autoridade policial, que deverá lavar auto de apreensão, para a remessa ao juízo competente e posterior entrega ao ofendido, ou ainda, em casos extremos, o depósito em juízo, determinado em ação de consignação em pagamento.

**19.10. DISPOSITIVOS ESPECIAIS AGERCA DA REPARAÇÃO DO DANO**

**19.10.1. Peculato culposo**

Estabelece o art. 312, § 3.º, do Código Penal, que, no peculato culposo, a reparação do dano, se anterior à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade, e, se lhe for posterior, reduz de metade a pena imposta.

Essa regra, de caráter especial, afasta a incidência do art. 16 do Código Penal em relação ao peculato culposo.





### 19.10.2. Juizados Especiais Criminais

A composição dos danos civis entre o autor do fato e o ofendido, em se tratando de crimes de ação penal privada ou ação penal pública condicionada à representação, acarreta na renúncia ao direito de queixa ou de representação, com a consequente extinção da punibilidade (Lei 9.099/1995, art. 74, parágrafo único).

### 19.10.3. Apropriação indébita previdenciária

No crime tipificado pelo art. 168-A do Código Penal, dispõe seu § 2.º: “É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal”.

### 19.10.4. Súmula 554 do Supremo Tribunal Federal

Estatui o verbete sumular: “O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal”.

Sua interpretação autoriza a ilação, *a contrario sensu*, que o pagamento de cheque sem provisão de fundos, até o recebimento da denúncia, impede o prosseguimento da ação penal.

Em termos técnicos, essa súmula, criada anteriormente à Lei 7.209/1984, para o crime de fraude no pagamento por meio de cheque (CP, art. 171, § 2.º, VI), perdeu eficácia com a redação conferida ao art. 16 pela Reforma da Parte Geral do Código Penal.

A jurisprudência atual, todavia, é dominante no sentido de considerar válida a súmula em apreço, com a justificativa de não se referir ao arrependimento posterior, mas sim à ausência de justa causa para a denúncia, por falta de fraude. É o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça que limita a sua aplicação exclusivamente ao crime de estelionato na modalidade **emissão de cheque sem fundos (CP, art. 171, § 2.º, VI)**:

A reparação integral do dano, antes do recebimento da denúncia, no crime de estelionato (art. 171, *caput*, do CP), autoriza, tão-somente, o reconhecimento da causa de redução da pena prevista no art. 16 do Código Penal. Na linha dos precedentes desta Corte, a reparação do dano, anteriormente ao recebimento da denúncia, não exclui o crime de estelionato em sua forma básica, uma vez que o disposto na Súmula n. 554 do STF só tem aplicação para o crime de estelionato na modalidade emissão de cheques sem fundos, prevista no art. 171, § 2.º, VI, do Código Penal.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> HC 61.928/SP, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 04.09.2007.

Confunde-se, com o argumento de se tratar de política criminal, um crime de natureza pública e indisponível com questões civilistas de cunho privado, conferindo ao Direito Penal função de cobrança que não lhe pertence.

Vale destacar, porém, já ter decidido o Superior Tribunal de Justiça, em oposição à Súmula 554 do Supremo Tribunal Federal, que o pagamento da dívida resultante da emissão dolosa de cheque sem fundos, ainda que posteriormente ao recebimento da denúncia ou da queixa, importa na extinção da punibilidade.<sup>5</sup>

## 19.11. QUESTÕES

1. (23.º Promotor de Justiça – MPU/MPDFT) Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, a reparação do dano ou a restituição da coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, permite

  - (A) conceder ao sentenciado benefício em sede de execução penal.
  - (B) facultar redução de pena.
  - (C) reconhecer circunstância atenuante genérica.
  - (D) reconhecer causa obrigatória de diminuição de pena, que pode ser reduzida de um a dois terços.
2. (Juiz do Trabalho – TRT/23.ª Região – 2007) Analise as proposições abaixo formuladas, e marque a alternativa correta:

  - I – Diz-se o crime consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;
  - II – Diz-se o crime tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente;
  - III – O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados;
  - IV – 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.
  - V – Quanto ao conceito analítico de crime, há duas teorias, a primeira, denominada de tripartite, segundo a qual crime é todo fato típico, antijurídico e culpável e, a segunda, considera crime todo fato típico e antijurídico.
  - (A) está correto apenas o item I;
  - (B) estão corretos apenas os itens I e II;
  - (C) estão corretos apenas os itens I, II, III;
  - (D) estão corretos apenas os itens I, II, III e IV;
  - (E) todos os itens estão corretos.
3. (Defensor Público da União – 2004) No item a seguir, é apresentada uma situação hipotética, seguida de uma assertiva a ser julgada.

Antônio cometeu crime de roubo contra Tadeu, ao subtrair-lhe uma máquina fotográfica digital. Nessa situação, caso Antônio restitua o bem subtraído antes do oferecimento

<sup>5</sup> HC 93.893/SP, rel. Min. Nilson Naves, 6.ª Turma, j. 20.05.2008.

da denúncia, incidirá causa de redução de pena, por configurar-se o arrependimento posterior.

4. (23.º Procurador da República – MPF 2006) X subtraiu uma moto da Caixa Econômica Federal – CEF –, empregando, para tanto, violência contra J, servidor responsável pela guarda dos móveis pertencentes a mencionada empresa pública, que, por ocasião do fato, encontravam-se no depósito de sua agência de n.º 435, situada no município de Porto Real do Colégio, estado de Alagoas. Cliente da instauração do inquérito policial, a requerimento da Caixa Econômica Federal – CEF –, X compareceu ao departamento de polícia federal perante a autoridade incumbida de conduzir as investigações, confessou espontaneamente a autoria. No dia seguinte a confissão, antes, portanto, de recebida a denúncia, X procurou o gerente da Caixa Econômica Federal – CEF –, que, nessa qualidade recebeu dele a moto subtraída e mais a importância de R\$ 100,00 (cem reais), suficiente para cobrir o desgaste sofrido pela coisa, em decorrência do uso indevido. Em tais condições, X:
- (A) terá pena mitigada por força da confissão espontânea, que é circunstância atenuante (CP, art. 65, III, “d”), e do arrependimento posterior (CP, art. 16);
  - (B) terá a pena reduzida por força do arrependimento ou da reparação do dano, que tem a feição de circunstância atenuante (CP, art. 65, III, “b”), e do arrependimento posterior (CP, art. 16);
  - (C) terá a pena reduzida por força do arrependimento ou da reparação do dano e da confissão espontânea, que são circunstâncias atenuantes (CP, art. 65, III, “b” e “d”), e do arrependimento posterior (CP, art. 16);
  - (D) não será alcançado pelo arrependimento posterior, enquanto causa obrigatória de diminuição de pena, modelada pelo Código Penal, art. 16.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

**Obs.:** Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no site [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

## CRIME IMPOSSÍVEL

Sumário: 20.1. Conceito – 20.2. Natureza jurídica – 20.3. Teorias sobre o crime impossível – 20.4. Espécies de crime impossível – 20.5. Momento adequado para aferição da inidoneidade absoluta – 20.6. Aspectos processuais inerentes ao crime impossível – 20.7. Crime putativo e crime impossível: 20.7.1. Conceito de crime putativo; 20.7.2. Espécies de crime putativo; 20.7.3. Diferença entre crime impossível e crime putativo – 20.8. Questões.

### 20.1. CONCEITO

Crime impossível, nos termos do art. 17 do Código Penal, é o que se verifica quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, jamais ocorrerá a consumação.

### 20.2. NATUREZA JURÍDICA

O crime impossível guarda afinidade com o instituto da tentativa. Em ambos, o agente inicia, em seu plano interno, a execução da conduta criminosa que não alcança a consumação.

As diferenças, entretanto, são nítidas.

Na tentativa é possível atingir a consumação, pois os meios empregados pelo agente são idôneos, e o objeto material contra o qual se dirige a conduta é um bem jurídico suscetível de sofrer lesão ou perigo de lesão. Há, portanto, exposição do bem a dano ou perigo.

No crime impossível, por sua vez, o emprego de meios ineficazes ou o ataque a objetos impróprios inviabilizam a produção do resultado, inexistindo situação de perigo ao bem jurídico penalmente tutelado.

Em suma, na tentativa é, em tese, possível a consumação, a qual somente não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente, enquanto no crime impossível a consumação nunca pode ocorrer, seja em razão da ineficácia absoluta do meio, seja por força da impropriedade absoluta do objeto.

Nada obstante, a redação do art. 17 do Código Penal causa confusão acerca da natureza jurídica do crime impossível.

Com efeito, consta do dispositivo que “**não se pune a tentativa...**”, transmitindo a impressão equivocada de tratar-se de causa de isenção de pena no crime tentado.

Na verdade, o crime impossível é **causa de exclusão da tipicidade**, eis que o fato praticado pelo agente não se enquadra em nenhum tipo penal.

Entretanto, em razão da aparente similaridade entre os institutos, a doutrina convencionou também chamá-lo de **tentativa inadequada, tentativa inidônea<sup>1</sup> ou tentativa impossível**.

No regime da Parte Geral do Código Penal de 1940, antes da reforma pela Lei 7.209/1984, falava-se em **quase crime**, pois os arts. 76, parágrafo único, e 94, III, impunham ao autor do crime impossível a medida de segurança de liberdade vigiada. No atual sistema, convém não mais usar essa expressão como sinônima de crime impossível, embora parcela doutrinária ainda o faça.

## 20.3. TEORIAS SOBRE O CRIME IMPOSSÍVEL

### 1. Teoria objetiva

Apregoa que a responsabilização de alguém pela prática de determinada conduta depende de elementos objetivos e subjetivos (dolo e culpa).

Elemento objetivo é, no mínimo, o perigo de lesão para bens jurídicos penalmente tutelados. E quando a conduta não tem potencialidade para lesar o bem jurídico, seja em razão do meio empregado pelo agente, seja pelas condições do objeto material, não se configura a tentativa. É o que se chama de **inidoneidade**, que, conforme o seu grau, pode ser de natureza absoluta ou relativa.

**Inidoneidade absoluta** é aquela em que o crime jamais poderia chegar à consumação; relativa, por seu turno, aquela em que a conduta poderia ter consumado o delito, o que somente não ocorreu em razão de circunstâncias estranhas à vontade do agente.

Essa teoria se subdivide em outras duas: objetiva pura e objetiva temperada.

<sup>1</sup> SAUER, GUILLERMO. *Derecho Penal (Parte General)*. Trad. de Juan del Rosal. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1956. p. 173.

### 1.1. Teoria objetiva pura

Para essa vertente, o Direito Penal somente pode proibir condutas lesivas a bens jurídicos, devendo apenas se preocupar com os resultados produzidos no mundo fenomênico. Portanto, quando a conduta é incapaz, por qualquer razão, de provocar a lesão, o fato há de permanecer impune. Essa impunidade ocorrerá **independentemente do grau da inidoneidade da ação**, pois nenhum bem jurídico foi lesado ou exposto a perigo de lesão.

Assim, seja a inidoneidade do meio ou do objeto absoluta ou relativa, em nenhum caso estará caracterizada a tentativa.

### 1.2. Teoria objetiva temperada ou intermediária

Para a configuração do crime impossível, e, por corolário, para o afastamento da tentativa, os meios empregados e o objeto do crime devem ser **absolutamente inidôneos** a produzir o resultado idealizado pelo agente. Se a inidoneidade for relativa, haverá tentativa.

Foi a **teoria consagrada pelo art. 17 do Código Penal**. Como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

O crime impossível somente se caracteriza quando o agente, após a prática do fato, jamais poderia consumir o crime pela ineficácia absoluta do meio empregado ou pela absoluta impropriedade do objeto material, nos termos do art. 17 do Código Penal. A ação externa alheia à vontade do agente, impedindo a consumação do delito após iniciada a execução, caracteriza a tentativa (art. 14, II, do CP).<sup>2</sup>

## 2. Teoria subjetiva

Leva em conta a intenção do agente, manifestada por sua conduta, pouco importando se os meios por ele empregados ou o objeto do crime eram ou não idôneos para a produção do resultado.

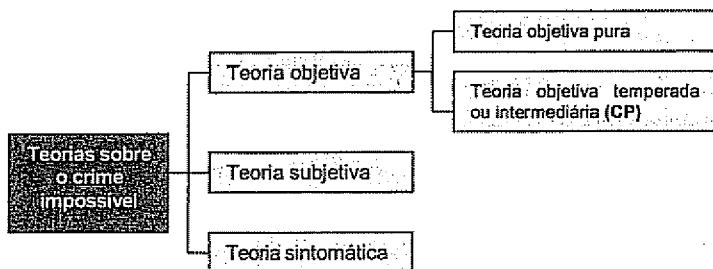
Assim, seja a inidoneidade absoluta ou relativa, em qualquer hipótese haverá tentativa, pois o que vale é a vontade do agente, seu aspecto psíquico.

## 3. Teoria sintomática

Preocupa-se com a **periculosidade do autor**, e não com o fato praticado.

A tentativa e o crime impossível são manifestações exteriores de uma personalidade temerária do agente, incapaz de obedecer às regras jurídicas a todos impostas. Destarte, justifica-se, em qualquer caso, a aplicação de medida de segurança.

<sup>2</sup> HC 45.616/SP, rel. Min. Amaldo Esteves Lima, 5.ª Turma, j. 09.08.2007.



## 20.4. ESPÉCIES DE CRIME IMPOSSÍVEL

A leitura do art. 17 do Código Penal revela a existência de duas espécies de crime impossível: por ineficácia absoluta do meio e por impropriedade absoluta do objeto.

### 1. Crime impossível por ineficácia absoluta do meio

A palavra “meio” se refere ao meio de execução do crime.

Dá-se a ineficácia absoluta quando o meio de execução utilizado pelo agente é, por sua natureza ou essência, incapaz de produzir o resultado, por mais reiterado que seja seu emprego.

É o caso daquele que decide matar seu desafeto com uma arma de brinquedo, ou então com munição de festim.

A inidoneidade do meio deve ser analisada no caso concreto, e jamais em abstrato. O emprego de açúcar no lugar de veneno para matar alguém pode constituir-se em meio absolutamente ineficaz em relação à ampla maioria das pessoas. É capaz, todavia, de eliminar a vida de um diabético, ainda quando ministrado em dose pequena.

Se a ineficácia for relativa, a tentativa estará presente. Exemplo: “A”, desejando matar seu desafeto, nele efetua disparos de arma. O resultado naturalístico (morte) somente não se produz porque a vítima trajava um colete de proteção eficaz.

### 2. Crime impossível por impropriedade absoluta do objeto

Objeto, para o Código Penal, é o objeto material, compreendido como a pessoa ou a coisa sobre a qual recai a conduta criminosa.

O objeto material é absolutamente impróprio quando inexistente antes do início da execução do crime, ou ainda quando, nas circunstâncias em que se encontra, torna impossível a sua consumação, tal como nas situações em que se tenta matar pessoa já falecida, ou se procura abortar o feto de mulher que não está grávida.

A mera existência do objeto material é suficiente, por si só, para configurar a tentativa.

O *conatus* estará ainda presente no caso de impropriedade relativa do objeto. Exemplo: o larápio, mediante destreza, coloca a mão no bolso direito da calça da vítima, com o propósito de furtar o aparelho de telefonia celular. Não obtém êxito, uma vez que o bem estava no bolso esquerdo.

Em caso de roubo, assim já entendeu o Superior Tribunal de Justiça:

Tratando-se o crime de roubo de delito complexo, tem-se por iniciada a execução tão logo praticada a violência ou grave ameaça à vítima. O fato de inexistir bens materiais em poder da vítima, não desnatura a ocorrência do crime em sua modalidade tentada.<sup>3</sup>

### 20.5. MOMENTO ADEQUADO PARA AFERIÇÃO DA INIDONEIDADE ABSOLUTA

A ineficácia absoluta do meio e a impropriedade absoluta do objeto devem ser analisadas **depois** da prática da conduta com a qual se deseja consumir o crime.

Uma vez realizada a conduta, e só então, deve ser diferenciada a situação em que tal conduta caracteriza tentativa punível ou crime impossível. A regra não pode ser estabelecida em abstrato, previamente, mas sim no caso concreto, após a realização da conduta. Nas palavras de Marcelo Semer:

Deve-se privilegiar a aferição *ex post* desde que se pretenda a incorporação, na aferição da idoneidade dos meios ou do objeto, das circunstâncias que concretamente atuaram no desenrolar dos fatos — o que, aliás, é mais consentâneo com a própria noção de tipicidade. Bem ainda analisar-se a idoneidade dos meios ou objeto de acordo com o plano concreto do agente — vale dizer, em relação ao propósito a que se lançara na empreitada delituosa.<sup>4</sup>

Se o agente está em um supermercado repleto de instrumentos eletrônicos de filmagem, com diversos seguranças monitorando seus passos, e, depois de colocar suas compras em um carrinho, esconde uma garrafa de vinho sob suas vestes para passar pelo caixa sem pagar por ela, pode-se desde já falar-se em crime impossível?

Evidente que não. De fato, é possível que consiga fugir dos seguranças, ou entregar o bem disfarçadamente para outra pessoa levá-lo embora, ou então se valer de qualquer outro meio capaz de consumir o furto. Só depois de efetivamente preso, portanto, seria autorizado discutir a carac-

<sup>3</sup> REsp 897.373/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 03.04.2007.

<sup>4</sup> SEMER, Marcelo. *Crime impossível e a proteção de bens jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 89.



terização ou não do crime impossível. Como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

Cinge-se a controvérsia à configuração ou não de crime impossível na hipótese em que o agente, ao tentar sair do estabelecimento comercial com produtos pertencentes a este, e detido por seguranças, em decorrência da suspeita de funcionários da empresa. No caso dos autos, o fato de o agente ter sido vigiado pelo segurança do estabelecimento não ilide, de forma absolutamente eficaz, a consumação do delito de furto, pois existiu o risco, ainda que mínimo, de que o agente lograsse êxito na consumação do furto e causasse prejuízo à vítima, restando frustrado o seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade. Desta maneira, não se pode reconhecer, nesta situação, a configuração de crime impossível pela absoluta ineficácia do meio empregado, mas sim a tentativa de furto. O crime impossível somente se caracteriza quando o agente, após a prática do fato, jamais poderia consumir o crime pela ineficácia absoluta do meio empregado ou pela absoluta impropriedade do objeto material, nos termos do art. 17 do Código Penal.<sup>5</sup>

## 20.6 ASPECTOS PROCESSUAIS INERENTES AO CRIME IMPOSSÍVEL

A comprovação do crime impossível acarreta na ausência de tipicidade do fato. Em verdade, não há crime. Consequentemente, o Ministério Público deve requerer o arquivamento do inquérito policial. Se não o fizer, oferecendo denúncia, deve esta ser rejeitada, com fulcro no art. 395, III, do Código de Processo Penal (com a redação alterada pela Lei 11.719/2008), pois o fato evidentemente não constitui crime, faltando condição para o exercício da ação penal.

Se a denúncia for recebida, com a instauração do processo penal, o juiz deve ao final absolver o réu, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal, pelo motivo de o fato não constituir infração penal.

Em se tratando de crime da competência do Tribunal do Júri, ao final da primeira fase (*judicium accusationis*), deverá o acusado ser absolvido sumariamente, em conformidade com o art. 415, inciso III, do Código de Processo Penal (com a redação alterada pela Lei 11.689/2008), em face de o fato não constituir infração penal.

O *habeas corpus* não é instrumento adequado para trancamento de ação penal que tenha como objeto um crime impossível, pois nessa ação constitucional não é cabível a produção de provas para demonstrar a ineficácia absoluta do meio ou a impropriedade absoluta do objeto.

<sup>5</sup> STJ: AgRg no REsp 911.756/RS, rel. Min. Jane Silva (desembargadora convocada do TJ/MG), 6.ª Turma, j. 17.04.2008, e HC 89.530/SP, rel. Min. Jane Silva (desembargadora convocada do TJ/MG), 6.ª Turma, j. 18.12.2007.

Excetua-se essa regra em hipóteses teratológicas. Exemplo: denúncia de homicídio pelo fato de alguém ter matado um macaco.

## 20.7. CRIME PUTATIVO E CRIME IMPOSSÍVEL

### 20.7.1. Conceito de crime putativo

Putativo deriva do latim *putativus*, isto é, imaginário. Trata-se de algo que aparenta ser real, mas que na verdade não existe.

Crime putativo, também chamado de **imaginário** ou **erroneamente suposto**, é o que existe apenas na mente do agente, que acredita violar a lei penal, quando na verdade o fato por ele concretizado não possui adequação típica, ou seja, não encontra correspondência em um tipo penal.

### 20.7.2. Espécies de crime putativo

São três as espécies de crime putativo: (1) por erro de tipo; (2) por erro de proibição; e (3) por obra do agente provocador.

#### 1. Crime putativo por erro de tipo

É o crime imaginário que se verifica quando o autor acredita ofender uma lei penal incriminadora efetivamente existente, mas à sua conduta faltam elementos da definição típica. Exemplo: "A" acredita praticar tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006) ao vender um pó branco, que reputa ser cocaína, mas, na verdade, é farinha.

#### 2. Crime putativo por erro de proibição

A equivocada crença do agente recai sobre a ilicitude do fato, pois supõe violar uma lei penal que não existe. Exemplo: "B", cidadão comum, perde o controle de seu automóvel que dirigia em excesso de velocidade, vindo a se chocar com outro automóvel que estava estacionado. Foge em seguida, com receio de ser preso em flagrante pela prática de dano culposo, não tipificado como infração penal pela legislação comum.<sup>6</sup>

#### 3. Crime putativo por obra do agente provocador

Também denominado de **crime de ensaio**, **crime de experiência** ou **flagrante provocado**, verifica-se quando alguém, insidiosamente, induz outra pessoa a cometer uma conduta criminosa, e, simultaneamente, adota medidas para impedir a consumação.

<sup>6</sup> O dano culposo é crime perante o Código Penal Militar (Decreto-lei 1.001/1969, art. 259 c/c o art. 266).

A consumação deve ser **absolutamente impossível**, sob pena de configuração da tentativa.

Compõe-se, pois, de dois atos: um de **indução**, pois o agente é provocado por outrem a cometer o delito, e outro de **impedimento**, eis que a pretensa vítima adota providências aptas a obstar a consumação.

Como exemplo, podemos ilustrar com a situação da patroa que, desconfiada de furtos supostamente praticados por sua empregada doméstica, simula sua saída de casa e o esquecimento de cédulas de dinheiro sobre um móvel, atraindo a suspeita a subtrai-los. Ao mesmo tempo, instala uma câmera de filmagem no local e solicita a presença de policiais militares para acompanharem a atuação da serviçal. Quando ela se apodera do dinheiro e o coloca em sua bolsa, os milicianos prontamente ingressam na residência e efetuam a prisão em flagrante.

Na clássica lição de Nélson Hungria:

Somente na aparência é que ocorre um crime exteriormente perfeito. Na realidade, o seu autor é apenas o **protagonista inconsciente de uma comédia**. O elemento subjetivo do crime existe, é certo, em violação toda a sua plenitude; mas, sob o aspecto objetivo, não há violação da lei penal, senão uma inciente cooperação para a ardilosa averiguação da autoria dos crimes anteriores, ou uma simulação, embora ignorada do agente, da exterioridade de um crime. O desprevenido *sujeito ativo* opera dentro de uma pura ilusão, pois, *ab initio*, a vigilância da autoridade policial ou do suposto paciente torna impraticável a real consumação do crime. Um crime que, além de astuciosamente sugerido e ensejado ao agente, tem suas conseqüências frustradas por medidas tomadas de antemão, não passa de um crime imaginário. Não há lesão, nem efetiva exposição a perigo, de qualquer interesse público ou privado.<sup>7</sup> (grifamos)

Caracterizado o crime putativo por obra do agente provocador, o fato resta impune, pois o seu autor por nada responde, nem mesmo pela tentativa. Aplica-se analogicamente a regra prevista no art. 17 do Código Penal, pois a situação em muito se assemelha ao crime impossível.

Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 145: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Deve ser feita a distinção, todavia, entre essa modalidade de crime putativo, também conhecido como **flagrante preparado**, e o **flagrante esperado**.

No flagrante preparado, a iniciativa do delito é do agente provocador. A vontade do provocado é viciada, o que contamina de nulidade toda a conduta. Nesta situação sequer existe tentativa.

<sup>7</sup> HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v. I, p. 279.

No flagrante esperado, por sua vez, a deflagração do processo executório do crime é responsabilidade do agente, razão pela qual é lícito. É válido quando a polícia, informada sobre a possibilidade de ocorrer um delito, dirige-se ao local, aguardando a sua execução. Iniciada esta, a pronta intervenção dos agentes policiais, prendendo o autor, configura o flagrante.<sup>8</sup>

É regular, por exemplo, a atuação da polícia que resulta na prisão de pessoas, além da apreensão de drogas e armas, depois de aguardar o pouso de uma aeronave utilizada para a prática de crimes objeto de prévia denúncia anônima.

Em relação ao tráfico de drogas, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Existindo notícias nos autos segundo as quais os acusados mantinham drogas em depósito antes da simulação de compra feita pelos agentes policiais, impossível o reconhecimento de crime impossível em razão de flagrante preparado.<sup>9</sup>

E, no tocante aos crimes em geral:

Não configura situação de flagrante preparado o contexto em que a Polícia, tendo conhecimento prévio do fato delituoso, vem a surpreender, em sua prática, o agente que, espontaneamente, iniciara o processo de execução do *iter criminis*. A ausência, por parte dos organismos policiais, de qualquer medida que traduza, direta ou indiretamente, induzimento ou instigação à prática criminosa executada pelo agente descaracteriza a alegação de flagrante preparado, não obstante sobrevenha a intervenção ulterior da Polícia – lícita e necessária – destinada a impedir a consumação do delito.<sup>10</sup>

### 20.7.3. Diferença entre crime impossível e crime putativo

Diante do que foi abordado, fica clara a distinção entre as figuras do crime impossível e do crime putativo.

**Crime impossível** é a situação em que o autor, com a intenção de cometer o delito, não consegue fazê-lo por ter se utilizado de meio de execução absolutamente ineficaz (impotente para lesar o bem jurídico), ou então em decorrência de ter direcionado a sua conduta a objeto material absolutamente impróprio (inexistente antes do início da execução, ou, no caso concreto, inadequado à consumação). Portanto, o erro do agente recai sobre a idoneidade do meio ou do objeto material.

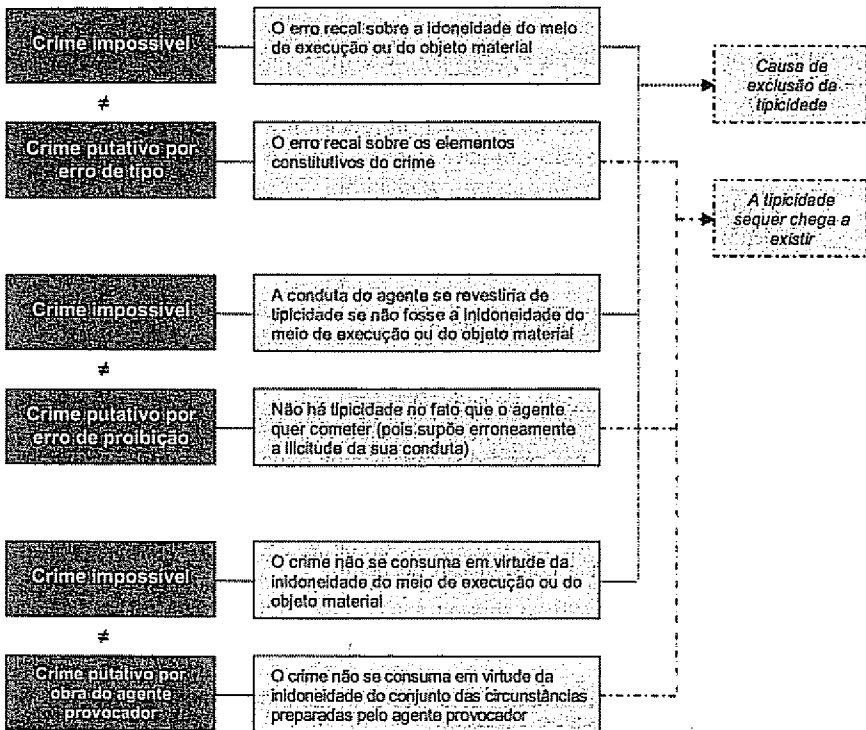
De seu turno, **crime putativo** é aquele em que o agente, embora acredite praticar um fato típico, realiza um indiferente penal, seja pelo fato de a con-

<sup>8</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 374.

<sup>9</sup> HC 89.398/SP, rel. Min. Jane Silva (desembargadora convocada do TJ/MG), 6.ª Turma, j. 08.11.2007.

<sup>10</sup> HC 70.076/SP, rel. Min. Celso de Mello (decisão monocrática), *Informativo* 448 (2006).

duta não encontrar previsão legal (crime putativo por erro de proibição), seja pela ausência de um ou mais elementos da figura típica (crime putativo por erro de tipo), ou, ainda, por ter sido induzido à prática do crime, ao mesmo tempo em que foram adotadas providências eficazes para impedir sua consumação (crime putativo por obra do agente provocador).



## 20.8. QUESTÕES

- (Juiz de Direito – TJ/MG – 2006) Antônio Carlos, matador de aluguel, pretendendo, sem motivo, por fim à vida de Maria de Lourdes, apontou-lhe, pelas costas, arma de fogo de grosso calibre, acionando o gatilho repetidas vezes. Não conseguiu seu intento, vez que a arma estava descarregada. É CORRETO afirmar que Antônio Carlos:
  - praticou crime de tentativa de homicídio simples;
  - não praticou nenhum crime;
  - praticou crime de tentativa de homicídio qualificado por motivo fútil;
  - praticou crime de tentativa de homicídio mediante recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima.

2. (Juiz de Direito – TJ/TO – 2007) Quanto ao crime impossível, assinale a opção correta.
- (A) A presença de sistema eletrônico de vigilância em estabelecimento comercial torna o crime de furto impossível, mediante a absoluta ineficácia do meio conforme orientação do STJ.
- (B) A gravação de conversa realizada por um dos interlocutores e posterior prisão em flagrante configura hipótese do chamado flagrante esperado, de forma que crime confessado na conversa gravada é tido por impossível.
- (C) Considere que Roberto exiba a agente de polícia carteira de habilitação falsificada, sendo que este, imediatamente e olho nu, constata a falsidade. Nessa situação, a conduta de Roberto configura crime impossível.
- (D) Se a ineficácia do meio utilizado para a prática do crime for relativa, a pena do agente deverá ser diminuída dum sexto a dois terços.
3. (AGU – 2006) No item a seguir, é apresentada uma situação hipotética, seguida de uma assertiva a ser julgada, concernente à suspensão condicional do processo, tentativa e crime impossível, crimes contra a fé pública, administração pública e organização do trabalho.

Em uma loja de confecções, uma senhora retirou o lacre eletrônico de algumas peças de roupa, colocando-as em seguida dentro de sua bolsa, enquanto era monitorada por um circuito interno de TV. Ao tentar sair da loja, a senhora foi abordada por um segurança, que apreendeu a mercadoria subtraída. Nessa situação, ocorreu crime impossível, pela absoluta ineficácia do meio empregado.

4. (Delegado de Polícia/ES – 2006) Ainda em relação a normas pertinentes à parte geral do Código Penal, julgue o item seguinte.

Considere-se que Mariana, supondo estar grávida, realizou, em si própria, manobras abortivas, sem que na realidade trouxesse dentro de si uma nova vida em formação; Jorge ao ver Cláudio, seu desafeto, caído em via pública, aproveitou a situação para atropelá-lo dolosamente. Verificou-se, posteriormente, que Cláudio já estava morto por parada cardiorrespiratória ocorrida minutos antes de ter sido atropelado. Em ambas as hipóteses apresentadas acima, o crime é impossível em razão da absoluta impropriedade dos objetos sobre os quais incidiram as condutas de Mariana e de Jorge.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

Obs.: Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no site [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

## ILICITUDE

Sumário: 21.1. Conceito – 21.2. Ilícitude formal e ilícitude material – 21.3. Concepção unitária – 21.4. Terminologia – 21.5. Ilícito e injusto – 21.6. Ilícitude genérica e ilícitude específica – 21.7. Ilícitude objetiva e ilícitude subjetiva – 21.8. Ilícitude penal e ilícitude extrapenal – 21.9. Causas de exclusão da ilícitude: 21.9.1. Introdução; 21.9.2. Nomenclatura; 21.9.3. Previsão legal; 21.9.4. Elementos objetivos e subjetivos das causas de exclusão da ilícitude; 21.9.5. Causas de exclusão da ilícitude e aspectos processuais; 21.9.6. Causas supratelais de exclusão da ilícitude; 21.9.7. Visão geral – 21.10. Questões.

### 21.1. CONCEITO

Ilícitude é a **contrariedade** entre o fato típico praticado por alguém e o ordenamento jurídico, capaz de lesionar ou expor a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados.

O juízo de ilícitude é posterior e dependente do juízo de tipicidade, de forma que todo fato penalmente ilícito também é, necessariamente, típico.

### 21.2. ILÍCITUDE FORMAL E ILÍCITUDE MATERIAL

**Ilícitude formal** é a mera contradição entre o fato praticado pelo agente e o sistema jurídico em vigor. É a característica da conduta que se coloca em oposição ao Direito.

**Ilícitude material**, ou **substancial**, é o conteúdo material do injusto, a substância da ilícitude, que reside no caráter antissocial do comportamento, na sua contradição com os fins colimados pelo Direito, na ofensa aos valores necessários à ordem e à paz no desenvolvimento da vida social.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> QUÉIROZ FILHO, Antonio. *Lições de direito penal*. São Paulo: RT, 1966. p. 157.

Em sede doutrinária, prevalece o entendimento de que a ilicitude é formal, pois consiste no exame da presença ou ausência das suas causas de exclusão. Nesses termos, o aspecto material se reserva ao terreno da tipicidade.

Cumpra ressaltar, porém, que somente a concepção material autoriza a criação de causas supralegais de exclusão da ilicitude. De fato, em tais casos há relação de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico, sem, contudo, revelar o caráter antissocial da conduta.

### 21.3. CONCEPÇÃO UNITÁRIA

Com o escopo de encerrar a discussão acerca do caráter formal ou material da ilicitude, surgiu uma concepção unitária, inicialmente na Alemanha, que depois se irradiou para fora dela, apregoando ser a ilicitude uma só.

Nesse diapasão, um comportamento humano que se coloca em relação de antagonismo com o sistema jurídico não pode deixar de ofender ou expor a perigo de lesão bens jurídicos protegidos por esse mesmo sistema jurídico. Na lição de Francisco de Assis Toledo:

Pensar-se em uma antijuridicidade puramente formal – desobediência à norma – e em outra material – lesão ao bem jurídico tutelado por essa mesma norma – só teria sentido se a primeira subsistisse sem a segunda.

(...)

Correta, pois, a afirmação de BETTIOL de que a contraposição dos conceitos em exame – antijuridicidade formal e material – não tem razão de ser mantida viva, “porque só é antijurídico aquele fato que possa ser considerado lesivo a um bem jurídico. Fora disso, a antijuridicidade não existe.”<sup>2</sup>

### 21.4. TERMINOLOGIA

Em geral, utilizam-se como sinônimos os termos **ilicitude** e **antijuridicidade**. Isso é correto?

Parece-nos que não, com o devido respeito aos entendimentos em contrário.

Com efeito, no universo da teoria geral do direito, a infração penal (crime e contravenção penal) constitui-se em um fato jurídico, já que a sua ocorrência provoca efeitos no campo jurídico. Logo, é incoerente imaginar que um crime (fato jurídico) seja revestido de antijuridicidade. A contradição é óbvia: um fato jurídico seria, ao mesmo tempo, antijurídico.

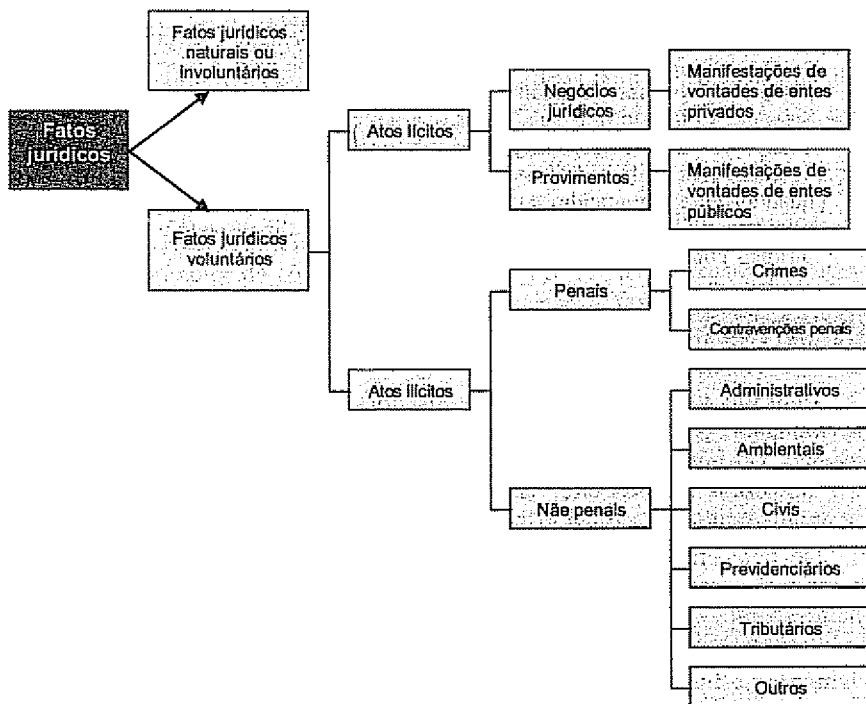
<sup>2</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilícitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 11.



Por tal razão, mais acertado falar-se em ilícito e em ilicitude, em vez de antijurídico e antijuridicidade.

Foi a opção preferida pelo legislador pátrio. O Código Penal, no art. 23, valeu-se da rubrica marginal “exclusão de ilicitude”, e em momento algum se referiu á antijuridicidade. Nada obstante, muitos autores ainda utilizam ambos os termos como sinônimos.

O gráfico abaixo bem ilustra a distinção:



## 21.5. ILÍCITO E INJUSTO

O ilícito é a oposição entre um fato típico e o ordenamento jurídico. A relação é lógica e de mera constatação, não comportando graus. Logo, um crime de injúria reveste-se de ilicitude, tal como um delito de extorsão mediante sequestro com resultado morte. Ambos são ilícitos, sem qualquer distinção.

De seu turno, **injusto** é o antagonismo entre o fato típico e a compreensão social acerca da justiça. Por corolário, um fato típico pode ser ilícito, mas considerado justo e quicã admitido pela sociedade, como se dá na receptação relativa à aquisição de discos musicais derivados de pirataria, com violação de direitos autorais (CP, art. 184). Se não bastasse, o injusto se reveste de graus, vinculados à intensidade de reprovação social causada pelo comportamento penalmente ilícito.

É comum a confusão entre tais vocábulos, muitas vezes considerados sinônimos. Confira-se, entretanto, a lúcida explicação de Luiz Regis Prado, amparado em Hans Welzel:

Quadra aqui distinguir entre as noções de *ilicitude* e *injusto*: a primeira é uma relação de oposição da conduta do autor com a norma jurídica. É um predicado; uma qualidade, um estímulo de determinadas formas de ação/omissão. O injusto, por sua vez, é a própria ação valorada como ilícita. Tem cunho substantivo, quer dizer, algo substancial. O conceito de injusto engloba a ação típica e ilícita. Tão-somente o injusto é *mensurável*, em qualidade e quantidade (ex: homicídio e lesão corporal). O injusto penal é *específico* (como o injusto civil), ao passo que a ilicitude é unitária, diz respeito ao ordenamento jurídico como um todo.<sup>3</sup>

## 21.6. ILICITUDE GENÉRICA E ILICITUDE ESPECÍFICA

**Ilicidade genérica** é a que se posiciona externamente ao tipo penal incriminador. O fato típico se encontra em contradição com o ordenamento jurídico. No homicídio, por exemplo, é típica a conduta de “matar alguém”, não autorizada pelo Direito, salvo se presente uma causa de justificação. A ilicidade se situa fora do tipo penal.

De fato, em um sistema finalista o dolo é natural, isto é, para sua caracterização bastam consciência e vontade, independentemente do caráter ilícito do fato.

Na **ilicidade específica**, por sua vez, o tipo penal aloja em seu interior elementos atinentes ao caráter ilícito do comportamento do agente. É o que se dá, exemplificativamente, nos crimes de violação de correspondência (CP, art. 151 – “indevidamente”), divulgação de segredo e violação do segredo profissional (CP, arts. 153 e 154 – “sem justa causa”), e exercício arbitrário das próprias razões (CP, art. 345 – “salvo quando a lei o permite”).

Em tais hipóteses, unem-se em um mesmo juízo a tipicidade e a ilicidade, pois esta última situa-se no corpo do tipo penal, funcionando como **elemento normativo do tipo**, cujo significado pode ser obtido por um procedimento

<sup>3</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – parte geral*. 2. ed. São Paulo: RT: 2000. p. 242.

de valoração do intérprete da lei penal. Consequentemente, as causas de exclusão da ilicitude afastam a tipicidade.

Em sentido contrário, Cezar Roberto Bitencourt emprega as expressões “antijuridicidade genérica” e “antijuridicidade específica” para distinguir a ilicitude penal da ilicitude extrapenal.<sup>4</sup>

## 21.7. ILICITUDE OBJETIVA E ILICITUDE SUBJETIVA

Essa classificação diz respeito ao caráter da ilicitude.

Para a **ilicitude subjetiva**, a proibição ou o mandamento da lei penal dirige-se apenas às pessoas imputáveis, eis que somente elas têm capacidade mental para compreender as vedações e as ordens emitidas pelo legislador.

Essa teoria **peca ao confundir ilicitude e culpabilidade**: basta a prática de um fato típico e ilícito para a configuração de uma infração penal, reservando-se à culpabilidade o juízo de reprovabilidade para a imposição de uma pena.

Para a **ilicitude objetiva**, é suficiente a contrariedade entre o fato típico praticado pelo autor da conduta e o ordenamento jurídico, apto a causar dano ou expor a perigo bens jurídicos penalmente protegidos. As notas pessoais do agente, notadamente sua imputabilidade ou não, em nada afetam a ilicitude, a qual se mantém independentemente da culpabilidade, analisada em momento posterior.

Em nosso sistema penal, a **ilicitude é claramente objetiva**: os inimputáveis, qualquer que seja a causa da ausência de culpabilidade, praticam condutas ilícitas. Exemplo: um deficiente mental que mata outra pessoa realiza um comportamento ilícito, contrário ao Direito, muito embora não possa ser a ele imposta uma pena, em face de sua inculpabilidade.

## 21.8. ILICITUDE PENAL E ILICITUDE EXTRAPENAL

Essa divisão se relaciona intimamente com o caráter fragmentário do Direito Penal, pelo qual todo ilícito penal também é um ato ilícito perante os demais ramos do Direito, mas nem todo ato ilícito também guarda esta natureza no campo penal. Exemplificativamente, a sonegação fiscal calcada em fraude para exclusão do tributo é crime definido pela Lei 8.137/1990 e também ato ilícito perante o Direito Tributário. Contudo, o mero inadimplemento de um tributo, não admitido perante o direito fiscal, é um fato atípico perante o Direito Penal.

<sup>4</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal. Parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 296.

Vejamos a explicação de Francisco de Assis Toledo ao diferenciar a ilicitude penal da ilicitude extrapenal:

Poderíamos representar graficamente essa distinção através de dois círculos concêntricos: o menor, o do injusto penal, mais concentrado de exigências; o maior, o do injusto extrapenal (civil, administrativo etc.), com exigências mais reduzidas para sua configuração. O fato ilícito situado dentro do círculo menor não pode deixar de estar situado também dentro do maior, por localizar-se em uma área comum a ambos os círculos que possuem o mesmo centro. Já o mesmo não ocorre com os fatos ilícitos situados fora de tipificação penal – o círculo menor – mas dentro do círculo maior, na sua faixa periférica e exclusiva. Assim, um ilícito civil ou administrativo pode não ser um ilícito penal, mas a recíproca não é verdadeira.<sup>5</sup>

## 21.9. CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE

### 21.9.1. Introdução

Em face do acolhimento da teoria da tipicidade como indício da ilicitude, uma vez praticado o fato típico, isto é, o comportamento humano previsto em lei como crime ou contravenção penal, presume-se o seu caráter ilícito. A tipicidade não constitui a ilicitude, apenas a revela indiciariamente.<sup>6</sup>

Essa presunção é relativa, *iuris tantum*, pois um fato típico pode ser lícito, desde que o seu autor demonstre ter agido acobertado por uma causa de exclusão da ilicitude.

Presente uma excludente da ilicitude, estará excluída a infração penal. Crime e contravenção penal deixam de existir, pois o fato típico não é contrário ao Direito. Ao contrário, a ele se amolda.

### 21.9.2. Nomenclatura

Várias são as denominações empregadas pela doutrina para se referir às causas de exclusão da ilicitude, destacando-se: causas de justificação, justificativas, descriminantes, tipos penais permissivos e eximentes.

Cuidado: a palavra “**dirimente**” nada tem a ver com a área da ilicitude. Em verdade, significa causa de exclusão da **culpabilidade**.

Para a identificação de uma causa de exclusão da ilicitude, o art. 23 do Código Penal utiliza a expressão “**não há crime**”, enquanto para se reportar a uma causa de exclusão da culpabilidade, o legislador se vale de expres-

<sup>5</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilícitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 14.

<sup>6</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*. São Paulo: José Bushatsky, 1974. p. 36.

sões como “não é punível”, “é isento de pena” e outras semelhantes.<sup>7</sup> Essa regra é tranquila na Parte Geral, alterada pela Lei 7.209/1994. Todavia, há na Parte Especial situações em que se utiliza a expressão “isento de pena”, ou análoga, para fazer menção à exclusão do crime. É o que se verifica, exemplificativamente, nos arts. 128 e 142 do Código Penal.

### 21.9.3. Previsão legal

O Código Penal possui em sua íntegra causas genéricas e específicas de exclusão da ilicitude.

**Causas genéricas, ou gerais,** são as previstas na Parte Geral do Código Penal. Aplicam-se a qualquer espécie de infração penal, e encontram-se no art. 23 e seus incisos: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito.

**Causas específicas, ou especiais,** podem ser definidas como as previstas na Parte Especial do Código Penal, com aplicação unicamente a determinados crimes, ou seja, somente àqueles delitos a que expressamente se referem. Estão delineadas pelos arts. 128 (aborto), 142 (injúria e difamação), 146, § 3.º, I (constrangimento ilegal), 150, § 3.º, I e II (violação de domicílio) e 156, § 2.º (furto de coisa comum).

Há, finalmente, excludentes da ilicitude contidas em leis de cunho extrapenal, tais como:

- a) art. 10 da Lei 6.538/1978: exercício regular de direito, consistente na possibilidade de o serviço postal abrir carta com conteúdo suspeito;
- b) art. 1.210, § 1.º, do Código Civil: legítima defesa do domínio, pois o proprietário pode retomar o imóvel esbulhado logo em seguida à invasão; e
- c) art. 37, I, da Lei 9.605/1998: estado de necessidade, mediante o abatimento de um animal protegido por lei para saciar a fome do agente ou de sua família.

Essa relação legal, contudo, não impede a formulação de causas supra-legais de exclusão da ilicitude, analisadas um pouco adiante.

### 21.9.4. Elementos objetivos e subjetivos das causas de exclusão da ilicitude

Discute-se em doutrina se o reconhecimento de uma causa de exclusão da ilicitude depende somente dos requisitos legalmente previstos, relacionados

<sup>7</sup> Confira-se, a propósito, o teor dos arts. 21, *caput*, 22, 26, *caput*, e 28, § 1º, todos do Código Penal.

ao aspecto exterior do fato, ou se está condicionado também a um requisito subjetivo, atinente ao psiquismo interno do agente, que deve ter consciência de que age sob a proteção da justificativa.

Pensemos na seguinte situação hipotética: “A” efetua disparos de arma de fogo contra “B”, seu desafeto, com o propósito de eliminar sua vida por vingança. Descobre-se, posteriormente, que naquele exato instante “B” iria acionar uma bomba e lançá-la em direção à casa de “C”, para matá-lo. Vejamos agora cada uma das propostas doutrinárias, com a respectiva solução para o caso apresentado.

A **concepção objetiva**, mais antiga, alega não exigir o direito positivo a presença do requisito subjetivo. A esse entendimento aderiram, dentre outros, José Frederico Marques e E. Magalhães Noronha. Na explanação de Enrique Cury Urzúa:

À lei só interessa que a finalidade atual do agente seja conforme à norma jurídica. A formação da vontade, com sua rica gama de afetos, tendências, sentimentos, convicções etc., permanece à margem da valoração. O Direito aspira unicamente a que o agente se comporte conforme as suas prescrições: não lhe interessa por que o faz. Por isso, para que atue uma causa de justificação, basta que o agente tenha conhecido e querido a situação de fato em que esta consiste; os motivos que acompanhavam a vontade de concreção adequada à norma permanecem irrelevantes.<sup>8</sup>

Logo, no caso acima narrado estaria configurada a legítima defesa de terceiro, com a exclusão do crime de “A”.

Essa posição, entretanto, foi aos poucos perdendo espaço para uma **concepção subjetiva**, pela qual o reconhecimento de uma causa de exclusão da ilicitude reclama o conhecimento da situação justificante pelo agente. Filiam-se a ela, dentre outros, Heleno Cláudio Fragoso, Julio Fabbrini Mirabete, Francisco de Assis Toledo e Damásio E. de Jesus.

Um dos pioneiros a representar esse entendimento foi Aníbal Bruno, que assim se manifestou sobre a legítima defesa:

Apesar do caráter objetivo da legítima defesa, é necessário que exista, em quem reage, a vontade de defender-se. O ato do agente deve ser um gesto de defesa, uma reação contra ato agressivo de outrem, e esse caráter de reação deve existir nos dois momentos da sua situação, o subjetivo e o objetivo. O gesto de quem defende precisa ser determinado pela consciência e vontade de defender-se.<sup>9</sup>

Sob essa ótica, no caso apresentado estaria excluída a legítima defesa de terceiro, e “A” responderia pelo homicídio praticado contra “B”.

<sup>8</sup> CURY URZÚA, Enrique. *Derecho penal – Parte general*. Santiago: Jurídica de Chile, 1982. t. I, p. 315-316.

<sup>9</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito penal – Parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. I, p. 366-367.

### 21.9.5. Causas de exclusão da ilicitude e aspectos processuais

Se restar suficientemente comprovada a presença de uma causa de exclusão da ilicitude, estará ausente uma condição da ação penal, e o Ministério Público deverá requerer o arquivamento dos autos do inquérito policial. Se não o fizer **no tocante aos crimes diversos dos dolosos contra a vida**, o magistrado poderá rejeitar a denúncia, com fundamento no art. 395, II, do Código de Processo Penal, com a redação alterada pela Lei 11.719/2008. O fato narrado evidentemente não constitui infração penal, e, por consequência, falta uma condição para o exercício da ação penal.

E, na hipótese de a denúncia ter sido recebida, o juiz poderá, após a apresentação da resposta escrita, absolver sumariamente o acusado, em face da existência manifesta da causa de exclusão da ilicitude do fato, nos moldes do art. 397, I, do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 11.719/2008. Mas, assim não agindo, restará, por ocasião da sentença, absolvê-lo com fulcro no art. 386, VI, do Código de Processo Penal, com redação alterada pela Lei 11.690/2008.

Por outro lado, **nos crimes de competência do Tribunal do Júri** (dolosos contra a vida, consumados ou tentados, e os que sejam a ele conexos), o magistrado não poderá pronunciar o réu. Deverá, em verdade, absolvê-lo sumariamente, com fulcro no art. 415, IV, do Código de Processo Penal, com redação alterada pela Lei 11.689/2008, diante da existência de circunstância que exclui o crime.

### 21.9.6. Causas supralegais de exclusão da ilicitude

O Brasil não seguiu a sistemática do Código Penal Português, que dispõe em seu art. 31, 1: "O facto não é criminalmente punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade".

Mas, embora tenha se omitido, prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que as causas de exclusão da ilicitude não se limitam às hipóteses previstas em lei. Abrangem tais situações, é evidente, mas se estendem também àquelas que necessariamente resultam do direito em vigor e de suas fontes. Nas lições de Mezger:

Nenhuma lei esgota a totalidade do direito. A teoria do caráter lógico, cerrado do ordenamento jurídico legal é somente uma sedutora fábula. Em realidade, tal caráter cerrado não existe. O mero positivismo legal deixa sem resposta inumeráveis questões da vida prática do direito.<sup>10</sup>

Com efeito, seria impossível exigir do legislador a regulamentação expressa e exaustiva de todas as causas de justificação, seja porque algumas delas

<sup>10</sup> MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Trad. espanhola José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. t. I, p. 405.

resultam de novas construções doutrinárias, seja porque derivam de valores ético-sociais, cujas modificações constantes podem acarretar no desenho de novas causas ainda não previstas em lei, mas que em determinada sociedade se revelam imprescindíveis à adequada e justa aplicação da lei penal.

E como essas eximentes não fundamentam nem agravam o poder punitivo estatal – operando exatamente em sentido contrário –, a criação de causas supralegais não ofende o princípio da reserva legal, inseparável do Direito Penal moderno.

Para quem admite essa possibilidade, a causa supralegal de exclusão da ilicitude por todos aceita é o **consentimento do ofendido**, a seguir analisada.<sup>11</sup>

Anote-se, porém, ser vedado o reconhecimento de causas supralegais para os partidários do caráter formal da ilicitude: se esta é compreendida como a mera contrariedade entre o fato praticado e o ordenamento jurídico (posição legalista), somente esse mesmo ordenamento jurídico pode, taxativamente, afastar a ilicitude legalmente configurada.

#### 21.9.6.1. *Consentimento do ofendido*

##### 21.9.6.1.1. Introdução

Nélson Hungria anota ter a Comissão Revisora do Projeto que se transformou no Código Penal de 1940 excluído do texto aprovado qualquer referência ao consentimento do ofendido como causa de exclusão da ilicitude, por reputar um dispositivo deste naipe “evidentemente supérfluo”.<sup>12</sup>

O consentimento do ofendido, entendido como a anuência do titular do bem jurídico ao fato típico praticado por alguém, é atualmente aceito como supralegal de exclusão da ilicitude.

##### 21.9.6.1.2. Fundamento

Três teorias buscam fundamentar o consentimento do ofendido como causa supralegal de exclusão da ilicitude:

- a) **Ausência de interesse:** não há interesse do Estado quando o próprio titular do bem jurídico, de cujo domínio disponível, não tem vontade na

<sup>11</sup> BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Op. cit., p. 310-312, apresenta outras causas supralegais: (1) Princípio da adequação social: ação realizada dentro do âmbito da normalidade admitida pelas regras de cultura; (2) Princípio do balanço dos bens: exclusão da ilicitude quando o sacrifício de um bem tem por fim preservar outro mais valioso. Assemelha-se ao estado de necessidade, mas dele se diferencia por não exigir, principalmente, a atualidade do perigo; e (3) Princípio da insignificância ou da bagatela: atualmente compreendido, de forma praticamente unânime, como excludente da tipicidade, inclusive pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

<sup>12</sup> HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v. I, p. 433.



aplicação do Direito Penal. Essa teoria é criticada por não se poder outorgar o poder de decisão a uma pessoa que pode se equivocara acerca do seu real interesse.

- b) **Renúncia à proteção do Direito Penal:** em algumas situações, excepcionais, o sujeito passivo de uma infração penal pode renunciar, em favor do sujeito ativo, a proteção do Direito Penal. Essa teoria entra em manifesto conflito com o caráter público desse ramo do ordenamento jurídico.
- c) **Ponderação de valores:** trata-se da teoria mais aceita no direito comparado. O consentimento funciona como causa de justificação quando o Direito concede prioridade ao valor da liberdade de atuação da vontade frente ao desvalor da conduta e do resultado causado pelo delito que atinge bem jurídico disponível.

#### 21.9.6.1.3. Aplicabilidade

O consentimento do ofendido como tipo penal permissivo tem aplicabilidade restrita aos delitos em que o único titular do bem ou interesse juridicamente protegido é a pessoa que aquiesce ("acordo" ou "consentimento") e que pode livremente dele dispor. De uma maneira geral, estes delitos podem ser incluídos em quatro grupos diversos: a) delitos contra bens patrimoniais; b) delitos contra a integridade física; c) delitos contra a honra; e d) delitos contra a liberdade individual.<sup>13</sup>

Nos crimes contra o patrimônio, por óbvio, somente se aceita a disponibilidade se não houver o emprego de violência à pessoa ou grave ameaça durante a execução do delito. E, nos crimes contra a integridade física, nas hipóteses em que a lei condiciona a persecução penal à iniciativa do ofendido ou de quem o represente, seja com o oferecimento de representação, seja com o ajuizamento de queixa-crime.

Em síntese, é cabível unicamente em relação a **bens jurídicos disponíveis**. Se indisponível o bem jurídico, há interesse privativo do Estado e o particular dele não pode renunciar. Para diferenciar um bem disponível de outro indisponível, Pierangeli apresenta três etapas:

- 1) há que se percorrer não só um ramo do Direito, mas todos os princípios que formam a base do ordenamento jurídico estatal;
- 2) na realização desse trabalho, o intérprete deve reportar-se a todas as fontes (imediatas e mediatas), e, a partir daí, examinar os decretos, atos administrativos, regulamentos, portarias e pesquisar o direito consuetudinário; e

<sup>13</sup> PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 98.

- 3) o critério adotado pelo legislador para a fixação da natureza da ação penal é arbitrário, e, por consequência, inseguro, mas sempre servirá ao intérprete, desde que não seja usado com exclusividade.<sup>14</sup>

Ademais, é correto afirmar que o consentimento do ofendido somente pode afastar a ilicitude nos delitos em que o titular do bem jurídico tutelado pela lei penal é uma pessoa, física ou jurídica. Não tem o condão de excluir o crime quando se protegem bens jurídicos metaindividuais, ou então pertencentes à sociedade ou ao Estado.

#### 21.9.6.1.4. Requisitos

Para ser eficaz, o consentimento do ofendido há de preencher os seguintes requisitos:<sup>15</sup>

- a) deve ser **expresso**, pouco importando sua forma (oral ou por escrito, solene ou não);
- b) não pode ter sido concedido em razão de coação ou ameaça, nem de paga ou promessa de recompensa. Em suma, há de ser **livre**;
- c) é necessário ser **moral** e respeitar os **bons costumes**;
- d) deve ser manifestado **previamente** à consumação da infração penal. A anuência posterior à consumação do crime não afasta a ilicitude; e
- e) o ofendido deve ser **plenamente capaz** para consentir, ou seja, deve ter completado 18 anos de idade e não padecer de nenhuma anomalia suficiente para retirar sua capacidade de entendimento e autodeterminação. No campo dos crimes contra a dignidade sexual, especificamente no tocante aos delitos previstos nos arts. 217-A, 218, 218-A e 218-B, todos do Código Penal, a situação de vulnerabilidade funciona como instrumento legal de proteção à liberdade sexual da pessoa menor de 14 (quatorze) anos de idade, em face de sua incapacidade volitiva, sendo irrelevante o consentimento do vulnerável para a formação do crime sexual.

<sup>14</sup> PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 121.

<sup>15</sup> A propósito, dispõe o art. 38.º do Código Penal Português, disciplinando o consentimento: "1 – Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes. 2 – O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto. 3 – O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 14 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta. 4 – Se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa".

Não produz efeitos o consentimento prestado pelo representante legal de um menor de idade ou incapaz.

#### 21.9.6.1.5. Consentimento do ofendido e crimes culposos

Não há obstáculo à exclusão da ilicitude nos crimes culposos como decorrência do consentimento do ofendido.

Evidentemente, assim como nos crimes dolosos, o bem jurídico deve ser disponível. Ademais, o consentimento refere-se não ao resultado naturalístico, por ser involuntário, mas à conduta imprudente, negligente ou imperita.

No crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor (Lei 9.503/1997, art. 303), por exemplo, afasta-se a ilicitude quando a vítima aquiesce ao excesso de velocidade do motorista, daí resultando um acidente e a produção dos ferimentos.

#### 21.9.6.1.6. Consentimento presumido

A doutrina alemã aceita, paralelamente ao consentimento expresso, o consentimento presumido, nos casos urgentes em que o ofendido ou seu representante legal não possam prestar a anuência, mas poderia se esperar que, se possível, agiriam dessa forma.

Apontam-se os exemplos do aborto necessário, para salvar a vida da gestante, bem como a amputação de um membro de um ferido de guerra desacordado, para preservar partes relevantes de seu corpo e até mesmo livrá-lo da morte.

O Código Penal português, em seu art. 39.º, também disciplina expressamente o consentimento presumido:

- 1 – Ao consentimento efectivo é equiparado o consentimento presumido.
- 2 – Há consentimento presumido quando a situação em que o agente actua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado.

No Brasil, todavia, tais hipóteses se ajustam com perfeição ao estado de necessidade, dispensando-se, por isso, a insegurança jurídica do consentimento presumido.

#### 21.9.6.1.7. Consentimento do ofendido como causa supralegal de exclusão da tipicidade

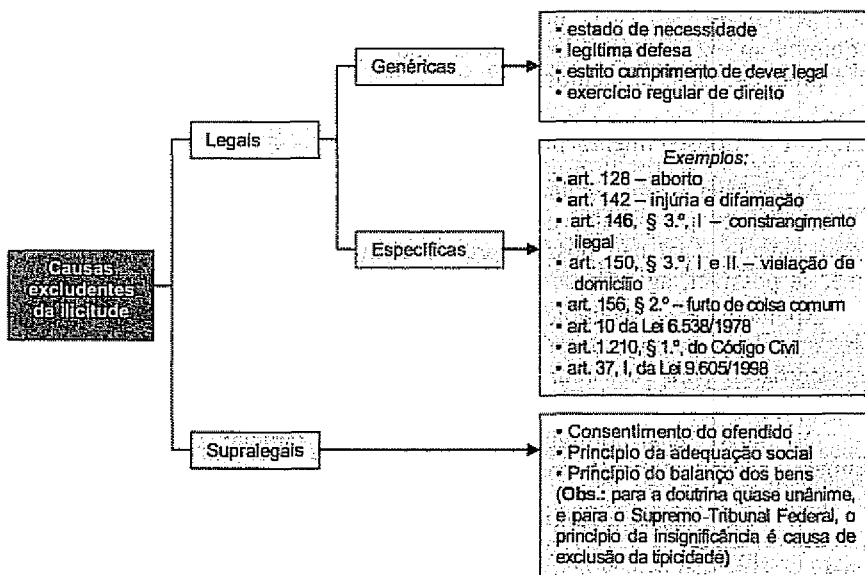
Na hipótese de bem jurídico disponível, é possível que o consentimento do ofendido afaste a tipicidade da conduta relativamente aos tipos penais

em que se revela como requisito, expresso ou tácito, que o comportamento humano se realize contra ou sem a vontade do sujeito passivo.

É o que ocorre nos crimes de sequestro ou cárcere privado (CP, art. 148), violação de domicílio (CP, art. 150) e estupro (CP, art. 213), entre outros.

### 21.9.7. Visão geral

Em face do que foi dito, as causas de exclusão da ilicitude podem ser esquematicamente representadas pelo gráfico abaixo:



## 21.10. QUESTÕES

- (135.º OAB/SP) Um delegado de polícia, querendo vingar-se de um desafeto, prendeu-o sem qualquer justificativa, amedrontando-o com o seu cargo. Descobriu, posteriormente, que já existia mandado de prisão preventiva contra aquele cidadão, cabendo a ele, delegado, cumpri-lo. Nessa situação, a conduta do delegado
  - está amparada pelo estrito cumprimento do dever legal.
  - está acobertada pelo exercício regular de direito.
  - está amparada pelo estrito cumprimento do dever legal putativo.
  - não está acobertada por qualquer excludente de ilicitude.

2. (Delegado de Polícia MG – 2007) Quanto às causas de justificação é **CORRETO** afirmar que:
- (A) Na administração da justiça por parte dos agentes estatais é meio legítimo o uso de armas com o intuito de matar indivíduo que tenta evadir-se de cadeia pública.
  - (B) O policial ao efetuar prisão em flagrante tem sua conduta justificada pela excludente do exercício regular de direito.
  - (C) Pode ser causa de exclusão da ilicitude o consentimento do ofendido nos delitos em que ele é o único titular do bem juridicamente protegido e pode dele dispor livremente.
  - (D) A obrigação hierárquica é causa de justificação que exclui a ilicitude da conduta de agente público.
3. (Magistratura do Trabalho – TRT – 21.ª REGIÃO/2010) Não há exclusão de ilicitude, de acordo com a lei penal:
- (A) quando o fato típico é praticado pelo trabalhador autônomo, com a idade de 21 anos, no exercício regular de um direito;
  - (B) quando o fato típico é praticado pela pessoa física do empregador do sexo masculino, com a idade de 65 anos, em estado de necessidade;
  - (C) quando o fato típico é praticado pela empregada doméstica, com a idade de 60 anos, em situação de fundado temor;
  - (D) quando o fato típico é praticado pelo trabalhador avulso, com a idade de 70 anos, em legítima defesa;
  - (E) nenhuma das respostas é correta.
4. (MP/PR 2009) Sobre o tema *antijuridicidade e justificação*, assinale a alternativa correta:
- (A) nem todas as hipóteses legais de justificação admitem o excesso na ação justificada.
  - (B) o legislador penal brasileiro adotou a teoria diferenciadora para disciplinar o estado de necessidade.
  - (C) se A desferir golpe mortal no cão feroz de B, para proteger criança do ataque furioso do animal, a ação de A é justificável por legítima defesa de terceiro.
  - (D) o consentimento do ofendido pode ter natureza de excludente da tipicidade ou de justificação supra legal da ação típica.
  - (E) o excesso, na legítima defesa, por uso imoderado de meio necessário, só pode ser imputado ao autor a título de dolo.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

**Obs.:** Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no site [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

## ESTADO DE NECESSIDADE

**Sumário:** 22.1. Dispositivo legal – 22.2. Conceito – 22.3. Natureza jurídica – 22.4. Teorias – 22.5. Requisitos: 22.5.1. Situação de necessidade; 22.5.2. Fato necessitado – 22.6. Causa de diminuição da pena – 22.7. Espécies de estado de necessidade: 22.7.1. Quanto ao bem sacrificado; 22.7.2. Quanto à titularidade do bem jurídico preservado; 22.7.3. Quanto à origem da situação de perigo; 22.7.4. Quanto ao aspecto subjetivo do agente – 22.8. Estado de necessidade recíproco – 22.9. Casos específicos de estado de necessidade – 22.10. Comunicabilidade do estado de necessidade – 22.11. Estado de necessidade e crimes permanentes e habituais – 22.12. Estado de necessidade e erro na execução – 22.13. Estado de necessidade e dificuldades econômicas – 22.14. Questões.

### 22.1. DISPOSITIVO LEGAL

Em consonância com o art. 24 do Código Penal:

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

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

§ 2.º Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

### 22.2. CONCEITO

Estado de necessidade é a causa de exclusão da ilicitude que depende de uma situação de perigo, caracterizada pelo conflito de interesses lícitos, ou seja, uma colisão entre bens jurídicos pertencentes a pessoas diversas, que

se soluciona com a autorização conferida pelo ordenamento jurídico para o sacrifício de um deles para a preservação do outro.

### 22.3. NATUREZA JURÍDICA

O art. 23, I, do Código Penal deixa claro tratar-se de causa de exclusão da ilicitude. Com efeito, não há crime quando o agente pratica o fato (típico) em estado de necessidade.

A doutrina diverge, contudo, acerca da essência do estado de necessidade: direito ou *faculdade*.

Para Nélson Hungria, cuida-se de **faculdade**. Com o conflito entre bens ou interesses que merecem igualmente a proteção jurídica, é concedida a *faculdade* da própria ação violenta para preservar qualquer deles. São suas palavras:

*Faculdade*, e não propriamente *direito*, porque a este deve corresponder necessariamente uma obrigação (*jus et obligatio sunt correlata*) e, no caso, nenhum dos titulares dos bens ou interesses em colisão está *obrigado* a suportar o sacrifício do seu. A lei, aqui, assume uma atitude de *neutralidade* e declara sem crime o *vencedor* (seja este o mais forte ou o mais feliz).<sup>1</sup>

De outro lado, Aníbal Bruno entende tratar-se de um **direito**, a ser exercido não contra aquele que suporta o fato necessitado, mas frente ao Estado, que tem o dever de reconhecer a exclusão da ilicitude, e, por corolário, o afastamento do crime:

Não se pode impor como dever jurídico uma atitude de renúncia que muitas vezes precisaria tornar-se heróica. Seria um direito alheio às realidades da vida o que tentasse ignorar tais fatos ou deixar de prevê-los com a solução humana e justa. Esta solução é a que exclui da hipótese o caráter de ilícito.<sup>2</sup>

Com o devido respeito, a questão deve ser encarada por outro prisma, frente ao qual a doutrina é pacífica. O estado de necessidade constitui-se em **faculdade** entre os titulares dos bens jurídicos em colisão, uma vez que um deles não está obrigado a suportar a ação alheia, e, simultaneamente, em **direito** diante do Estado, que deve reconhecer os efeitos descritos em lei. Mais do que um mero direito, portanto, consiste em **direito subjetivo do réu**, pois o juiz não tem discricionariedade para concedê-lo. Presentes os requisitos legais, tem o magistrado a obrigação de decretar a exclusão da ilicitude.

<sup>1</sup> HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v. I, p. 436.

<sup>2</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito penal – Parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. I, p. 380.

## 22.4. TEORIAS

Sobre a natureza jurídica do estado de necessidade, existem as seguintes teorias:

**1. Teoria unitária:** o estado de necessidade é causa de exclusão de ilicitude, desde que o bem jurídico sacrificado seja de igual valor ou de valor inferior ao bem jurídico preservado. Exige, assim, somente a razoabilidade na conduta do agente.

Foi a teoria adotada pelo Código Penal, como se extrai da expressão prevista no art. 24, *caput*: "... cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se".

Além disso, o § 2.º do art. 24 foi peremptório ao estatuir: "Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços".

A análise conjunta dos dispositivos autoriza um raciocínio bastante simples: se o bem em perigo é igual ou superior a outro, sacrifica-se este, e restará consagrada a licitude do fato. Nesse caso, há razoabilidade na conduta do agente, o qual, para preservar interesse próprio ou de terceiro, pode sacrificar interesse alheio, desde que igual ou menos valioso do que o preservado (CP, art. 24, *caput*). Não há crime.

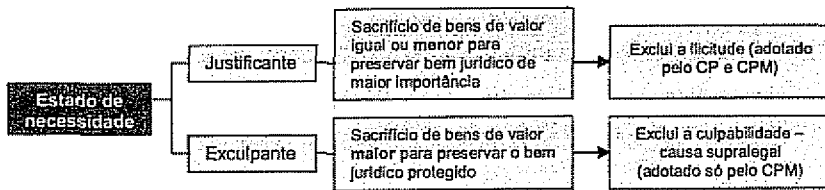
Se, todavia, o interesse sacrificado for superior ao preservado, tanto que era razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado (CP, art. 24, § 2.º), subsiste o crime, autorizando, no máximo, a diminuição da pena, de um a dois terços.

**2. Teoria diferenciadora:** derivada do direito penal alemão e alicerçada no princípio da ponderação de bens e deveres, diferencia o estado de necessidade **justificante (excludente da ilicitude)** do estado de necessidade **exculpante (excludente da culpabilidade)**.

Para essa teoria, há estado de necessidade **justificante** somente com o sacrifício de bem jurídico de menor relevância para a proteção de bens jurídicos de mais elevada importância. Exemplo: destruição do patrimônio alheio para salvação da vida humana.

Por sua vez, configura-se o estado de necessidade **exculpante** nas hipóteses em que o bem jurídico sacrificado for de valor igual ou mesmo de valor superior ao do bem jurídico protegido. Constitui-se em causa suprallegal de exclusão da culpabilidade, em face da **inexigibilidade de conduta diversa**.





É o caso da mãe que perdeu seu único filho e tem como recordação somente uma fotografia: com um incêndio acidental em sua residência, e impedida de lá entrar por um bombeiro, mata-o para resgatar sua preciosa lembrança. Não há exclusão da ilicitude, pois um objeto em hipótese alguma pode prevalecer sobre a vida humana. No caso concreto, entretanto, o desespero da mãe lhe retirou a possibilidade de cotejar adequadamente os bens em conflito, e, em relação a ela, era inexistente conduta diversa.

No Brasil, foi acolhida somente no Decreto-lei 1.001/1969 – Código Penal Militar –, em seu art. 39, o que não obsta, ainda, a previsão castrense do estado de necessidade como excludente da ilicitude (art. 43).

**3. Teoria da equidade:** originária de Immanuel Kant, prega a manutenção da ilicitude e da culpabilidade. A ação realizada em estado de necessidade não é juridicamente correta, mas não pode ser castigada por questões de equidade, calcadas na coação psicológica que move o sujeito.<sup>3</sup>

**4. Teoria da escola positiva:** alicerçada nos pensamentos de Ferri e Florián, pugna também pela manutenção da ilicitude. Todavia, o ato, extremamente necessário e sem móvel antissocial, deve permanecer impune por ausência de perigo social e de temibilidade do agente.<sup>4</sup>

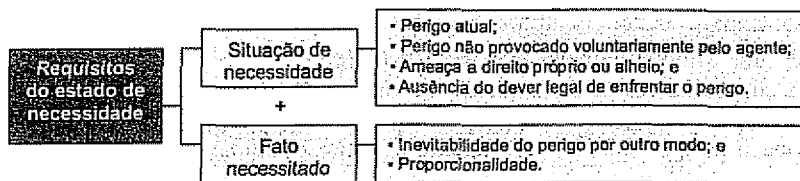
## 22.5. REQUISITOS

O art. 24, *caput*, e seu § 1.º, do Código Penal, elencam **requisitos cumulativos** para a configuração do estado de necessidade como causa legal de exclusão da ilicitude.

A análise dos dispositivos revela a existência de dois momentos distintos para a verificação da excludente: **(1) situação de necessidade**, a qual depende de (a) perigo atual, (b) perigo não provocado voluntariamente pelo agente, (c) ameaça a direito próprio ou alheio, e (d) ausência do dever legal de enfrentar o perigo; e **(2) fato necessitado**, é dizer, fato típico praticado pelo agente em face do perigo ao bem jurídico, que tem como requisitos: (a) inevitabilidade do perigo por outro modo, e (b) proporcionalidade.

<sup>3</sup> GARCIA SOTO, María Paulina. *El estado de necesidad en materia penal*. Santiago: Jurídica Conosur, 1999. p. 76.

<sup>4</sup> GARCIA SOTO, María Paulina. *Op. cit.*, p. 77.



Vejamos, detalhadamente, cada um deles.

## 22.5.1. Situação de necessidade

### 22.5.1.1. Perigo atual

Perigo é a exposição do bem jurídico a uma situação de probabilidade de dano.

Sua origem pode vir de um fato da natureza (ex: uma inundação, subtraindo o agente um barco para sobreviver), de seres irracionais (ex: ataque de um cão bravo) ou mesmo de uma atividade humana (ex: motorista que dirige em excesso de velocidade e atropela um transeunte, com o objetivo de chegar rapidamente a um hospital e socorrer um enfermo que se encontra no interior do veículo).

A propósito, o perigo pode advir inclusive de conduta praticada pelo próprio agente, como no caso do suicida arrependido que, depois de se lançar ao mar, subtrai uma embarcação alheia para não morrer afogado.

Deve ser efetivo ou real: a sua existência deve ter sido comprovada no caso concreto.

O Código Penal exige seja o **perigo atual**: deve estar ocorrendo no momento em que o fato é praticado. Sua presença é imprescindível.

Em relação ao **perigo iminente**, aquele prestes a se iniciar, há controvérsia. Prevalece o entendimento de que equivale ao perigo atual, excluindo o crime. Há posições, porém, no sentido de que o perigo iminente não autoriza o estado de necessidade, pois, se fosse esta a vontade da lei, o teria incluído expressamente no art. 24, *caput*, do Código Penal, tal como fez em seu art. 25 relativamente à legítima defesa.

O **perigo remoto** ou futuro, normalmente imaginário, ou seja, aquele que pode ocorrer em momento ulterior ao da prática do fato típico, bem como o **perigo pretérito** ou passado – que já se verificou e encontra-se superado –, não caracterizam o estado de necessidade.

### 22.5.1.2. Perigo não provocado voluntariamente pelo agente

Foi mencionado que a situação de perigo pode se originar de uma atividade humana, lícita ou não.

O Código Penal, contudo, é claro ao negar o estado de necessidade àquele que voluntariamente provocou o perigo.

A discussão reside na extensão da palavra “voluntariamente”. Qual é o seu alcance? Abrange apenas o perigo provocado dolosamente? Ou também engloba o perigo causado pelo agente a título de culpa?

O panorama é tranquilo sobre o perigo dolosamente provocado: não é possível invocar a causa de justificação em apreço.

Em relação ao perigo culposamente criado pelo agente, entretanto, a doutrina revela divergências.

Aníbal Bruno, Basileu Garcia, Bento de Faria, Damásio E. de Jesus e Heleno Cláudio Fragoso aduzem ser a palavra “vontade” um sinal indicativo de dolo. Logo, aquele que culposamente provoca uma situação de perigo pode se valer do estado de necessidade para excluir a ilicitude do fato típico praticado.

Na Alemanha, Claus Roxin informa ser unânime o entendimento no sentido de que a provocação culposa do perigo não afasta a possibilidade de invocar o estado de necessidade.<sup>5</sup>

Por outro lado, E. Magalhães Noronha, Francisco de Assis Toledo, José Frederico Marques e Néelson Hungria sustentam que a atuação culposa também é voluntária em sua origem: a imprudência, a negligência e a imperícia derivam da vontade do autor da conduta. Consequentemente, não pode suscitar o estado de necessidade a pessoa que culposamente produziu a situação perigosa. É também o entendimento de Guilherme de Souza Nucci:

A letra da lei fala em perigo não provocado por “vontade” do agente, não nos parecendo tenha aí o significado de “dolo”, ou seja, causar um perigo intencionalmente. O sujeito que provoca um incêndio culposamente criou um perigo que jamais poderá deixar de ser considerado fruto da sua *vontade*; o contrário seria admitir que nos delitos culposos não há voluntariedade na conduta.<sup>6</sup>

Essa segunda posição nos parece a mais adequada.

Com efeito, além de a culpa também ser voluntária em sua origem (involuntário é somente o resultado naturalístico), o Direito não pode ser piedoso com os incautos e imprudentes, autorizando o sacrifício de bens jurídicos alheios, em regra de terceiros inocentes, para acobertar com o manto da impunidade fatos típicos praticados por quem deu causa a uma situação de perigo.

<sup>5</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. espanhola Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 2006. t. 1, p. 698.

<sup>6</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 237-238.

Se não bastasse, o Código Penal deve ser interpretado sistematicamente. E, nesse ponto, entra em cena o art. 13, § 2.º, “c”:

**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.

(...)

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

(...)

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

A conclusão é simples: se quem cria a situação de perigo, dolosa ou culposamente, tem o dever jurídico de impedir o resultado, igual raciocínio deve ser utilizado no tocante ao estado de necessidade, é dizer, quem cria o perigo, dolosa ou culposamente, não pode invocar a causa de justificação.

Seria incoerente, por exemplo, incriminar o nadador profissional que convida um amigo iniciante no esporte a atravessar a nado um rio, e, durante o trajeto, este vem a morrer, e, simultaneamente, reconhecer o estado de necessidade, com a automática exclusão do crime, àquele que culposamente incendia uma lancha, e, para se salvar, afoga o seu companheiro para ficar com a única boia que se encontrava na embarcação.

### 22.5.1.3. Ameaça a direito próprio ou alheio

O perigo deve ser direcionado a bem jurídico pertencente ao autor do fato típico ou ainda a terceira pessoa.

No Brasil, **qualquer bem jurídico**, próprio ou de terceiro, pode ser protegido quando enfrentar um perigo capaz de configurar o estado de necessidade, extraindo-se essa conclusão do art. 24, *caput*, do Código Penal (“direito próprio ou alheio”). Exige-se, todavia, a **legitimidade do bem**, que deve ser reconhecido e protegido pelo ordenamento jurídico. Exemplificativamente, o preso não pode matar o carcereiro, sob o pretexto de exercício do seu direito à liberdade.

É o que se dá, também, no art. 34 do Código Penal alemão.

Ao contrário, o Código Penal italiano reconhece a excludente somente quando o bem em disputa for a vida humana ou o corpo humano.

Para a proteção de bem jurídico de terceiro, a lei não reclama a existência de uma relação de parentesco ou intimidade, pois a exigente se funda na solidariedade que deve reinar entre os indivíduos em geral. Destarte, é possível o estado de necessidade para a defesa de bens jurídicos pertencentes

a pessoas desconhecidas, e, inclusive, de pessoas jurídicas, que também são titulares de direitos.

#### 22.5.1.4. Ausência do dever legal de enfrentar o perigo

Nos termos do art. 24, § 1.º, do Código Penal: “Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo”.

O fundamento da norma é evitar que pessoas que têm o dever legal de enfrentar situações perigosas se esquivem de fazê-lo injustificadamente. Aquele que, por mandamento legal, tem o dever de se submeter a situações de perigo, não está autorizado a sacrificar bem jurídico de terceiro, ainda que para salvar outro bem jurídico, devendo suportar os riscos inerentes à sua função. Exemplificativamente, não pode um bombeiro, para salvar um morador de uma casa em chamas, destruir a residência vizinha, quando possível fazê-lo de forma menos lesiva, ainda que mais arriscada à sua pessoa.

Essa regra, evidentemente, deve ser interpretada com bom senso: não se pode exigir do titular do dever legal de enfrentar o perigo, friamente, atitudes heroicas ou sacrifício de direitos básicos de sua condição humana. Nesse sentido, a lei não tem o condão, por exemplo, de obrigar um bombeiro a entrar no mar, em pleno *tsunami*, para salvar um surfista que lá se encontra.

Há celeuma doutrinária em relação ao significado da expressão “dever legal de enfrentar o perigo”.

Para uma primeira corrente, a expressão deve ser interpretada restritivamente. Portanto, “dever legal” abrange somente o dever decorrente da lei em sentido amplo (lei, medida provisória, decreto, regulamento, portaria, etc.). É o entendimento de Nélson Hungria:

Trata-se de dever imposto pela *lei*. O texto do Código não permite extensão ao dever resultante simplesmente de *contrato*. (...) Ora, onde o Código fala apenas em *lei*, não se pode ler também *contrato*. O dever de que aqui se cogita é tão-somente o que se apresenta diretamente imposto *ex lege*. (...) *Dever legal* é somente aquele que o Estado impõe, normativamente, em matéria de serviço de utilidade pública ou na defesa de interesse da comunidade social.<sup>7</sup>

Uma segunda corrente, por sua vez, afirma que a expressão há de ser interpretada extensivamente, compreendendo, além do dever legal, qualquer espécie de **dever jurídico**, tal como o dever contratual. É, entre outros, o entendimento de Bento de Faria, Costa e Silva e Galdino Siqueira, que assim se manifesta:

Esse dever jurídico pode também resultar de uma relação contratual, como a do enfermeiro que se obriga a cuidar de um demente, e que não

<sup>7</sup> HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v. 1, p. 442.

pode, para escapar do perigo de seus acessos, praticar fato em prejuízo de terceiro.<sup>8</sup>

Essa última posição nos parece mais acertada.

De fato, não pode invocar o estado de necessidade quem tem o dever jurídico de enfrentar o perigo. E, uma vez mais, nos socorremos do art. 13, § 2.º, do Código Penal. Em verdade, se quem tem o dever jurídico de agir responde pelo crime quando se omite, com maior razão não pode invocar estado de necessidade diante de sua inércia. É o caso do salva-vidas de um clube, proibido de alegar a causa excludente quando, sem ação, assiste a uma criança morrer afogada na piscina, sob a alegação de que a água estava muito gelada e podia contrair pneumonia.

Se não bastasse, o dever resultante de contrato e outros mais, como o decorrente da posição de garantidor e da situação de ingerência, foram previstos expressamente no art. 13, § 2.º, do Código Penal, merecendo ser tratados como deveres legais.

Finalmente, a Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal, de 1940, não alterada pela Reforma da Parte Geral em 1984, como se extrai do item 21 da atual Exposição, preceitua: "A abnegação em face do perigo só é exigível quando corresponde a um especial dever jurídico".

### 22.5.2. Fato necessitado

Preenchidos os requisitos já abordados, restando configurada a situação de necessidade, o agente pode praticar o fato necessitado, isto é, a conduta lesiva a outro bem jurídico. Esse fato, contudo, deve obedecer a dois outros requisitos: inevitabilidade do perigo por outro modo e proporcionalidade.

#### 22.5.2.1. Inevitabilidade do perigo por outro modo

O fato necessitado deve ser absolutamente imprescindível para evitar a lesão ao bem jurídico. Se o caso concreto permitir o afastamento do perigo por qualquer outro meio (*commodus discessus*), a ser aferido de acordo com o juízo do homem médio e diverso da prática do fato típico, por ele deve optar o agente. Exemplo: se para fugir do ataque de um boi bravo o agente pode facilmente pular uma cerca, não estará autorizado a matar o animal.

Em suma, o estado de necessidade apresenta nítido caráter subsidiário: quando possível a fuga, por ela deve optar o agente, que também deve sempre proporcionar a qualquer bem jurídico o menor dano possível.

<sup>8</sup> SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*. Parte geral. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. t. I, p. 358.

### 22.5.2.2. *Proporcionalidade*

Também conhecido como **razoabilidade**, refere-se ao cotejo de valores, ou seja, à relação de importância entre o bem jurídico sacrificado e o bem jurídico preservado no caso concreto. Não se pode, previamente, estabelecer um quadro de valores, salvo em casos excepcionais (ex: a vida humana, evidentemente, vale mais do que o patrimônio). Deve o magistrado decidir na situação real que lhe for apresentada, utilizando como vetor o juízo do homem médio.

Em face da teoria unitária adotada pelo art. 24 do Código Penal, o bem preservado no estado de necessidade justificante deve ser de valor igual ou superior ao bem jurídico sacrificado.

## 22.6. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA

Estabelece o art. 24, § 2.º, do Código Penal: “Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços”.

Cuida-se de causa de diminuição da pena que ocorre quando o agente, visando proteger bem jurídico próprio ou de terceiro, sacrifica outro bem jurídico de maior valor.

Não há exclusão do crime. É mantida a tipicidade, mas é possível a diminuição da pena, dependendo das condições concretas em que o fato foi praticado.

Essa norma só se aplica nos casos de estado de necessidade exculpante, desde que não tenha restado configurada uma situação de inexigibilidade de conduta diversa, excludente da culpabilidade.

Em suma, foi sacrificado um bem de maior relevância, e o agente poderia ter agido de forma diversa. Nada obstante, considera-se a sua conduta menos reprovável, de forma a ser agraciado com a diminuição da pena.

## 22.7. ESPÉCIES DE ESTADO DE NECESSIDADE

A divisão do estado de necessidade leva em conta diversos critérios:

### 22.7.1. Quanto ao bem sacrificado

No que tange ao valor do bem sacrificado, o estado de necessidade pode ser:

- a) **Justificante:** o bem sacrificado é de valor igual ou inferior ao preservado. Exclui a ilicitude.

- b) **Exculpante:** o bem sacrificado é de valor superior ao preservado. A ilicitude é mantida, mas, no caso concreto, pode afastar a culpabilidade, em face da inexigibilidade de conduta diversa.

### 22.7.2. Quanto à titularidade do bem jurídico preservado

Em relação ao titular do bem jurídico preservado pela lei penal, o estado de necessidade pode ser:

- a) **Próprio:** protege-se bem jurídico pertencente ao autor do fato necessitado.
- b) **De terceiro:** o autor do fato necessitado tutela bem jurídico alheio.

### 22.7.3. Quanto à origem da situação de perigo

Quanto à pessoa que suporta o fato típico, o estado de necessidade pode ser:

- a) **Agressivo:** é aquele em que o agente, para preservar bem jurídico próprio ou de terceira pessoa, pratica o fato necessitado contra bem jurídico pertencente a terceiro inocente, ou seja, pessoa que não provocou a situação de perigo. O autor do fato necessitado, embora não seja responsável pelo perigo, deve indenizar o dano suportado pelo terceiro (CC, art. 929), reservando-lhe, porém, ação regressiva contra o causador do perigo (CC, art. 930, *caput*).
- b) **Defensivo:** é aquele em que o agente, visando a proteção de bem jurídico próprio ou de terceiro, pratica o fato necessitado contra bem jurídico pertencente àquele que provocou o perigo. Obviamente, não há obrigação de ressarcir os danos causados, como se extrai da análise *a contrario sensu* do art. 929 do Código Civil.

### 22.7.4. Quanto ao aspecto subjetivo do agente

Essa classificação diz respeito à ciência, ao conhecimento da situação de perigo por parte do autor do fato necessitado. O estado de necessidade se divide em:

- a) **Real:** a situação de perigo efetivamente existe, e dela o agente tem conhecimento. Exclui a ilicitude.
- b) **Putativo:** não existe a situação de necessidade, mas o autor do fato típico a considera presente. O agente, por erro, isto é, falsa percepção



da realidade que o cerca, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria sua ação legítima. É mantida a ilicitude.

Se o erro for escusável, entretanto, exclui-se a culpabilidade. E, se inescusável, subsiste a responsabilidade por crime culposos, se previsto em lei (CP, art. 20, § 1.º).

## 22.8. ESTADO DE NECESSIDADE RECÍPROCO

É perfeitamente admissível que duas ou mais pessoas estejam, simultaneamente, em estado de necessidade, umas contra as outras. É o que se convencionou chamar de **estado de necessidade recíproco**, hipótese em que deve ser afastada a ilicitude do fato, sem a interferência do Estado que, ausente, permanece neutro nesse conflito.

A literatura é farta ao indicar acontecimentos em que, fática ou hipoteticamente, se concretizou essa espécie de estado de necessidade, destacando-se a famosa obra “O caso dos exploradores de cavernas”. Confira-se, ainda, o clássico exemplo de Basileu Garcia (tábua de salvação):

Dois naufragos disputam uma tábua, que só servirá a um homem. É preciso que um deles pereça. Apresenta-se, mais tarde, ao tribunal o sobrevivente, invocando a justificativa do estado de necessidade. Não será punido. O Estado não teria razão para tomar partido em favor de um ou de outro indivíduo, cujos interesses, igualmente legítimos, se acharam em antagonismo. Está-se diante de um fato consumado e irremediável, não cabendo castigar o que ofendeu o direito alheio em favor do próprio direito, desde que tenham ocorrido os requisitos legais.<sup>9</sup>

## 22.9. CASOS ESPECÍFICOS DE ESTADO DE NECESSIDADE

Além da regra geral delineada pelo art. 24, o Código Penal, em sua Parte Especial, prevê outros casos de estado de necessidade.

É o que se dá no art. 128, I, permitindo o aborto necessário ou terapêutico praticado por médico quando não há outro meio para salvar a vida da gestante.

De igual modo, o art. 146, § 3.º, preceitua em seus incisos não configurar constrangimento ilegal a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida, bem como a coação exercida para impedir suicídio.

<sup>9</sup> GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. 37. tir. São Paulo, Max Limonad, 1975. t. I, v. I.

Em relação ao crime de violação de domicílio, é possível o estado de necessidade quando algum crime em seu interior está sendo praticado ou na iminência de o ser, e também na hipótese de desastre ou para socorrer alguém (CP, art. 150, § 3.º, II, e CF, art. 5.º, XI).

Aponta-se ainda o estado de necessidade, implicitamente, nos crimes de violação de correspondência, divulgação de segredo e violação de segredo profissional (CP, arts. 151, 153 e 154), nas situações em que alguém pratica o fato típico para proteger direito próprio ou alheio. Exemplo: “A”, réu em ação penal, abre uma carta endereçada a “B”, cujo conteúdo prova sua inocência no tocante ao crime contra si imputado.

## 22.10. COMUNICABILIDADE DO ESTADO DE NECESSIDADE

O estado de necessidade justificante exclui a ilicitude do fato típico, afastando, conseqüentemente, a infração penal.

E, desaparecendo o crime ou a contravenção penal em relação a algum dos envolvidos, o estado de necessidade se comunica a todos os coautores e partícipes da infração penal, pois no tocante a eles o fato também será lícito.

## 22.11. ESTADO DE NECESSIDADE E CRIMES PERMANENTES E HABITUAIS

Em regra, não se aplica a justificativa no campo dos crimes permanentes e habituais, uma vez que, no fato que os integra, não há os requisitos da atualidade do perigo e da inevitabilidade do fato necessitado.

A jurisprudência já reconheceu o estado de necessidade, contudo, no crime habitual de exercício ilegal de arte dentária (CP, art. 282), em caso atinente à zona rural longinqua e carente de profissional habilitado.<sup>10</sup>

## 22.12. ESTADO DE NECESSIDADE E ERRO NA EXECUÇÃO

O estado de necessidade é compatível com a *aberratio ictus* (CP, art. 73), na qual o agente, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, atinge pessoa ou objeto diverso do desejado, com o propósito de afastar a situação de perigo a bem jurídico próprio ou de terceiro.

Exemplificativamente, configura-se o estado de necessidade no caso em que alguém, no momento em que vai ser atacado por um cão bravo, efetua

<sup>10</sup> JESUS, Damásio E. de. *Código Penal anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 112.

disparos de arma de fogo contra o animal, e, por erro na execução, atinge pessoa que passava nas proximidades do local, ferindo-a. Não poderá ser responsabilizado pelas lesões corporais produzidas, em face da exclusão da ilicitude.

## 22.13. ESTADO DE NECESSIDADE E DIFICULDADES ECONÔMICAS

Deve ser diferenciado o estado de necessidade, como causa de exclusão da ilicitude, da dificuldade econômica, relacionada à debilidade da capacidade aquisitiva.

No estado de necessidade, o agente é compelido a praticar o fato típico, para afastar a situação de perigo atual ou iminente, involuntário e inevitável, capaz de afetar bem jurídico próprio ou de terceiro, cujo sacrifício é inexigível. Por sua vez, na dificuldade econômica supõe-se, ou que o indivíduo deva conformar-se com a privação, porque não se cuida do suprimento de necessidade vital ou primária, ou, ainda que disso se trate, que lhe seja possível satisfazer a carência por meio de atividade lícita, em uma ou outra hipótese, não se justificando a lesão ao interesse de outrem.

Destarte, a dificuldade econômica, inclusive com a miserabilidade do agente, não constitui estado de necessidade.<sup>11</sup>

Em casos excepcionais, admite-se a prática de um fato típico como medida inevitável, ou seja, para satisfação de necessidade estritamente vital que a pessoa, nada obstante seu empenho, não conseguiu superar de forma lícita. Portanto, se o agente podia laborar honestamente, ou então quando se apodera de bens supérfluos ou em quantidade exagerada, afasta-se a justificativa.

## 22.14. QUESTÕES

1. (Juiz Federal/TRF 5.ª Região – 2007) Acerca das causas excludentes da ilicitude e culpabilidade, julgue o próximo item.

Para a teoria unitária, diferentemente do que ocorre com a teoria diferenciadora, todo estado de necessidade é justificante, inexistindo estado de necessidade exculpante.

2. (23.º Promotor de Justiça – MPU/MPDFT) Acerca do estado de necessidade, assinale a opção incorreta.
  - (A) estado de necessidade justificante exclui a ilicitude do fato e possui previsão legal, tanto na parte geral como na parte especial do CP.
  - (B) estado de necessidade defensivo ocorre quando o ato necessário se dirige contra a coisa de que promana o perigo para o bem jurídico ofendido.

<sup>11</sup> Nesse sentido: STJ: REsp 499.442/PE, rel. Min. Félix Fischer, 5.ª Turma, j. 24.06.2003.

- (C) estado de necessidade agressivo se verifica quando o ato necessário se dirige contra coisa diversa daquela de que promana o perigo para o bem jurídico.
- (D) Não é possível o reconhecimento de estado de necessidade recíproco.

3. (83.º Promotor de Justiça – MP/SP) Dentre as afirmações abaixo, assinale a FALSA:

- (A) No estado de necessidade, o perigo pode advir de conduta humana, força maior ou caso fortuito, a legítima defesa só é possível contra agressão humana ou ataque espontâneo de animal irracional.
- (B) No estado de necessidade há conflito entre bens jurídicos, na legítima defesa há ataque ou ameaça de lesão a um bem jurídico.
- (C) No estado de necessidade, o bem jurídico é exposto a perigo atual ou iminente, na legítima defesa o bem jurídico sofre uma agressão.
- (D) Podem coexistir, num mesmo fato, a legítima defesa com o estado de necessidade.
- (E) No estado de necessidade há ação, e na legítima defesa reação.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

**Obs.:** Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no site [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

## LEGÍTIMA DEFESA

**Sumário:** 23.1. Fundamento – 23.2. Dispositivo legal – 23.3. Natureza jurídica e conceito – 23.4. Requisitos legais: 23.4.1. Agressão injusta; 23.4.2. Agressão atual ou iminente; 23.4.3. Agressão a direito próprio ou alheio; 23.4.4. Reação com os meios necessários; 23.4.5. Uso moderado dos meios necessários – 23.5. Legítima defesa e vingança – 23.6. Desafio e legítima defesa – 23.7. Espécies de legítima defesa: 23.7.1. Quanto à forma de reação; 23.7.2. Quanto à titularidade do bem jurídico protegido; 23.7.3. Quanto ao aspecto subjetivo de quem se defende; 23.7.4. Legítima defesa da honra; 23.7.5. Legítima defesa presumida; 23.7.6. Legítima defesa sucessiva – 23.8. Legítima defesa contra a multidão – 23.9. Legítima defesa contra pessoa jurídica – 23.10. Legítima defesa nas relações familiares – 23.11. Legítima defesa e *aberratio ictus* – 23.12. Legítima defesa de terceiro e consentimento do ofendido – 23.13. Diferença entre estado de necessidade e legítima defesa – 23.14. Existência simultânea de legítima defesa e de estado de necessidade – 23.15. Legítima defesa e relação com outras excludentes: admissibilidade – 23.16. Legítima defesa e relação com outras excludentes: inadmissibilidade – 23.17. Legítima defesa e desobediência civil: distinção – 23.18. Questões.

### 23.1. FUNDAMENTO

O instituto da legítima defesa é inerente à condição humana. Acompanha o homem desde o seu nascimento, subsistindo durante toda a sua vida, por lhe ser natural o comportamento de defesa quando injustamente agredido por outra pessoa. Como argumenta Galdino Siqueira:

Tão visceralmente ligada à pessoa se manifesta a defesa, isto é, a faculdade de repelir pela força o ataque no momento em que se produz, que CÍCERO, na sua oração – *Pro Milone*, a reputa como um *direito natural*, derivado da necessidade – *non scripta sed nata lex*, proposição verdadeira, se considerarmos o *substratum* fisiológico e psicológico da defesa, como reação do instinto de conservação que brota e se desenvolve independente de qualquer regulamentação.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*. Parte geral. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. t. I, p. 314.

Em razão da sua compreensão como direito natural, a legítima defesa sempre foi aceita por praticamente todos os sistemas jurídicos, ainda que muitas vezes não prevista expressamente em lei, constituindo-se, dentre todas, na causa de exclusão da ilicitude mais remota ao longo da história das civilizações.

De fato, o Estado avocou para si a função jurisdicional, proibindo as pessoas de exercerem a autotutela, impedindo-as de fazerem justiça pelas próprias mãos. Seus agentes não podem, contudo, estar presentes simultaneamente em todos os lugares, razão pela qual o Estado autoriza os indivíduos a defenderem direitos em sua ausência, pois não seria correto deles exigir a instantânea submissão a um ato injusto para, somente depois, buscar a reparação do dano perante o Poder Judiciário.

### 23.2. DISPOSITIVO LEGAL

Nos termos do art. 25 do Código Penal: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

### 23.3. NATUREZA JURÍDICA E CONCEITO

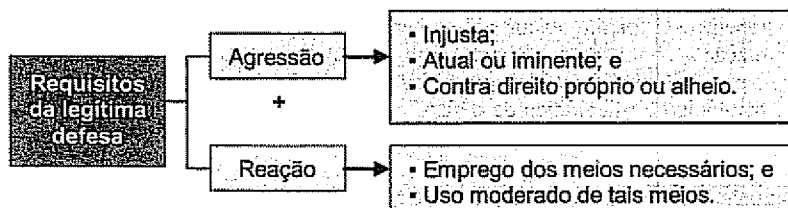
Como se extrai do art. 23, II, do Código Penal, a legítima defesa é **causa de exclusão da ilicitude**. Destarte, o fato típico praticado em legítima defesa é lícito. Não configura crime.

O conceito decorre do art. 25 do Código Penal: trata-se da causa de justificação consistente em repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, usando moderadamente dos meios necessários.

### 23.4. REQUISITOS LEGAIS

A análise do art. 25 do Código Penal revela a dependência da legítima defesa aos seguintes requisitos **cumulativos**: (1) agressão injusta; (2) atual ou iminente; (3) direito próprio ou alheio; (4) reação com os meios necessários; e (5) uso moderado dos meios necessários.

Esses requisitos, pois, podem ser divididos em dois blocos:



### 23.4.1. Agressão injusta

**Agressão** é toda ação ou omissão humana, consciente e voluntária, que lesa ou expõe a perigo de lesão um bem ou interesse consagrado pelo ordenamento jurídico.

Trata-se de **atividade exclusiva do ser humano**. Não pode ser efetuada por um animal, ou por uma coisa, por faltarlhes a consciência e a voluntariedade insitas ao ato de agredir.

Portanto, animais que atacam e coisas que oferecem riscos às pessoas podem ser sacrificados ou danificados com fundamento no estado de necessidade, e não na legítima defesa, reservada a agressões emanadas do homem.

Nada impede, entretanto, a utilização de animais como **instrumentos do crime**, como nos casos em que são ordenados, por alguém, ao ataque de determinada pessoa. Funcionam como verdadeiras armas, autorizando a legítima defesa. Exemplo: "A" determina ao seu cão bravo o ataque contra "B". Esse último poderá matar o animal, acobertado pela legítima defesa.

A agressão pode emanar de um **inimputável**. O inimputável pratica conduta consciente e voluntária, apta a configurar a agressão. O fato previsto em uma lei incriminadora por ele cometido é típico e ilícito. Falta-lhe apenas a culpabilidade. A agressão é tomada em sentido meramente objetivo, não guardando vínculo nenhum com o subjetivismo da culpabilidade.

É pacífico na doutrina, entretanto, que a condição de inimputável do agressor, se conhecida do agredido, impõe a este maior diligência no evitar, e maior moderação no repelir o ataque. Assim, não haveria desonra na fuga, e a esta, se possível e capaz de afastar a agressão, deve recorrer o agredido.<sup>2</sup>

Há posições em sentido contrário. É o caso de Néelson Hungria, que equiparava os inimputáveis aos seres irracionais. A defesa contra o ataque deles originado, conseqüentemente, não caracterizava legítima defesa, mas estado de necessidade.

Em regra, a agressão é praticada por meio de uma ação, mas nada impede a sua veiculação por **omissão**, quando esta se apresenta idônea a causar danos e o omitente tinha, no caso concreto, o dever jurídico de agir. Mezger fornece o exemplo do carcereiro que tem o dever de liberar o recluso cuja pena já foi integralmente cumprida. Com a sua omissão ilícita, inevitavelmente agride um bem jurídico do preso, autorizando a reação em legítima defesa.<sup>3</sup>

Além disso, a agressão deve ser **injusta**.

<sup>2</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito penal* – Parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 1, p. 362.

<sup>3</sup> MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Trad. espanhola José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. t. 1, p. 453.

Agressão injusta é a de natureza ilícita, isto é, **contrária ao Direito**. É obtida com uma análise objetiva, consistindo na mera contradição com o ordenamento jurídico.

Não se exige, para ser injusta, que a agressão seja prevista como infração penal. Basta que o agredido não esteja obrigado a suportá-la. Exemplo: pode agir em legítima defesa o proprietário do bem atingido por um “furto” de uso.

A agressão culposa autoriza a legítima defesa. A propósito, até mesmo a agressão praticada sem culpa permite a reação defensiva. Exemplo: aquele que está sentado no banco de um ônibus e nota uma pessoa que acabara de escorregar caindo em sua direção, pode, se necessário, empurrá-la contra o chão para não ser atingido.

#### 23.4.2. Agressão atual ou iminente

A agressão injusta deve ser atual ou iminente.

Ao contrário do estado de necessidade, em que o legislador previu expressamente somente o perigo atual, na legítima defesa admite-se seja a agressão atual ou iminente.

Não pode o homem de bem ser obrigado a ceder ao injusto. Seria equivocado exigir fosse ele agredido efetivamente para, somente depois, defender-se. Exemplificativamente, não está ele obrigado a ser atingido por um disparo de arma de fogo para, após, defender-se matando o seu agressor. Ao contrário, com a iminência da agressão é permitida a reação imediata contra o agressor, desde que presente o justo receio quanto ao ataque a ser contra ele perpetrado.

**Atual** é a agressão presente, isto é, já se iniciou e ainda não se encerrou a lesão ao bem jurídico. Exemplo: a vítima é atacada com golpes de faca.

**Iminente** é a agressão prestes a acontecer, ou seja, aquela que se torna atual em um futuro imediato. Exemplo: o agressor anuncia à vítima a intenção de matá-la, vindo à sua direção com uma faca em uma das mãos.

A agressão **futura (ou remota)** e a agressão **passada (ou pretérita)** não abrem espaço para a legítima defesa. O medo e a vingança não autorizam a reação, mas apenas a necessidade de defesa urgente e efetiva do interesse ameaçado. Com efeito, admitir-se a legítima defesa contra agressão futura seria um verdadeiro convite para o duelo, desestimulando a pessoa de recorrer à autoridade pública para a tutela de seus direitos. E a agressão pretérita caracterizaria nítida vingança.

#### 23.4.3. Agressão a direito próprio ou alheio

A agressão injusta, atual ou iminente, deve ameaçar bem jurídico próprio ou de terceiro.



Qualquer bem jurídico pode ser protegido pela legítima defesa, pertencente àquele que se defende ou a terceira pessoa. Em compasso com o auxílio mútuo que deve reinar entre os indivíduos, o Código Penal admite expressamente a legítima defesa de bens jurídicos alheios, com amparo no princípio da solidariedade humana.

E na legítima defesa de terceiro, a reação pode atingir inclusive o titular do bem jurídico protegido. O terceiro funciona como agredido e defendido, simultaneamente. Exemplo: "A", percebendo que "B" se droga compulsivamente e não aceita conselhos para parar, decide agredi-lo para que desmaie, e, assim, deixe de ingerir mais cocaína, que o levaria à morte.

Não mais existem as limitações antigas que autorizavam a legítima defesa apenas em relação à vida ou ao corpo. Vigê atualmente a mais larga amplitude de defesa dos bens jurídicos, pois o Direito não pode distingui-los em mais ou menos valiosos, amparando os primeiros e relegando os últimos ao abandono.

Em suma, é todo o patrimônio jurídico do indivíduo que se deve ter por inviolável, e no qual ninguém poderá penetrar pela força sem o risco de se ver repellido com a força necessária.<sup>4</sup>

É possível o emprego da excludente para a tutela de bens pertencentes às **peças jurídicas**, inclusive do Estado, pois atuam por meio de seus representantes e não podem defender-se sozinhas. Veja-se o exemplo da pessoa que, percebendo uma empresa ser furtada, luta com o ladrão e o imobiliza até a chegada da força policial.

Admite-se, também, a legítima defesa do **feto**. Deveras, o art. 2.º do Código Civil resguarda os direitos do nascituro, que podem ser defendidos por terceiros. É o caso do agente que, percebendo estar a gestante na iminência de praticar um autoaborto, a impede, internando-a posteriormente em um hospital para que o parto transcorra normalmente.

Embora com alguma controvérsia, pode-se ainda falar em legítima defesa do **cadáver**. Nada obstante não seja titular de direitos, a utilização da causa justificativa encontra amparo no reconhecimento que o Estado lhe confere, em respeito à sociedade e aos seus familiares, criando, inclusive, crimes destinados a esse desiderato, como se dá com a destruição, subtração ou ocultação, e também com o vilipêndio a cadáver (CP, arts. 211 e 212).<sup>5</sup>

#### 23.4.4. Reação com os meios necessários

Meios necessários são aqueles que o agente tem à sua disposição para repelir a agressão injusta, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, no momento em que é praticada.

<sup>4</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito penal* – Parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. I, p. 365.

<sup>5</sup> É a posição de MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. 5. ed. Torino: Torinese, 1981. v. II, p. 388.

A legítima defesa não é desforço desnecessário, mas medida que se destina à proteção de bens jurídicos. Não tem por fim punir, razão pela qual deve ser concretizada da forma menos lesiva possível.

O calor do momento da agressão, todavia, impede sejam calculados os meios necessários de forma rígida e matemática. Seu cabimento deve ser analisado de modo flexível, e não em doses milimétricas. A escolha dos meios deve obedecer aos reclamos da situação concreta de perigo, não se podendo exigir uma proporção mecânica entre os bens em conflito.<sup>6</sup>

O meio necessário, desde que seja o único disponível ao agente para repelir a agressão, pode ser desproporcional em relação a ela, se empregado moderadamente. Imagine-se um agente que, ao ser atacado com uma barra de ferro por um desconhecido, utiliza uma arma de fogo, meio de defesa que estava ao seu alcance. Estará caracterizada a excludente.

Acerca desse tema, curial a leitura de Bento de Faria:

O homem que é subitamente agredido, não pode, na perturbação e na impetuosidade da sua defesa, proceder a operação de medir a sangue frio e com exatidão se há algum outro recurso para o qual possa apelar, que não o de infligir um mal ao seu agressor; se há algum meio menos violento a empregar na defesa, se o mal que inflige excede ou não o que seria necessário à mesma defesa. É preciso considerar os fatos como eles ordinariamente se apresentam, e reconhecer as fraquezas inerentes à natureza humana, não se exigindo dela o que ela não pode dar; reconhecer mesmo as exigências sociais, que podem justificar o emprego de certos meios de defesa, suposto não seja absoluta a necessidade desse emprego.<sup>7</sup>

Se o meio empregado for desnecessário, estará configurado o excesso, doloso, culposo ou exculpante (sem dolo ou culpa), dependendo das condições em que ocorrer.

Ao contrário do que ocorre no estado de necessidade, a possibilidade de fuga ou o socorro pela autoridade pública não impedem a legítima defesa. Não se impõe o *commodus discessus*, isto é, o agredido não está obrigado a procurar a saída mais cômoda e menos lesiva para escapar do ataque injusto.

O Direito não pode se curvar a uma situação ilícita. Ademais, lhe é vedado obrigar que alguém seja pusilânime ou covarde, fugindo de um ataque injusto quando pode legitimamente se defender.

Há situações, entretanto, em que a fuga do local se mostra a medida mais coerente, não acarretando vergonha ou humilhação. Exemplo: o agente, agredido injustamente por sua mãe, que deseja feri-lo em um acesso inesperado de fúria

<sup>6</sup> Nesse sentido: LINHARES, Marcello Jardim. *Legítima defesa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 344.

<sup>7</sup> FARIA, Bento. *Código penal brasileiro comentado*. Rio de Janeiro: Distribuidora Record, 1961. v. II, p. 192.

provocado por fatores até então ignorados, age corretamente ao fugir, quando em tese poderia até mesmo lesioná-la para fazer cessar o ataque.<sup>8</sup>

#### 23.4.5. Uso moderado dos meios necessários

Caracteriza-se pelo emprego dos meios necessários na medida suficiente para afastar a agressão injusta.

Utiliza-se o perfil do homem médio, ou seja, para aferir a moderação dos meios necessários o magistrado compara o comportamento do agredido com aquele que, em situação semelhante, seria adotado por um ser humano de inteligência e prudência comuns à maioria da sociedade.

Essa análise não é rígida, baseada em critérios matemáticos ou científicos. Comporta ponderação, a ser aferida no caso concreto, levando em conta a natureza e a gravidade da agressão, a relevância do bem ameaçado, o perfil de cada um dos envolvidos e as características dos meios empreendidos para a defesa.

O art. 25 do Código Penal não a exige expressamente, mas firmaram-se doutrina e jurisprudência no sentido de que, assim como no estado de necessidade, a legítima defesa reclama também **proporcionalidade** entre os bens jurídicos em conflito.

O bem jurídico preservado deve ser de valor igual ou superior ao sacrificado, sob pena de configuração do excesso. Exemplo: não pode invocar legítima defesa aquele que mata uma pessoa pelo simples fato de ter sido por ela ofendido verbalmente.

### 23.5. LEGÍTIMA DEFESA E VINGANÇA

Nada obstante o caráter objetivo da legítima defesa, exige-se a existência, naquele que reage, da vontade de defender-se. Seu ato deve ser uma resposta à agressão de outrem, e esse caráter de reação precisa estar presente nos dois momentos de sua atuação: o objetivo e o subjetivo.

Entretanto, não exclui a legítima defesa a circunstância de o agente unir ao fim de defender-se uma finalidade diversa, tal como a vingança, desde que objetivamente não exceda os requisitos da necessidade (uso dos meios necessários) e da moderação (emprego moderado de tais meios). Exemplo: "A", com o desejo antigo de matar "B", em razão de brigas pretéritas, aproveita-se do ataque injustificado de seu desafeto para eliminar a sua vida.

<sup>8</sup> É também o entendimento de GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. 37.<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Max Limonad, 1975. t. I, v. I, p. 306.

## 23.6. DESAFIO E LEGÍTIMA DEFESA

Não há legítima defesa no desafio, no duelo, no convite para a luta. Os contendores respondem pelos crimes praticados.

## 23.7. ESPÉCIES DE LEGÍTIMA DEFESA

A divisão da legítima defesa tem como parâmetros a forma de reação, a titularidade do bem jurídico protegido e o aspecto subjetivo daquele que se defende.

### 23.7.1. Quanto à forma de reação

Adotando-se como parâmetro a forma de reação, a legítima defesa pode ser:

a) **Agressiva, ou ativa:** é aquela em que a reação contra a agressão injusta configura um fato previsto em lei como infração penal. Exemplo: provocar lesões corporais no agressor.

b) **Defensiva, ou passiva:** é a legítima defesa na qual aquele que reage limita-se a impedir os atos agressivos, sem praticar um fato típico. Exemplo: segurar os braços do agressor para que ele não desfira socos.

### 23.7.2. Quanto à titularidade do bem jurídico protegido

Na hipótese em que o parâmetro for a titularidade do bem jurídico protegido, a legítima defesa pode ser própria e de terceiro.

a) **Própria:** é aquela em que o agente defende bens jurídicos de sua titularidade.

b) **De terceiro:** é aquela em que o agente protege bens jurídicos alheios.

### 23.7.3. Quanto ao aspecto subjetivo de quem se defende

No que tange ao aspecto subjetivo daquele que se defende, a legítima defesa pode ser:

a) **Real:** é a espécie de legítima defesa em que se encontram todos os requisitos previstos no art. 25 do Código Penal. Exclui a ilicitude do fato (CP, art. 23, II).

b) **Putativa ou imaginária:** é aquela em que o agente, por erro, acredita existir uma agressão injusta, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Exemplo: "A" foi jurado de morte por "B". Em determinada noite, em uma rua escura, encontram-se. "B" coloca a mão no bolso, e "A", acreditando que ele iria pegar uma arma, mata-o. Descobre-se, posteriormente, que "B" tinha a intenção de oferecer-lhe um charuto para selar a paz.

O fato típico praticado permanece revestido de ilicitude. Mas, se o erro for escusável (aceitável ou invencível), opera-se a isenção da pena (CP, art. 20, § 1.º, 1.ª parte). Em se tratando de erro inescusável (inaceitável ou vencível), porém, não há isenção da pena. Afasta-se o dolo, respondendo o agente por crime culposo, se previsto em lei (CP, art. 20, § 1.º, *in fine*).

c) **Subjetiva ou excessiva:** é aquela em que o agente, por erro de tipo escusável, excede os limites da legítima defesa. É também denominada de **excesso accidental**. Exemplo: "A", de porte físico avantajado, parte para cima de "B", para agredi-lo. Este, entretanto, consegue acertar um golpe violento, fazendo seu inimigo desmaiar. Não percebe, contudo, que "A" estava inconsciente e, com medo de ser agredido, continua a desferir socos desnecessários. Não responde pelo excesso, em face de sua natureza accidental.

#### 23.7.4. Legítima defesa da honra

Embora diminuída, ainda subsiste polêmica acerca da admissibilidade da **legítima defesa da honra**.

A honra, direito fundamental do homem, é inviolável por expressa disposição constitucional (art. 5.º, X).

E como o art. 25 do Código Penal não faz distinção entre os bens jurídicos, também pode ser alcançada pela legítima defesa.

Mas a honra não pode ser isoladamente considerada. Deve ser analisada em determinado contexto, pois pode ser dividida em três aspectos distintos: respeito pessoal, liberdade sexual e infidelidade conjugal.

O **respeito pessoal**, que engloba a dignidade e o decoro, é ofendido pelos crimes contra a honra: calúnia, difamação e injúria. Para a sua tutela, admite-se o emprego de força física, necessária e moderada, visando impedir a reiteração das ofensas. E, a propósito, no campo da injúria, a retorsão imediata, que consiste em outra injúria, é passível de perdão judicial (CP, art. 140, § 1.º).

No âmbito da **liberdade sexual** (livre disposição do corpo para fins sexuais), também se autoriza a legítima defesa. É o caso da pessoa que pode ferir ou até mesmo matar quem tenta lhe estuprar.

Há, finalmente, a **infidelidade conjugal**. Aí reside a maior celeuma, relativa à legítima defesa da honra na órbita do adultério. No passado, admitia-se a exclusão da culpabilidade para os crimes passionais motivados pelo adultério. Atualmente, depois de muita discussão, e, notadamente, com a evolução da sociedade e com o respeito aos direitos da mulher, prevalece o entendimento de que a traição conjugal não humilha o cônjuge traído, mas sim o próprio traidor, que não se mostra preparado para o convívio familiar.

Além disso, respeita-se o caráter fragmentário e a subsidiariedade do Direito Penal, que não deve ser chamado para resolver o impasse, pois o ordenamento jurídico prevê outras formas menos gravosas para essa finalidade. Com efeito, admite-se a separação, e também o divórcio litigioso, fundados na violação dos deveres do matrimônio. E ainda no campo civil, tem-se aceitado até mesmo a indenização por danos morais ao cônjuge prejudicado pela traição.

Essa posição se reforça com a descriminação do crime de adultério, revogado pela Lei 11.106/2005.

Deveras, se não se admite sequer a responsabilidade penal de quem trai o seu cônjuge, com maior razão infere-se que o Direito Penal não autoriza a legítima defesa da honra, principalmente com o derramamento de sangue do traidor.

### 23.7.5. Legítima defesa presumida

A tipicidade funciona como indício da ilicitude. Portanto, todo fato típico presume-se ilícito.

Inverte-se o ônus da prova: quem alega qualquer excludente da ilicitude, aí se inserindo a legítima defesa, deve provar a sua ocorrência. Por esse motivo, não se admite a legítima defesa presumida.

No Êxodo (XXII, 2-3) constava:

Se um ladrão for encontrado forçando a porta ou escavando a parede da casa, e, sendo ferido, morrer, aquele que o feriu não será réu de morte. Se, porém, fez isto depois de ter nascido o sol, cometeu um homicídio, e ele mesmo morrerá.

No direito romano falava-se expressamente em legítima defesa presumida. Como lembra Jorge Alberto Romeiro: “A noite autorizava, ainda, para os romanos, a presunção de legítima defesa em favor daquele que matasse um ladrão, quando surpreendido furtando, pelo justo receio do ataque”.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> ROMEIRO, Jorge Alberto. A noite no direito e no processo penal. *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Néilson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 183.

### 23.7.6. Legítima defesa sucessiva

Constitui-se na espécie de legítima defesa em que alguém reage contra o excesso de legítima defesa. Exemplo: “A” profere palavras de baixo calão contra “B”, o qual, para calá-lo, desfere-lhe um soco. Em seguida, com “A” já em silêncio, “B” continua a agredi-lo fisicamente, autorizando o emprego de força física pelo primeiro para defender-se.

É possível essa legítima defesa, pois o excesso sempre representa uma agressão injusta.

### 23.8. LEGÍTIMA DEFESA CONTRA A MULTIDÃO

Prevalece o entendimento pela sua admissibilidade, pois o instituto da legítima defesa reclama tão somente uma agressão injusta, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, emanada de seres humanos, pouco importando sejam eles individualizados ou não.<sup>10</sup>

Em sentido contrário a opinião de Vincenzo La Medica, para quem o comportamento de defesa contra a multidão configura estado de necessidade.<sup>11</sup>

### 23.9. LEGÍTIMA DEFESA CONTRA PESSOA JURÍDICA

É possível a legítima defesa contra pessoa jurídica, uma vez que esta exterioriza a sua vontade por meio da conduta de seres humanos, permitindo a prática de agressões injustas.<sup>12</sup> Exemplo: o funcionário de uma empresa escuta, pelo sistema de som, ofensas à sua honra. Para impedir a reiteração da conduta, pode destruir o alto-falante que transmite as palavras inadequadas.

### 23.10. LEGÍTIMA DEFESA NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Duas situações distintas podem ser visualizadas: (1) agressões dos pais contra os filhos; e (2) agressões entre os cônjuges.

Na relação entre pais e filhos, os castigos moderados inserem-se no campo do exercício regular de direito, impedindo a intervenção de terceiras pessoas.

<sup>10</sup> LINHARES, Marcello Jardim. *Legítima defesa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 166.

<sup>11</sup> LA MEDICA, Vincenzo. *O direito de defesa*. Trad. Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva: 1942. p. 48-49.

<sup>12</sup> MARSICO, Alfredo de. *Diritto penale* – Parte generale. Napoli: Jovene, 1937. p. 105.

Se, entretanto, os castigos forem imoderados e excessivos, caracterizam agressão injusta, autorizando a legítima defesa pelo descendente, por outro familiar ou mesmo por pessoa estranha.

No tocante às relações entre os cônjuges, não tem qualquer deles mando ou hierarquia sobre o outro, em face da regra contida no art. 226, § 5.º, da Constituição Federal: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Nesses termos, se o marido agredir injustamente a mulher, ou vice-versa, será cabível a legítima defesa por qualquer deles, ou mesmo por outro familiar ou terceira pessoa.<sup>13</sup>

### 23.11. LEGÍTIMA DEFESA E ABERRATIO ICTUS

Se repelindo uma agressão injusta, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, o agente atinge pessoa inocente, por erro no emprego dos meios de execução, subsiste em seu favor a legítima defesa. Exemplo: “A” se defende de tiros de “B”, revidando disparos de arma de fogo em sua direção. Acerta, todavia, “C”, que nada tinha a ver com o incidente, matando-o.

Incidirá ainda a justificativa se o agente atingir a pessoa almejada e também pessoa inocente. No exemplo acima, “A” mataria “B” e “C”.

De fato, o art. 73 do Código Penal é peremptório ao estabelecer que o crime considera-se praticado contra a pessoa visada, permitindo a conclusão de que essa regra aplica-se inclusive para efeito de exclusão da ilicitude.

### 23.12. LEGÍTIMA DEFESA DE TERCEIRO E CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

A questão que se coloca é: para o exercício da legítima defesa de terceiro é necessário o seu consentimento para ser protegido de uma agressão injusta?

A resposta pode ser negativa ou positiva, dependendo da natureza do bem jurídico atacado.

Em se tratando de bem jurídico **indisponível**, será prescindível o consentimento do ofendido. Exemplo: um homem agride cruelmente sua esposa, com o propósito de matá-la. Aquele que presenciara o ataque poderá, sem a anuência da mulher, protegê-la, ainda que para isso tenha que lesionar ou mesmo eliminar a vida do covarde marido.

Diversa será a conclusão quando tratar-se de bem jurídico **disponível**. Nessa hipótese, impõe-se o consentimento do ofendido, se for possível a

<sup>13</sup> Assim também LA MEDICA, Vincenzo. *O direito de defesa*. Trad. Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva: 1942. p. 116-119.



sua obtenção. Exemplo: um homem ofende com impropérios a honra de sua mulher. Por mais inconformado que um terceiro possa ficar com a situação, não poderá protegê-la sem o seu assentimento.

Não se olvide, porém, que mesmo no caso de bem jurídico disponível, estará caracterizada a legítima defesa putativa quando o terceiro atuar sem o consentimento do ofendido.

### 23.13. DIFERENÇA ENTRE ESTADO DE NECESSIDADE E LEGÍTIMA DEFESA

Estado de necessidade e legítima defesa são causas legais de exclusão da ilicitude (CP, art. 23, I e II). Além disso, ambos têm em comum o perigo a um bem jurídico, próprio ou de terceiro.

Mas diferenciam-se claramente.

Na legítima defesa, o perigo provém de uma agressão ilícita do homem, e a reação se dirige contra seu autor.

Por outro lado, no estado de necessidade **agressivo** o perigo é originário da natureza, de seres irracionais ou mesmo de um ser humano, mas, para dele se safar, o agente sacrifica bem jurídico pertencente a quem não provocou a situação de perigo. Exemplo: "A", para salvar-se de uma enchente, subtrai o barco de "B".

No estado de necessidade **defensivo** o agente sacrifica bem jurídico de titularidade de quem causou a situação de perigo. Exemplo: "A" mata um touro bravo de seu vizinho, que não consertou a cerca da fazenda, e por esse motivo estava o animal pronto a atacar crianças que nadavam em um pequeno riacho. A reação dirige-se contra a coisa da qual resulta o perigo, e não contra a pessoa que provocou a situação perigosa.

Em alguns casos, contudo, a situação de perigo ao bem jurídico é provocada por uma **agressão lícita** do ser humano que atua em estado de necessidade. Como o ataque é lícito, eventual reação caracterizará estado de necessidade, e não legítima defesa. Exemplo: "A" e "B" estão perdidos no deserto, e a água que carregam somente saciará a sede de um deles. "A", em estado de necessidade, furta a água de "B", o qual, para salvar-se, mata em estado de necessidade seu companheiro.

### 23.14. EXISTÊNCIA SIMULTÂNEA DE LEGÍTIMA DEFESA E DE ESTADO DE NECESSIDADE

É possível que uma mesma pessoa atue simultaneamente acobertada pela legítima defesa e pelo estado de necessidade, quando, para repelir uma

agressão injusta, praticar um fato típico visando afastar uma situação de perigo contra bem jurídico próprio ou alheio. Exemplo: “A”, para defender-se de “B”, que injustamente desejava matá-lo, subtrai uma arma de fogo pertencente a “C” (estado de necessidade), utilizando-a para matar o seu agressor (legítima defesa).

### 23.15. LEGÍTIMA DEFESA E RELAÇÃO COM OUTRAS EXCLUDENTES: ADMISSIBILIDADE

Os requisitos previstos no art. 25 do Código Penal revelam a admissibilidade da legítima defesa nos seguintes casos:

#### a) Legítima defesa real contra legítima defesa putativa

A legítima defesa real pressupõe uma agressão injusta. E essa agressão injusta estará presente na legítima defesa putativa, pois aquele que assim atua, atacando terceira pessoa, o faz de maneira ilícita, permitindo a reação defensiva. Exemplo: “A” caminha em área perigosa. De repente, visualiza “B” colocando a mão no interior de sua blusa, e, acreditando que seria assaltado, “A” saca uma arma de fogo para matar “B”. Este último, entretanto, que iria apenas pegar um cigarro, consegue se esquivar dos tiros, e, em seguida, mata “A” para se defender.

A legítima defesa real é o revide contra agressão efetivamente injusta, enquanto a legítima defesa putativa é a reação imaginária, erroneamente suposta, pois existe apenas na mente de quem a realiza. No exemplo mencionado, “A” agiu em legítima defesa putativa, ensejando a legítima defesa real por parte de “B”.

Esse raciocínio é também aplicável a todas as demais excludentes da ilicitude putativas (estado de necessidade, exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal).

#### b) Legítima defesa putativa recíproca (legítima defesa putativa contra legítima defesa putativa)

Ocorre na hipótese em que dois ou mais agentes acreditam, erroneamente, que um irá praticar contra o outro uma agressão injusta, quando na verdade o ataque ilícito não existe. Exemplo: “A” e “B”, velhos desafetos, encontram-se em local ermo. Ambos colocam as mãos nos bolsos ao mesmo tempo, e, em razão disso, partem um para cima do outro, lutando até o momento em que desmaiam. Posteriormente, apura-se que “A” iria oferecer a “B” um cigarro, enquanto este, que havia perdido a fala em um acidente, entregaria àquele um pedido escrito de desculpas pelos desentendimentos pretéritos.

**c) Legítima defesa real contra legítima defesa subjetiva**

Legítima defesa subjetiva, ou excessiva, é aquela em que o indivíduo, por erro escusável, ultrapassa os limites da legítima defesa. Daí ser também chamada de excesso accidental. No momento em que se configura o excesso, a outra pessoa – que de agressor passou a ser agredido –, pode agir em legítima defesa real, uma vez que foi praticada contra ele uma agressão injusta. Veja o exemplo: “A”, de porte físico avantajado, parte para cima de “B”, para agredi-lo. Este, entretanto, consegue acertar um golpe violento, fazendo seu inimigo desistir da contenda. “B” não nota, todavia, que “A” já estava imóvel, e continua a atacá-lo, desnecessariamente. A partir daí, essa agressão se torna injusta, e “A” poderá agir em legítima defesa real contra o excesso de “B”.

**d) Legítima defesa real contra legítima defesa culposa**

Tal situação é possível, pois para a legítima defesa importa somente o caráter injusto da agressão, objetivamente considerado, independente do elemento subjetivo do agente. Exemplo: “A”, sem adotar maior cautela, confunde “B” com uma pessoa que havia prometido matá-lo tão logo o encontrasse, e passa a efetuar disparos de arma de fogo para atingi-lo. “B” poderá, contra essa agressão injusta culposamente perpetrada, agir acobertado pela legítima defesa real.

**e) Legítima defesa contra conduta amparada por causa de exclusão da culpabilidade**

Será sempre cabível a legítima defesa contra uma agressão que, embora injusta, esteja acobertada por qualquer causa de exclusão da culpabilidade. Exemplo: “A” chega ao Brasil vindo de um país em que não há proteção sobre a propriedade de bens móveis. Não possui, pois, conhecimento acerca do caráter ilícito da conduta de furtar (erro de proibição). Dirige-se à residência de “B” para subtrair diversos de seus pertences. Assim agindo, autoriza “B” a repelir a agressão injusta em legítima defesa do seu patrimônio.

**23.16. LEGÍTIMA DEFESA E RELAÇÃO COM OUTRAS EXCLUDENTES: INADMISSIBILIDADE****a) Legítima defesa real recíproca (legítima defesa real contra legítima defesa real)**

Não é cabível, pois o pressuposto da legítima defesa é a existência de uma agressão injusta. E, se a agressão de um dos envolvidos é injusta, automaticamente a reação do outro será justa, pois constituirá uma simples atitude de defesa. Consequentemente, apenas este último estará protegido pela causa de exclusão da ilicitude.

### b) Legítima defesa real contra outra excludente real

Por idênticos motivos aos ligados à não aceitação da legítima defesa real recíproca, é inadmissível a relação da legítima defesa real com o estado de necessidade real, com o exercício regular de direito real, e, finalmente, com o estrito cumprimento de dever legal real.

O fundamento, vale ressaltar, é simples: se a outra excludente é real, não haverá a agressão injusta da qual depende a legítima defesa real.

## 23.17. LEGÍTIMA DEFESA E DESOBEDIÊNCIA CIVIL: DISTINÇÃO

Desobediência civil é a resistência do cidadão à atividade estatal, em razão de reputá-la abusiva e contrária ao interesse público.<sup>14</sup> No campo penal, consiste na prática de um fato típico contra bem jurídico pertencente ao Poder Público, como no exemplo daquele que destrói uma porta para transitar em prédio municipal fechado em razão de greve no setor público. Nos ensinamentos de Günther Jakobs:

Se o sacrifício do bem consiste em lesão de um bem jurídico penalmente típica, que se executa como protesto contra determinado comportamento estatal, reconhecendo sem embargo a legitimidade deste Estado e do Direito que se vulnera, este modo de proceder se denomina desobediência civil, quando a infração do Direito não deixa de ser moderada e somente afeta a bens de natureza pública.<sup>15</sup>

Em nossa opinião, a desobediência civil não importa na configuração da legítima defesa. De fato, a todos é assegurado o direito de não se conformar com as posturas estatais, mas de forma pacífica e ordenada. A lesão a bens jurídicos, mediante a prática de condutas penalmente típicas, não pode ser tolerada, sob pena de acarretar em anarquia e desordem pública.

## 23.18. QUESTÕES

1. (178.º Juiz de Direito TJ/SP – 2006) ALBERTO estava no interior de um bar. Lá também se encontrava ROBERTO, que passou a provocá-lo sem razão aparente. Em dado momento, ROBERTO aproximou-se, sacou uma arma e desferiu um golpe com a coronha na cabeça de ALBERTO, que poderia ter deixado o local, fugindo, porque próximo à saída, mas optou, em fração de segundos, por reagir, golpeando o agressor com um pedaço de madeira encontrada ao acaso

<sup>14</sup> Para um estudo aprofundado do assunto: GARCIA, Maria. *Desobediência civil: direito fundamental*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>15</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho penal – Parte general. Fundamentos y teoria de la imputación*. 2. ed. Trad. espanhola Joaquín Cuervo Contreras e José Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

e naquele instante sob o balcão, produzindo em ROBERTO lesão corporal de natureza grave. Assinale a resposta certa.

- (A) ALBERTO agiu em legítima defesa, mesmo optando pela reação.
- (B) ALBERTO estava obrigado a fugir, evitando a reação e, consequentemente, o resultado, a que responderá.
- (C) ALBERTO excedeu-se no uso dos meios necessários a repelir a agressão e responderá pelo excesso doloso.
- (D) ALBERTO agiu em legítima defesa putativa.

2. (Delegado de Polícia/ES – 2006) Ainda em relação a normas pertinentes à parte geral do Código Penal, julgue o item seguinte.

A lei não permite o emprego da violência física como mero para repelir injúrias ou palavras caluniosas, visto que não existe legítima defesa da honra. Somente a vida ou a integridade física são abrangidas pelo instituto da legítima defesa.

3. (Magistratura do Trabalho – TRT 21.<sup>a</sup> Região/2010) Não há exclusão de ilicitude, de acordo com a lei penal:

- (A) quando o fato típico é praticado pelo trabalhador autônomo, com a idade de 21 anos, no exercício regular de um direito;
- (B) quando o fato típico é praticado pela pessoa física do empregador do sexo masculino, com a idade de 65 anos, em estado de necessidade;
- (C) quando o fato típico é praticado pela empregada doméstica, com a idade de 60 anos, em situação de fundado temor;
- (D) quando o fato típico é praticado pelo trabalhador avulso, com a idade de 70 anos, em legítima defesa;
- (E) nenhuma das respostas é correta.

4. (XXI Juiz do trabalho – TRT/15.<sup>a</sup> Região 2006) Assinale a alternativa incorreta:

- (A) age, em legítima defesa, quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, ainda que futura, a direito seu;
- (B) usar de grave ameaça para favorecer interesse alheio contra parte em processo administrativo, constitui crime de coação no curso do processo;
- (C) o crime é culposo quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia;
- (D) o desconhecimento da lei penal é inescusável, contudo, pode constituir circunstância atenuante;
- (E) se o crime é cometido em estrita obediência a ordem de superior hierárquico, não manifestamente ilegal, só é punível o autor da ordem.

5. (Juiz Federal – TRF/5.<sup>a</sup> Região 2007) Acerca das causas excludentes da ilicitude e culpabilidade, julgue o próximo item.

Para a teoria unitária, diferentemente do que ocorre com a teoria diferenciadora, todo estado de necessidade é justificante, inexistindo estado de necessidade exculpante.

6. (23.<sup>o</sup> Promotor de Justiça – MPU/MPDFT) Acerca do estado de necessidade, assinale a opção incorreta.

- (A) estado de necessidade justificante exclui a ilicitude do fato e possui previsão legal, tanto na parte geral como na parte especial do CP.

- (B) estado de necessidade defensivo ocorre quando o ato necessário se dirige contra a coisa de que promana o perigo para o bem jurídico ofendido.
- (C) estado de necessidade agressivo se verifica quando o ato necessário se dirige contra coisa diversa daquela de que promana o perigo para o bem jurídico.
- (D) Não é possível o reconhecimento de estado de necessidade recíproco.
7. (83.º Promotor de Justiça – MP/SP) Dentre as afirmações abaixo, assinale a **FALSA**:
- (A) No estado de necessidade, o perigo pode advir de conduta humana, força maior ou caso fortuito, a legítima defesa só é possível contra agressão humana ou ataque espontâneo de animal irracional.
- (B) No estado de necessidade há conflito entre bens jurídicos, na legítima defesa há ataque ou ameaça de lesão a um bem jurídico.
- (C) No estado de necessidade, o bem jurídico é exposto a perigo atual ou iminente, na legítima defesa o bem jurídico sofre uma agressão.
- (D) Podem coexistir, num mesmo fato, a legítima defesa com o estado de necessidade.
- (E) No estado de necessidade há ação, e na legítima defesa reação.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

**Obs.:** Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no site [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

## ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL

Sumário: 24.1. Dispositivo legal – 24.2. Natureza jurídica – 24.3. Conceito – 24.4. Fundamento – 24.5. Dever legal – 24.6. Destinatários da excludente – 24.7. Limites da excludente – 24.8. Estrito cumprimento de dever legal e crimes culposos – 24.9. Comunicabilidade da excludente da ilicitude – 24.10. Questões.

### 24.1. DISPOSITIVO LEGAL

Dispõe o art. 23, III, 1.<sup>a</sup> parte, do Código Penal: “Não há crime quando o agente pratica o fato em estrito cumprimento de dever legal”.

### 24.2. NATUREZA JURÍDICA

Cuida-se de causa de exclusão da ilicitude, o que se extrai tanto pela rubrica marginal do art. 23 do Código Penal (“exclusão de ilicitude”), como também pela redação do dispositivo legal (“não há crime”).

### 24.3. CONCEITO

Ao contrário do que fez em relação ao estado de necessidade e à legítima defesa, o Código Penal não apresentou o conceito de estrito cumprimento de dever legal, nem seus elementos característicos.

Pode-se defini-lo, contudo, como a causa de exclusão da ilicitude que consiste na prática de um fato típico, em razão de cumprir o agente uma obrigação imposta por lei, de natureza penal ou não.

## 24.4. FUNDAMENTO

Seria despropositado a lei impor a determinadas pessoas a prática de um ato, e, ao mesmo tempo, sujeitá-la em face de seu cumprimento a uma sanção penal, em razão de consistir o seu mandamento em um fato descrito em lei como crime ou contravenção penal. Se no Brasil, por exemplo, fosse rotineira a aplicação da pena de morte, não poderia ser o executor responsabilizado pelos homicídios eventualmente praticados.

Com efeito, na eximente em apreço a lei não determina apenas a faculdade, a escolha do agente em obedecer ou não a regra por ela estabelecida. Há, em verdade, o dever legal de agir. É o caso, por exemplo, do cumprimento de mandado de busca domiciliar em que o morador ou quem o represente desobedeça à ordem de ingresso na residência, autorizando o arrombamento da porta e a entrada forçada (CPP, art. 245, § 2.º). Em decorrência do estrito cumprimento do dever legal, o funcionário público responsável pelo cumprimento da ordem judicial não responde pelo crime de dano, e sequer pela violação de domicílio.

O Superior Tribunal de Justiça nos fornece outro exemplo na seara dos crimes contra a honra:

A manifestação considerada ofensiva, feita com o propósito de informar possíveis irregularidades, sem a intenção de ofender, descaracteriza o tipo subjetivo nos crimes contra a honra, sobretudo quando o ofensor está agindo no estrito cumprimento de dever legal.<sup>1</sup>

## 24.5. DEVER LEGAL

O dever legal engloba qualquer obrigação direta ou indiretamente resultante de lei, em sentido genérico, isto é, preceito obrigatório e derivado da autoridade pública competente para emití-lo. Compreende, assim, decretos, regulamentos, e, também, decisões judiciais, as quais se limitam a aplicar a letra da lei ao caso concreto submetido ao exame do Poder Judiciário.

O dever legal pode também originar-se de atos administrativos, desde que de caráter geral, pois, se tiverem caráter específico, o agente não estará agindo sob o manto da excludente do estrito cumprimento de dever legal, mas sim protegido pela obediência hierárquica (causa de exclusão da culpabilidade), se presentes os requisitos exigidos pelo art. 22 do Código Penal.

Destarte, o cumprimento de dever social, moral ou religioso, ainda que estrito, não autoriza a aplicação dessa excludente da ilicitude. Exemplo: comete crime de violação de domicílio o padre ou pastor que, a pretexto de

<sup>1</sup> Apn 348/PA, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Corte Especial, j. 18.05.2005.



espantar os maus espíritos que lá se encontram, ingressa sem permissão na residência de alguém.

#### 24.6. DESTINATÁRIOS DA EXCLUDENTE

Para Julio Fabbrini Mirabete, a excludente pressupõe no executor um funcionário público ou agente público que age por ordem da lei, não se excluindo o particular que exerça função pública (jurado, perito, mesário da Justiça Eleitoral etc.).<sup>2</sup>

Prevalece, contudo, o entendimento de que o estrito cumprimento de dever legal como causa de exclusão da ilicitude também se estende ao particular, quando atua no cumprimento de um dever imposto por lei. Nesse sentido, não há crime de falso testemunho na conduta do advogado que se recusa a depor sobre fatos que tomou conhecimento no exercício da sua função, acobertados pelo sigilo profissional (Lei 8.906/1994 – Estatuto da OAB, arts. 2.º, § 3.º, e 7.º, XIX).

#### 24.7. LIMITES DA EXCLUDENTE

O cumprimento deve ser estritamente dentro da lei, ou seja, deve obedecer à risca os limites a que está subordinado. De fato, todo direito apresenta duas características fundamentais: **é limitado e disciplinado em sua execução.**

Fora dos limites traçados pela lei, surge o excesso ou o abuso de autoridade. O fato torna-se ilícito, e, além de livrar do cumprimento aquele a quem se dirigia a ordem, abre-lhe ainda espaço para a utilização da legítima defesa.

#### 24.8. ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL E CRIMES CULPOSOS

A excludente é incompatível com os crimes culposos, pois a lei não obriga ninguém, funcionário público ou não, a agir com imprudência, negligência ou imperícia.

A situação, geralmente, é resolvida pelo estado de necessidade. Exemplo: o bombeiro que dirige a viatura em excesso de velocidade para salvar uma pessoa queimada em incêndio, e em razão disso atropela alguém, matando-o, não responde pelo homicídio culposo na direção de veículo automotor, em face da exclusão do crime pelo estado de necessidade de terceiro.

<sup>2</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. Parte geral. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1, p. 185.

**24.9. COMUNICABILIDADE DA EXCLUDENTE DA ILICITUDE**

Em caso de concurso de pessoas, o estrito cumprimento de dever legal configurado em relação a um dos agentes estende-se aos demais envolvidos no fato típico, sejam eles coautores ou partícipes.

É evidente que um fato típico não pode ser lícito para um dos agentes, e simultaneamente ilícito para os demais. Exemplo: o policial militar, auxiliado por um particular, arromba a porta de uma residência durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão. Inexistem crimes de dano e de violação de domicílio para ambos os sujeitos (policial militar e particular).

**24.10. QUESTÕES**

1. (43.º Promotor de Justiça -- MP/MG) A respeito das causas legais de exclusão da ilicitude, marque a alternativa **INCORRETA**.
  - (A) A chamada legítima defesa recíproca não é admissível na modalidade autêntica ou real.
  - (B) Admite-se estrito cumprimento de dever legal nos crimes culposos.
  - (C) Ocorre exercício regular de direito quando alguém atua exercendo um direito que lhe é outorgado por um ramo da Ciência Jurídica.
  - (D) Pode ocorrer estado de necessidade recíproco nas modalidades real e putativo.
  - (E) Segundo o Código Penal, o agente responderá, em qualquer das causas de justificação, por excesso doloso ou culposos.
  
2. (Delegado de Polícia MG – 2007) Com relação às causas excludentes de ilicitude, é **CORRETO** afirmar que:
  - (A) Não existem causas supralegais de exclusão da ilicitude, uma vez que o art. 23 do Código Penal pode ser entendido como *numerus clausus*.
  - (B) Não se reconhece como hipótese de legítima defesa a circunstância de dois inimigos que, supondo que um vai agredir o outro, sacam suas armas e atiram pensando que estão se defendendo.
  - (C) São requisitos para configuração do estado de necessidade a existência de situação de perigo atual que ameace direito próprio ou alheio, causado ou não voluntariamente pelo agente que não tem dever legal de afastá-lo.
  - (D) Trata-se de estrito cumprimento de dever legal a realização, pelo agente, de fato típico por força do desempenho de obrigação imposta por lei.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

Obs.: Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no *site* [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

## EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

Sumário: 25.1. Dispositivo legal – 25.2. Natureza jurídica – 25.3. Conceito – 25.4. Limites da excludente – 25.5. Costumes – 25.6. Distinções entre estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito – 25.7. Lesões em atividades esportivas – 25.8. Intervenções médicas ou cirúrgicas – 25.9. Ofendículas – 25.10. Meios mecânicos predispostos de defesa da propriedade – 25.11. Exercício regular de direito e utilização de cadáver para estudos e pesquisas científicas – 25.12. Questão.

### 25.1. DISPOSITIVO LEGAL

Dispõe o art. 23, III, parte final, do Código Penal: “Não há crime quando o agente pratica o fato no exercício regular de direito”.

### 25.2. NATUREZA JURÍDICA

Trata-se de causa de exclusão da ilicitude, o que se extrai tanto pela rubrica marginal do art. 23 do Código Penal (“exclusão de ilicitude”), como também pela redação do dispositivo legal (“não há crime”).

### 25.3. CONCEITO

O direito é um só e a sua repartição em diversos ramos tem fins essencialmente didáticos. Dessa forma, um ato lícito para qualquer área do direito não pode ser ilícito perante o Direito Penal, e vice-versa, evitando-se a contradição e a falta de unidade sistemática do ordenamento jurídico. Para Graf zu Dohna: “Uma ação juridicamente permitida não pode ser ao

mesmo tempo proibida pelo direito. Ou, em outras palavras: o exercício de um direito nunca é antijurídico”.<sup>1</sup>

Assim sendo, a palavra “direito” é utilizada em sentido amplo pelo art. 23, III, do Código Penal. Quem está autorizado a praticar um ato, reputado pela ordem jurídica como o exercício de um direito, age licitamente. Exemplificativamente, ao particular que, diante da prática de uma infração penal, corajosamente efetua a prisão em flagrante de seu autor, não pode ser imputado o crime de constrangimento ilegal, em razão da permissão contida no art. 301 do Código de Processo Penal.

Na esteira do raciocínio de Néelson Hungria:

O direito é um complexo harmônico de normas, não sendo admissível um *real* conflito entre estas. Assim, se uma norma penal incrimina tal ou qual fato, que, entretanto, em determinados casos, outra norma jurídica, penal ou extrapenal, *permite* ou *impõe*, não há reconhecer, em tais casos, a existência de crime. Esta ilação é inquestionável ainda quando a norma de excepcional licitude seja de direito privado.<sup>2</sup>

#### 25.4. LIMITES DA EXCLUDENTE

Essa causa de exclusão da ilicitude, assim como todas as demais, deve obedecer aos limites legais. Quem tem um direito, dele não pode abusar. O excesso ou abuso enseja, além do afastamento da excludente, a utilização da legítima defesa por parte do prejudicado pelo exercício irregular e abusivo do direito. Além disso, pode ocorrer até mesmo a prática de um crime.

De fato, os arts. 1.566, IV, e 1634, I, do Código Civil, preceituam ser dever dos pais a educação dos filhos, facultando-lhes o uso de meios moderados para correção e disciplina, quando necessário. O abuso ou excesso desse direito, entretanto, tipificará o crime de maus-tratos, delineado pelo art. 136 do Código Penal.

Na hipótese em que o advogado constituído se apropria de valores pertencentes ao cliente para o pagamento de seus honorários, quando o contrato de prestação de serviços não contém cláusula com essa finalidade, entende-se configurado o crime de apropriação indébita, em face da inexistência da excludente do exercício regular de direito. Confira-se:

Hipótese em que o paciente foi denunciado pela prática do delito de apropriação indébita, porque teria recebido as quantias depositadas pela municipalidade, a título de indenização, por força da procuração outorgada por seus

<sup>1</sup> DOHNA, Alexander Graf zu. *La estructura de la teoría del delito*. Trad. espanhola Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958. p. 47.

<sup>2</sup> HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v. I, p. 469.

clientes, deixando de repassá-las aos mesmos, retendo-as injustificadamente. Se o Tribunal *a quo* ressalta que o contrato de honorários anexado aos autos previa dez por cento da indenização que viesse a ser apurada, pela atuação profissional, além dos honorários de sucumbência judicialmente fixados, nada referindo acerca de eventual direito de retenção das quantias depositadas, deve ser afastada a hipótese de que o paciente praticou o fato no exercício regular de um direito.<sup>3</sup>

Anote-se ainda que quando o exercício regular de um direito tem seu nascedouro no Direito Penal, o fato pode ser ilícito na seara extrapenal, nada obstante não configure infração penal. É o caso do advogado que, durante debates em audiência judicial, ofende um colega, em razão de suas funções. Não há injúria, por força do art. 7.º, § 2.º, da Lei 8.906/1994 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, o que não obsta a sua punição administrativa pela violação da ética profissional. Deve respeitar, todavia, os limites legais, sob pena de configuração do excesso. Como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Incabível acobertar a tese de exclusão da ilicitude com base no art. 23, III, do Código Penal (estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito), ante a consideração sufragada por doutrina e jurisprudência, de não serem absolutos e incontestáveis os poderes do causídico na sua esfera de atuação profissional, sendo, evidentemente, puníveis os eventuais excessos e abusos perpetrados.<sup>4</sup>

## 25.5. COSTUMES

Costume é a reiteração uniforme de uma conduta, em face da convicção de sua obrigatoriedade. Não se trata de direito assegurado em lei, mas de prática consagrada em determinada coletividade, por ser considerada cogente.

Predomina o entendimento de que o direito, cujo exercício regular autoriza a exclusão da ilicitude, deve estar previsto em lei. José Frederico Marques, contudo, sustenta a possibilidade de o fato típico ser justificado pelo direito consuetudinário. São suas palavras:

O “costume” legítima também certas ações ou fatos típicos. É disto um exemplo o trote acadêmico em que as violências, injúrias e constrangimentos que os veteranos praticam contra os noviços, não se consideram atos antijurídicos em face do direito penal, porque longo e reiterado costume consagra o “trote” como instituição legítima.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Nesse sentido: STJ: RHC 16.146/SP, rel. Min. Gilson Dipp, 5.ª Turma, j. 23.06.2004.

<sup>4</sup> RHC 11.324/SP, rel. Min. José Arnaldo de Fonseca, 5.ª Turma, j. 02.10.2001.

<sup>5</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. II, p. 179.

## 25.6. DISTINÇÕES ENTRE ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL E EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

Em que pese serem causas legais de exclusão da ilicitude, as diferenças são nítidas e podem ser esquematicamente apresentadas:

Distinções	Estrito cumprimento de dever legal	Exercício regular do direito
Natureza	<b>Compulsória:</b> o agente está obrigado a cumprir o mandamento legal.	<b>Facultativa:</b> o ordenamento jurídico autoriza o agente a agir, mas a ele pertence a opção entre exercer ou não o direito assegurado.
Origem	O dever de agir tem origem na lei, direta ou indiretamente.	O direito cujo exercício se autoriza pode advir da lei, de regulamentos, e, para alguns, inclusive dos costumes.

## 25.7. LESÕES EM ATIVIDADES ESPORTIVAS

A prática de determinadas atividades esportivas pode resultar em lesões corporais, e, excepcionalmente, até mesmo na morte de seus praticantes. É o que ocorre em vários esportes, tais como futebol, boxe, artes marciais etc.

O fato típico decorrente da realização de um esporte, desde que respeitadas as regras regulamentares emanadas de associações legalmente constituídas e autorizadas a emitir provisões internas, configura exercício regular de direito, afastando a ilicitude, porque o esporte é uma atividade que o Estado não somente permite, mas incentiva a sua prática.

Todavia, se o fato típico cometido pelo agente resultar da violação das regras esportivas, notadamente por ultrapassar seus limites, o excesso implicará na responsabilidade pelo crime, doloso ou culposo. Exemplo: o jogador de futebol que, depois de sofrer uma falta do adversário, passa a agredi-lo com inúmeros socos e pontapés, matando-o, deve suportar ação penal por homicídio doloso.

## 25.8. INTERVENÇÕES MÉDICAS OU CIRÚRGICAS

A atividade médica ou cirúrgica é indispensável para a sociedade, e, por esse motivo, regulamentada pelo Poder Público, exigindo-se habilitação técnica, atestada por órgãos oficiais, para o seu adequado exercício. Exemplificativamente, o médico que efetua uma cirurgia plástica está acobertado pelo exercício regular de direito.

Mas, para caracterização da excludente, é indispensável o consentimento do paciente, ou, quando incapaz ou impossibilitado de fazê-lo, de quem tenha qualidade para representá-lo, pois em caso contrário estará delineado o crime de constrangimento ilegal (CP, art. 146).

No caso de cirurgia para salvar o paciente de iminente risco de vida, estará o médico resguardado tanto pelo exercício regular de direito como pelo estado de necessidade, dispensando-se, nesse último caso, o consentimento da pessoa submetida ao serviço cirúrgico.

Flávio Augusto Monteiro de Barros explica que a intervenção médica ou cirúrgica caracteriza estado de necessidade em duas hipóteses: (1) quando o leigo, na ausência absoluta do médico, realiza ato de medicina, para salvar a vida ou saúde de outrem de perigo atual e inevitável; e (2) quando o médico executa a medicina contra a vontade do paciente ou de seu representante legal para salvá-lo de iminente perigo de vida (art. 146, § 3.º, I, do CP).<sup>6</sup>

No tocante às pessoas que se filiam à religião “testemunhas de Jeová”, e analisando a questão sob o prisma estritamente jurídico, é legítima a atuação do médico que, independentemente de autorização judicial, efetua a transmissão de sangue para salvar a vida do paciente, ainda que sem a sua autorização (se consciente e plenamente capaz) ou contra a vontade de seus familiares (se inconsciente ou incapaz). Com efeito, o direito à vida deve sobrepor-se às posições religiosas.

A propósito, dispõe a deliberação do Conselho Regional de Medicina de São Paulo, de 1974: “a) se paciente grave, inconsciente e desacompanhado de familiares precisar de transfusão de sangue, ela deve ser feita sem demora; b) se paciente grave, inconsciente e acompanhado de parente que impeça a transfusão, o médico deve esclarecê-lo de sua necessidade e, havendo relutância, recorrer à autoridade policial e judicial; e c) se paciente lúcido se negar à transfusão, deve assinar termo de responsabilidade perante autoridade policial ou judicial, e o médico deve tentar tratamento alternativo”. Nesse caso, portanto, coexiste o estado de necessidade de terceiro (proteção da vida humana), o exercício regular de direito (desempenho de profissão autorizada e incentivada pelo Estado) e o estrito cumprimento de dever legal (o médico precisa cumprir a deliberação emanada do Conselho a que pertence).

## 25.9. OFENDÍCULAS

Também chamadas de **ofendículos** ou **ofensáculos**, têm origem nos práticos do Direito que utilizaram a palavra para indicar a prevenção de qualquer ordem apta para ofender. Apontam-se comumente alguns engenhos mecânicos, como o arame farpado, a cerca elétrica e cacos de vidro sobre muros.

<sup>6</sup> BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal*. Parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 343.

Cuida-se de meios defensivos utilizados para a proteção da propriedade e de outros bens jurídicos, tais como a segurança familiar e a inviolabilidade do domicílio. O titular do bem jurídico prepara previamente o meio de defesa, quando o perigo ainda é remoto e incerto, e o seu funcionamento somente se dá em face de uma agressão atual ou iminente.

Devem ser visíveis: funcionam como meio de advertência, e não como forma oculta para ofender terceiras pessoas.

Há duas posições em doutrina acerca da espécie de excludente configurada pelas ofendículas:

1) Sebastián Soler, Vincenzo Manzini, Giuseppe Bettiol e Aníbal Bruno se filiam à tese que sustenta tratar-se de **exercício regular de direito**.

Nesse sentido, é importante destacar o art. 1.210, § 1.º, do Código Civil:

O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

2) José Frederico Marques, Magalhães Noronha e Costa e Silva situam o assunto como **legítima defesa preordenada**, alegando o último que, se o aparelho está disposto de modo que só funcione no momento necessário e com a proporcionalidade a que o proprietário era pessoalmente obrigado, nada impede a aplicação da legítima defesa.<sup>7</sup>

## 25.10. MEIOS MECÂNICOS PREDISPOSTOS DE DEFESA DA PROPRIEDADE

São assim compreendidos os **aparelhos ocultos** que possuem a mesma finalidade das ofendículas. Exemplo: espingarda com barbante ligando seu gatilho à fechadura de uma porta, a qual, se aberta, acarreta no disparo da arma de fogo.

Por serem escondidos, normalmente acarretam em excesso punível, doloso ou culposo.

## 25.11. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO E UTILIZAÇÃO DE CADAVER PARA ESTUDOS E PESQUISAS CIENTÍFICAS

A Lei 8.501/1992 permite a utilização de cadáver não reclamado junto às autoridades públicas para estudos e pesquisas científicas, desde que respeita-

<sup>7</sup> COSTA E SILVA, A. J. da, *Código penal anotado*. São Paulo: RT, 1943. v. I, p. 171-172.



dos os requisitos por ela previstos: deve ter transcorrido o prazo mínimo de 30 dias entre a data da morte e a do pedido de uso; a utilização do cadáver deve ser realizada por escolas de medicina; o cadáver não pode resultar de ação criminosa; e o cadáver não pode ter qualquer tipo de documentação, ou, quando identificado, não existirem informações sobre parentes ou responsáveis legais.

Nesse caso, estará afastado eventual crime de vilipêndio ou destruição de cadáver por parte dos responsáveis pelas escolas de medicina, bem como dos estudiosos, em razão do exercício regular de direito.

### 25.12. QUESTÃO

1. (180.º Juiz de Direito – TJ/SP 2007) Um ladrão pula o muro de uma casa para furtar. É morto, todavia, por ataque de cães bravios. Em tais condições, o proprietário da casa
- (A) deve ser inocentado por legítima defesa preordenada.
  - (B) responde por homicídio culposo.
  - (C) deve ser inocentado, pela excludente de estado de necessidade.
  - (D) responde por homicídio doloso.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

Obs.: Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no site [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

## EXCESSO

Sumário: 26.1. Introdução – 26.2. Dispositivo legal e alcance – 26.3. Conceito – 26.4. Espécies: 26.4.1. Doloso, culposo, acidental ou exculpante; 26.4.2. Intensivo e extensivo – 26.5. Legítima defesa e excesso – 26.6. Exemplo de quesitos em crime de competência do Tribunal do Júri, incluindo o excesso – 26.7. Questões.

### 26.1. INTRODUÇÃO

O Código Penal, atendendo a princípios de bom-senso e de justiça, estabelece em seu art. 23 causas gerais de exclusão da ilicitude, colocando em relação a cada uma delas os seus exatos limites.

Quando, porém, o agente ultrapassar as barreiras necessárias na prática do fato típico, cuja ilicitude a eximente apaga, há excesso, seja no tocante à situação de necessidade, à agressão repelida, ao dever legal, ou, ainda, ao exercício do direito.

### 26.2. DISPOSITIVO LEGAL E ALCANCE

Depois de apresentar as causas de exclusão da ilicitude, estatuí o art. 23 do Código Penal, em seu parágrafo único: “O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”.

A expressão “em qualquer das hipóteses deste artigo” indica a penalização do excesso, doloso ou culposo, em todas as causas legais genéricas de exclusão da ilicitude.

No estado de necessidade, o excesso recai na expressão “nem podia de outro modo evitar” (CP, art. 24): age com excesso aquele que, para afastar a situação de perigo, utiliza meios dispensáveis e sacrifica bem jurídico alheio.

Exemplo: “A”, para fugir do ataque de um cão que o persegue, destrói o vidro de um veículo para nele se abrigar, quando podia, simplesmente, homiziá-lo em uma casa que tinha à sua disposição.

Na **legítima defesa**, o excesso se consubstancia no emprego de meios desnecessários para repelir a injusta agressão, atual ou iminente, ou, quando necessários, os emprega imoderadamente.

No **estrito cumprimento do dever legal**, o excesso resulta da não observância, pelo agente, dos limites determinados pela lei que lhe impõe a conduta consistente em um fato típico. Exemplo: o policial que cumpre um mandado de prisão pode se valer da força física para conter o sujeito procurado pela Justiça. Age em excesso, contudo, quando agride quem já se encontra preso e não mais representa perigo à sua atuação.

No **exercício regular de direito**, finalmente, o excesso decorre do exercício abusivo do direito consagrado pelo ordenamento jurídico. Exemplo: o pai tem o direito de corrigir o comportamento do filho, inclusive com castigos físicos moderados. Se ultrapassar o limite legal, lesionando desnecessariamente seu filho, responde pelo excesso.

Antes da Reforma da Parte Geral pela Lei 7.209/1984, o Código Penal, no antigo art. 21, parágrafo único, admitia somente o excesso culposo na legítima defesa.

## 26.3. CONCEITO

Excesso é a **desnecessária intensificação** de um fato típico inicialmente amparado por uma causa de justificação.

Pressupõe, portanto, uma excludente da ilicitude, a qual desaparece em face de o agente desrespeitar os seus limites legalmente previstos, suportando a punição pelas abusivas e inúteis lesões provocadas ao bem jurídico penalmente tutelado. Exemplo: a pessoa que, agredida fisicamente, sem risco de vida, defende-se moderadamente, provocando lesões no ofensor, age em legítima defesa e fica livre da atuação do Direito Penal. Se, todavia, matar o seu agressor, desnecessariamente, por não usar moderadamente os meios necessários para a defesa, responde por homicídio (excesso).

## 26.4. ESPÉCIES

### 26.4.1. Doloso, culposo, acidental ou exculpante

**Doloso**, ou consciente, é o excesso voluntário e proposital. O agente quer ultrapassar os parâmetros legais, sabendo que assim agindo praticará um delito de natureza dolosa, e por ele responderá como crime autônomo.

**Culposo**, ou **inconsciente**, é o excesso resultante de imprudência, negligência ou imperícia (modalidades de culpa). O agente responde pelo crime culposo praticado.

**Acidental**, ou **fortuito**, é a modalidade que se origina de caso fortuito ou força maior, eventos imprevisíveis e inevitáveis. Cuida-se de excesso penalmente irrelevante.<sup>1</sup>

**Exculpante** é o excesso decorrente da profunda alteração de ânimo do agente, isto é, medo ou susto provocado pela situação em que se encontra. Exemplo: depois de tomar conhecimento de que está jurado de morte em sua faculdade, "A" começa a andar armado, visando se defender em caso de agressão injusta. Em determinada ocasião, é abordado em local ermo e escuro por duas pessoas desconhecidas, e, assustado, contra elas efetua repentinamente disparos de arma de fogo, matando-as. Toma conhecimento, posteriormente, que as vítimas queriam apenas convidá-lo para uma festa.

Essa espécie de excesso encontra certa dose de rejeição pela doutrina e pela jurisprudência. Os concursos para ingresso no Ministério Público, em geral, não reconhecem essa tese, sob a alegação de que não possui amparo legal, e, por ser vaga, levaria muitas vezes à impunidade.

Há entendimentos, contudo, no sentido de que o excesso exculpante exclui a culpabilidade, em razão da inexigibilidade de conduta diversa. A propósito, com a rubrica "excesso escusável", dispõe o art. 45, parágrafo único, do Decreto-lei 1.001/1969 – Código Penal Militar: "Não é punível o excesso quando resulta de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação".

Veja-se também que o art. 20, § 6.º, do Código Penal Espanhol eleva o medo, dependendo da situação, à condição de causa de exclusão da culpabilidade.

#### 26.4.2. Intensivo e extensivo

**Excesso intensivo** ou **próprio** é o que se verifica quando ainda estão presentes os pressupostos das causas de exclusão da ilicitude. É o caso do agente que, no contexto de uma agressão injusta, defende-se de forma desproporcional. Há superação dos limites traçados pela lei para a justificativa, e o excesso assume um perfil ilícito.

São desse posicionamento, a título ilustrativo, Francisco de Assis Toledo, Néelson Hungria e Alberto Silva Franco, para quem, citando Mir Puig:

Assim, enquanto no excesso *intensivo* há um excesso em sua virtualidade lesiva, ou melhor, um excesso no qual o agente sobrepassa os limites impostos pela necessidade ou pela proporcionalidade, no excesso *extensivo* há um excesso na duração da defesa, isto é, a defesa se prolonga por mais tempo do

<sup>1</sup> FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui; MARREY, Adriano. *Teoria e prática do júri*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 489.

que o da duração da atualidade da agressão: reage-se frente a uma agressão que, a rigor, *deixou de existir*.<sup>2</sup>

Para os adeptos desse posicionamento, o excesso extensivo é, em verdade, um crime autônomo, situado fora do contexto fático da excludente da ilicitude. A situação pode ser dividida em duas etapas: (1) aquela em que estavam presentes os pressupostos da justificativa; e (2) uma posterior, na qual a excludente já estava encerrada, em que o agente pratica outro delito, desvincilhado da situação anterior.

**Excesso extensivo ou impróprio**, ao contrário, é aquele em que não estão mais presentes os pressupostos das causas de exclusão da ilicitude: não mais existe a agressão ilícita, encerrou-se a situação de perigo, o dever legal foi cumprido e o direito foi regularmente exercido. Em seguida, o agente ofende bem jurídico alheio, respondendo pelo resultado dolosa ou culposamente produzido.

Filiam-se a essa vertente, dentre outros, E. Magalhães Noronha e Celso Delmanto, que exemplifica:

Ao defender-se de injusta agressão, o sujeito põe seu contendor desacordado e gravemente ferido; após este estar caído ao solo, ainda lhe causa mais uma lesão leve. Embora a lesão grave esteja acobertada pela justificativa, a posterior lesão leve foi excessiva e será punida por dolo, caso a intenção tenha sido provocá-la; ou por culpa, se decorrente da falta de cuidado do agente.<sup>3</sup>

## 26.5. LEGÍTIMA DEFESA E EXCESSO

Nada obstante seja admitido em relação a todas as causas genéricas de exclusão da ilicitude (CP, art. 23, parágrafo único), é mais comum a configuração do excesso na legítima defesa.

E nessa eximente, com a adoção do **excesso intensivo ou próprio**, a intensificação desnecessária da conduta inicialmente justificada pode ocorrer em três hipóteses, a teor do previsto no art. 25 do Código Penal:

- 1) o agente usa meio desnecessário;
- 2) o agente usa imoderadamente o meio necessário; ou
- 3) o agente usa, imoderadamente, meios desnecessários.

<sup>2</sup> FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rul. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. Parte geral. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. v. 1, p. 372.

<sup>3</sup> DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 3. ed. 8.ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 45.

**26.6. EXEMPLO DE QUESITOS EM CRIME DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI, INCLUINDO O EXCESSO**

No julgamento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, e aqui tomaremos como exemplo um homicídio simples (CP, art. 121, *caput*), em que se alega como tese absolutória a legítima defesa, os quesitos serão formulados da seguinte forma:<sup>4</sup>

- 1) Os ferimentos descritos no exame necroscópico de fls. 30 foram a causa da morte de José Carlos da Silva?
- 2) O acusado Pedro dos Santos, no dia 10 de janeiro de 2008, por volta das 22 horas, na Rua 15 de novembro, n. 18, Centro, na cidade e comarca de São Paulo, efetuou disparos de arma de fogo contra a vítima, provocando-lhe esses ferimentos?
- 3) O jurado absolve o acusado?

O primeiro quesito relaciona-se com a materialidade do fato, e o segundo diz respeito à autoria ou participação no crime (CPP, art. 483, I e II). A resposta negativa, de mais de 3 (três) jurados, a qualquer desses quesitos encerra a votação e implica a absolvição do acusado (CPP, art. 483, § 1.º).

Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os dois primeiros quesitos, será formulado um terceiro, com a seguinte redação: “O jurado absolve o acusado?” (CPP, art. 483, § 2.º).

Destarte, todas as teses defensivas pertinentes à absolvição, exceto as relativas à materialidade do fato e à autoria ou participação, devem ser sopesadas pelos jurados quando da votação do terceiro quesito, aí se incluindo as causas de exclusão da ilicitude, tal como a legítima defesa. Portanto, se os jurados desejarem reconhecer a excludente, é necessária a resposta “sim”, absolvendo o réu.

Nesse caso, ao contrário do que ocorria anteriormente à reforma do rito do Tribunal do Júri pela Lei 11.689/2008, somente será permitida a quesitação do **excesso culposo**, e desde que requerido expressamente pela defesa. Com efeito, atualmente os jurados se limitam a absolver o acusado (terceiro quesito), não se sabendo por qual motivo, isto é, se pelas razões alegadas pela defesa ou por outro fundamento qualquer (exemplo: absolvição por piedade ou por não acreditar na ressocialização pelo sistema prisional).

E, se responderem afirmativamente ao terceiro quesito, o réu estará definitivamente absolvido. Em outras palavras, decidiram os jurados que o acusado deve ficar livre da punição estatal, não se podendo falar em ex-

<sup>4</sup> A sistemática do Tribunal do Júri, incluindo todo o seu procedimento, foi substancialmente alterada pela Lei 11.689/2008.

cesso doloso. Logo, o excesso doloso não poderá ser objeto de um quarto quesito. Se foi absolvido, é porque não houve excesso. Além disso, estatui o art. 483, § 3.º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.689/2008: “Decidindo os jurados pela condenação, o julgamento prossegue (...)”.

Fica claro, portanto, que se os jurados decidirem pela condenação, será possível a indagação do excesso culposo. Como diz a lei, “o julgamento prossegue”. Em síntese, o Conselho de Sentença acolheu a tese sustentada pela acusação, inclusive o excesso doloso, que jamais será alegado pela defesa.

Por outro lado, se os jurados decidirem pela absolvição, a votação estará encerrada, isto é, a eles não poderá ser endereçado mais nenhum outro quesito, nem mesmo no tocante ao excesso doloso. De fato, a interpretação do dispositivo legal permite a conclusão de que, nessa hipótese, “o julgamento não prossegue”. O réu está absolvido e nada mais há a discutir.

Se, porém, a defesa sustentar a legítima defesa, como tese principal, e **subsidiariamente o excesso culposo**, e o réu for condenado no terceiro quesito, isto é, restar rejeitada a legítima defesa, o juiz deverá continuar a votação para que o júri decida se houve ou não excesso culposo (“o julgamento prossegue”). Essa indagação deverá ser feita logo após o terceiro quesito, uma vez que o acolhimento da referida tese importa desclassificação para crime culposo. Exemplo: “4) Ao efetuar os disparos de arma de fogo quando a vítima já se encontrava caída, o acusado excedeu culposamente os limites da legítima defesa?”.

Negada pelos jurados a ocorrência de excesso culposo, será o caso de condenação por crime doloso, passando-se à votação dos demais quesitos, se for o caso, na forma prevista no art. 483, § 3.º, do Código de Processo Penal. De fato, se os jurados não absolveram o acusado quando alegada a legítima defesa, e também afastaram o excesso culposo, é porque entenderam tratar-se de crime praticado a título de dolo.

## 26.7. QUESTÕES

### 1. (OAB/PR 08 – 2003) Assinale a alternativa correta.

- (A) O excesso na legítima defesa cometido sob o domínio de medo-pânico traduz hipótese de inexigibilidade de conduta diversa.
- (B) O erro sobre pressuposto fático de excludente, perante a teoria limitada da culpabilidade, leva à absolvição por erro de proibição.
- (C) O partícipe que contribui para o crime incorrendo em erro invencível é punido por culpa, ainda que o executor venha a responder por dolo.
- (D) O vigente código penal brasileiro, acerca do tratamento das hipóteses de erro, adotou a teoria extrema da culpabilidade.

2. (OAB/MS 78.º) Sobre o excesso em legítima defesa, em hipótese de homicídio simples, pode-se afirmar que:
- (A) o excesso doloso gera a condenação do agente à pena de 1 a 3 anos de detenção.
  - (B) o excesso culposo pode decorrer, tanto da utilização de meios desnecessários quanto da falta de moderação na utilização desses meios.
  - (C) mesmo sendo reconhecido o excesso culposo, o réu poderá ser absolvido.
  - (D) o reconhecimento do excesso doloso não afasta a excludente da legítima defesa.
3. (Defensoria Pública da União – CESPE/2010) Acerca das causas excludentes da ilicitude, julgue o próximo item.

A responsabilidade penal do agente nos casos de excesso doloso ou culposo aplica-se às hipóteses de estado de necessidade e legítima defesa, mas o legislador, expressamente, exclui tal responsabilidade em casos de excesso decorrente do estrito cumprimento de dever legal ou do exercício regular de direito.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

**Obs.:** Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no site [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).



## CULPABILIDADE

Sumário: 27.1. Introdução – 27.2. Conceito – 27.3. Culpabilidade pelo fato – 27.4. Fundamento da culpabilidade – 27.5. Evolução do conceito de culpabilidade: 27.5.1. Teoria psicológica; 27.5.2. Teoria normativa ou psicológico-normativa; 27.5.3. Teoria normativa pura, extrema ou estrita; 27.5.4. Teoria limitada; 27.6. Teoria adotada pelo Código Penal – 27.7 Teoria funcional da culpabilidade – 27.8. Tipo positivo o tipo negativo de culpabilidade – 27.9. Coculpabilidade – 27.10. Culpabilidade formal e culpabilidade material – 27.11. Graus de culpabilidade – 27.12. Dirimentes – 27.13. Questões.

### 27.1. INTRODUÇÃO

Em uma concepção clássica, causalista, causal ou mecanicista da conduta, dolo e culpa se alojam no interior da culpabilidade. Destarte, com a finalidade de evitar a responsabilidade penal objetiva, a **culpabilidade é elemento do crime**. Portanto, em um sistema causalista, o conceito analítico do crime é necessariamente tripartido.

Em suma, crime, na visão clássica da conduta, é obrigatoriamente:

**“Fato típico e ilícito, praticado por agente culpável”.**

Em uma ótica finalista, por outro lado, o dolo e a culpa foram retirados da culpabilidade (“**culpabilidade vazia**”) e transferidos para o interior da conduta. Esse fenômeno possibilitou analisar o crime, no campo analítico, por dois critérios distintos: tripartido e bipartido.

No conceito tripartido, crime é também o fato típico e ilícito, praticado por agente culpável.

A culpabilidade continua a constituir-se em elemento do crime. Diferença, todavia, da visão clássica, porque agora o dolo e a culpa, vale repetir, encontram-se na conduta, e não mais na culpabilidade.

Por sua vez, de acordo com o conceito **bipartido**, crime é o fato típico e ilícito. A culpabilidade deixa de funcionar como elemento constitutivo do crime, e passa a ser compreendida como **pressuposto de aplicação da pena**.

Logo, no **sistema finalista** o crime pode ser definido como:

- 1) **Conceito tripartido**: fato típico e ilícito, praticado por agente culpável, sendo a culpabilidade elemento do crime; ou
- 2) **Conceito bipartido**: fato típico e ilícito: a culpabilidade não integra o crime, mas funciona como pressuposto para aplicação da pena.<sup>1</sup>

Fica claro, pois, que somente para a teoria finalista da conduta o conceito analítico de crime pode ser tripartido ou bipartido. Para os seguidores do sistema clássico ou causal, o crime deve ser analisado, obrigatoriamente, em um conceito tripartido, sob pena de configuração da responsabilidade penal objetiva.

**Adotamos um conceito finalista bipartido: crime é o fato típico e ilícito.**

## 27.2. CONCEITO

**Culpabilidade** é o juízo de censura, o juízo de reprovabilidade que incide sobre a formação e a exteriorização da vontade do responsável por um fato típico e ilícito, com o propósito de aferir a necessidade de imposição de pena.

Cuida-se, assim, de **pressuposto de aplicação da pena**.

Nunca se esqueça, contudo, que a culpabilidade pode ser tratada como elemento do crime, tanto para um simpatizante da teoria clássica da conduta, como também para um partidário do sistema finalista, desde que se adote um conceito tripartido de crime.

<sup>1</sup> Esse conceito já foi inclusive adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Nesses termos: Ext 932/Itália, decisão monocrática do Min. Joaquim Barbosa, j. 18.03.2005.

### 27.3. CULPABILIDADE PELO FATO

Em um Estado Democrático de Direito deve imperar um direito penal do fato, e jamais um direito penal do autor, conforme mencionamos no capítulo 2, item 2.2.16 desta obra.

Com efeito, o Direito Penal deve se preocupar com a punição de autores de fatos típicos e ilícitos, e não em rotular pessoas.

Assim sendo, o juízo de culpabilidade recai sobre o autor para analisar se ele deve ou não suportar uma pena em razão do **fato cometido**, isto é, como decorrência da prática de uma infração penal. O agente é punido em razão do comportamento que realizou ou deixou de realizar, e não pela condição de ser quem ele é.

### 27.4. FUNDAMENTO DA CULPABILIDADE

É a culpabilidade que diferencia a conduta do ser humano normal e apto ao convívio social, dotado de conhecimento do caráter ilícito do fato típico livremente cometido, do comportamento realizado por portadores de doenças mentais, bem como de pessoas com desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e também dos atos de seres irracionais ou de pessoas que não possuem consciência do caráter ilícito do fato típico praticado ou não têm como agir de forma diversa. Aqueles devem ser punidos, pois tinham a possibilidade de respeitar o sistema jurídico e evitar resultados ilícitos; estes não.

Consequentemente, a análise da presença ou não da culpabilidade leva em conta o **perfil subjetivo** do agente, e não a figura do homem médio, reservado ao fato típico e à ilicitude.

### 27.5. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE

O Código Penal não apresenta e jamais apresentou o conceito de culpabilidade. Essa tarefa é da doutrina, que ao longo dos tempos formulou diversas teorias. Vejamos.

#### 27.5.1. Teoria psicológica

Para essa teoria, idealizada por **Franz von Liszt** e **Ernst von Beling** e intimamente relacionada ao desenvolvimento da teoria clássica da conduta, o **pressuposto fundamental** da culpabilidade é a **imputabilidade**, compreendida

como a capacidade do ser humano de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A culpabilidade, que tem como pressuposto a imputabilidade, é definida como o **vínculo psicológico** entre o sujeito e o fato típico e ilícito por ele praticado. Esse vínculo pode ser representado tanto pelo **dolo** como pela **culpa**.

Dolo e culpa são **espécies da culpabilidade**, pois são as formas concretas pelas quais pode se revelar o vínculo psicológico entre o autor e a conduta praticada. Além disso, o dolo é **normativo**, ou seja, guarda em seu interior a consciência da ilicitude (ver capítulo 12, item 12.4).

E se a imputabilidade é pressuposto da culpabilidade, somente se analisa a presença do dolo ou da culpa se o agente for imputável, isto é, maior de 18 anos de idade e mentalmente sadio.

Essa teoria somente é aplicável no campo da **teoria clássica da conduta**, em que o dolo e a culpa integram a culpabilidade.

Dentre as principais críticas a ela endereçadas podem ser destacadas a impossibilidade em resolver as situações de **inexigibilidade de conduta diversa**, notadamente a coação moral irresistível e a obediência hierárquica à ordem não manifestamente ilegal. Nesses casos o sujeito age com dolo, mas o crime não pode ser a ele imputado, pois somente é punido o autor da coação ou da ordem (CP, art. 22).

Também não consegue explicar a culpa inconsciente (sem previsão), pois aqui não existe nenhum vínculo psicológico entre o autor e o fato por ele praticado, que sequer foi previsto.

Essa teoria não é atualmente aceita, pois a culpabilidade não pode ser um mero e frágil vínculo psicológico. Existem outros fatores que devem ser utilizados para a sua constatação, o que não se admite no contexto da teoria psicológica. Confirmam-se dois clássicos exemplos fornecidos por Reinhart Frank:<sup>2</sup>

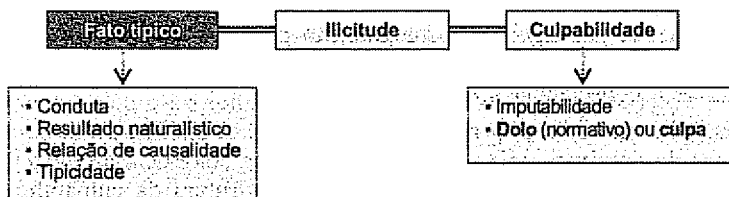
- 1) Um carteiro, assolado pela custosa enfermidade de sua esposa, reforçada pelas necessidades vitais insatisfeitas de sua numerosa prole, apropria-se de valores alheios; e
- 2) O caixa de um banco se apropria de igual numerário, com o objetivo de agradar suas amantes consumistas, já habituadas a receber presentes luxuosos.

Com a aplicação da teoria psicológica, seria forçoso reconhecer que ambos são imputáveis e atuaram dolosamente. E, configurada a culpabilidade,

<sup>2</sup> FRANK, Reinhart. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 28.

ao carteiro e ao caixa bancário devem ser impostas iguais penas, conclusão que imediatamente deve ser rechaçada por postulados de equidade e de justiça, pois enquanto o último agiu por mero luxo e prazer, do primeiro era inexigível conduta diversa.

São elementos do crime na órbita da teoria psicológica da culpabilidade:



### 27.5.2. Teoria normativa ou psicológico-normativa

Surge em 1907, com a proposta de **Reinhart Frank**, a teoria normativa, relacionando a culpabilidade com a exigibilidade de conduta diversa.

A culpabilidade deixa de ser um fenômeno puramente natural, de cunho psicológico, pois a ela se atribui um novo elemento, estritamente **normativo**, inicialmente chamado de **normalidade das circunstâncias concomitantes**, e, posteriormente, de **motivação normal**, atualmente definido como exigibilidade de conduta diversa.

O conceito de culpabilidade assume um perfil complexo, constituído por elementos naturalísticos (vínculo psicológico, representado pelo dolo ou pela culpa) e normativos (normalidade das circunstâncias concomitantes ou motivação normal).

Sua estrutura passa a ser composta por três elementos: **imputabilidade**, **dolo ou culpa** e **exigibilidade de conduta diversa**.

A imputabilidade deixa de ser pressuposto da culpabilidade, para funcionar como seu elemento.

Em resumo, somente é culpável o agente maior de 18 anos de idade e mentalmente sadio (imputabilidade) que age com dolo ou com culpa e que, no caso concreto, podia comportar-se em conformidade com o Direito, é dizer, praticou o crime quando tinha a faculdade de agir licitamente. Afasta-se a culpabilidade quando não se podia exigir do sujeito um comportamento conforme o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a culpabilidade pode ser definida como o juízo de reprovabilidade que recai sobre o autor de um fato típico e ilícito que poderia ter sido evitado.

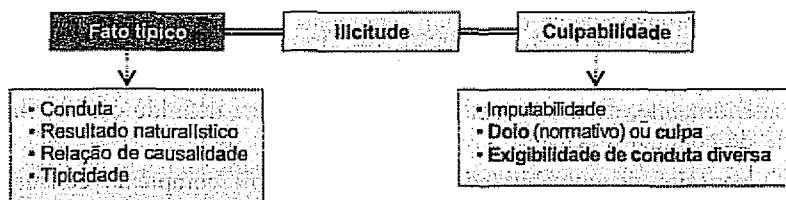
Essa teoria não eliminou da culpabilidade o vínculo psicológico (dolo ou culpa) que une o autor imputável ao fato por ele praticado. Mas a reforçou com a exigibilidade de conduta diversa.

**O dolo permanece normativo:** aloja em seu bojo a consciência da ilicitude, isto é, o conhecimento acerca do caráter ilícito do fato.

Essa teoria representou, á época, um grande avanço frente à teoria psicológica. Soçobrou com a superveniência da teoria finalista, que a fulminou por duas razões principais: (1) manutenção do dolo e da culpa como elementos da culpabilidade; e (2) tratamento do dolo normativo, possuindo em seu interior a consciência atual da ilicitude.

Sua aplicação é restrita ao âmbito da teoria causal (causalista ou mecanicista) da conduta, pois nela o dolo e a culpa compõem a culpabilidade. Mas, como houve uma profunda alteração na estrutura da culpabilidade, e, conseqüentemente, do conceito analítico de crime, alguns autores sustentam que a teoria normativa ou psicológico-normativa inaugurou o sistema neoclássico no Direito Penal, substituindo o sistema clássico caracterizado principalmente pela teoria psicológica da culpabilidade.<sup>3</sup>

Para essa teoria a estrutura do crime é a seguinte:



### 27.5.3. Teoria normativa pura, extrema ou estrita<sup>4</sup>

Essa teoria surge nos idos de 1930, com o finalismo penal de Hans Welzel, e dele é inseparável. Em outras palavras, a adoção da teoria normativa pura da culpabilidade somente é possível em um sistema finalista.

É chamada de normativa pura porque os elementos psicológicos (dolo e culpa) que existiam na teoria psicológico-normativa da culpabilidade, inerente ao sistema causalista da conduta, com o finalismo penal foram transferidos para o fato típico, alojando-se no interior da conduta.

<sup>3</sup> Embora esse período tenha se iniciado com os estudos de Reinhart Frank, em 1907, também se atribui grande importância aos trabalhos de Max Ernst Mayer e Edmund Mezger. A propósito, este último penalista alemão é apontado como o grande nome do sistema neoclássico, em face da publicação de seu "Tratado de Direito Penal". Nesse sentido: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. espanhola Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 2006. t. I, 9.198.

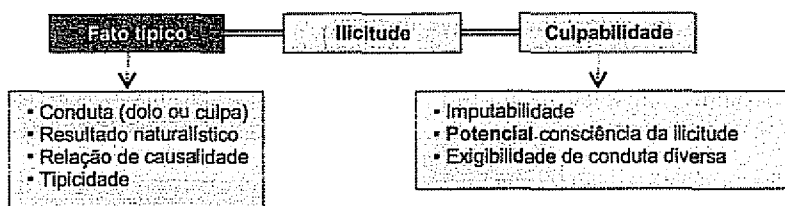
<sup>4</sup> As denominações "extrema" e "estrita" são utilizadas para acentuar a distinção com a teoria limitada da culpabilidade.

Dessa forma, a culpabilidade se transforma em um simples juízo de reprovabilidade que incide sobre o autor de um fato típico e ilícito.

O dolo passa a ser natural, isto é, sem a consciência da ilicitude. Com efeito, o dolo é levado para a conduta, deixando a consciência da ilicitude na culpabilidade. Aquele vai para o fato típico, esta permanece onde estava.

Além disso, a consciência da ilicitude, que no sistema clássico era atual, isto é, deveria estar efetivamente presente no caso concreto, passa a ser potencial, ou seja, bastava tivesse o agente, na situação real, a possibilidade de conhecer o caráter ilícito do fato praticado, com base em um juízo comum.

Portanto, com o acolhimento da teoria normativa pura, possível somente em um sistema finalista, o conceito analítico de crime passa a ser composto pelos seguintes elementos:



Esses elementos constitutivos da culpabilidade estão ordenados hierarquicamente, de tal modo que o segundo pressupõe o primeiro, e o terceiro os dois anteriores. De fato, se o indivíduo é imputável, não pode ter a potencial consciência da ilicitude. E, se não tem a consciência potencial da ilicitude, não lhe pode ser exigível conduta diversa.

#### 27.5.4. Teoria limitada

Na teoria limitada, a culpabilidade é composta pelos mesmos elementos que integram a teoria normativa pura: (1) imputabilidade, (2) potencial consciência da ilicitude e (3) exigibilidade de conduta diversa.<sup>5</sup> Cuida-se, portanto, de uma variante da teoria normativa pura.

Porém, a distinção entre tais teorias repousa unicamente no tratamento dispensado às **descriminantes putativas**.

Nas **descriminantes putativas**, o agente, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação fática ou jurídica que, se existisse, tornaria sua ação legítima.

De acordo com a **teoria normativa pura**, as **descriminantes putativas** sempre caracterizam **erro de proibição**. Por sua vez, para a **teoria limitada**,

<sup>5</sup> Há decisão do Supremo Tribunal Federal nesse sentido: HC 73.097/MS, rel. Min. Mauricio Corrêa, 2.<sup>a</sup> Turma, j. 17.11.1995.

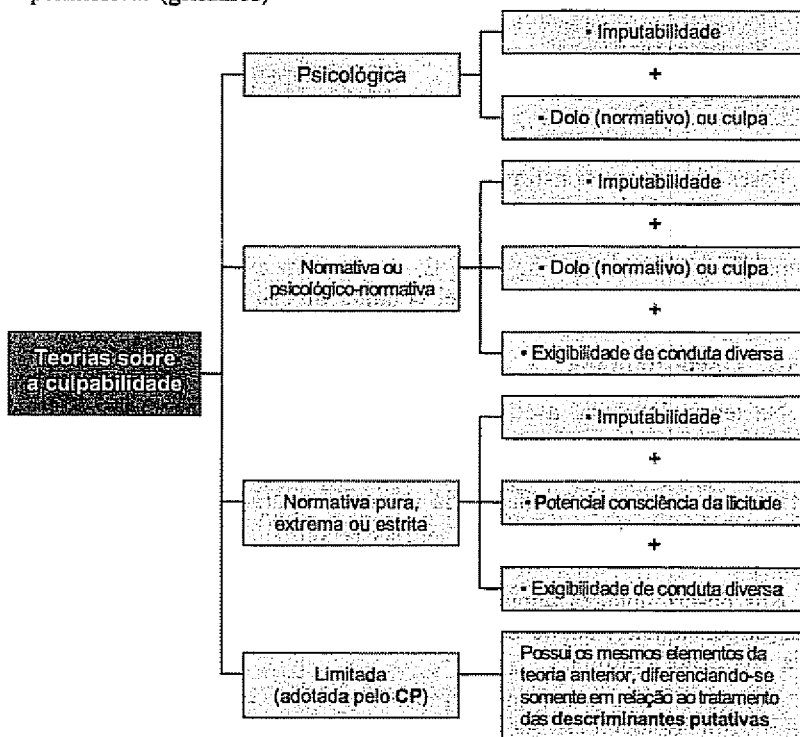
as discriminantes putativas são divididas em dois blocos: (1) de fato, tratadas como erro de tipo (CP, art. 20, § 1.º); (2) de direito, disciplinadas como erro de proibição (CP, art. 21).

## 27.6. TEORIA ADOTADA PELO CÓDIGO PENAL

Em que pese ferrenha discussão doutrinária acerca do assunto, é possível afirmar que o Código Penal em vigor acolheu a **teoria limitada**. É o que se extrai do tratamento do erro (arts. 20 e 21).<sup>6</sup>

Confira-se, a propósito, o item 19 da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal:

Repete o Projeto as normas do Código de 1940, pertinentes às denominadas “discriminantes putativas”. Ajusta-se, assim, o Projeto à **teoria limitada da culpabilidade**, que distingue o erro incidente sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação do que incide sobre a norma permissiva. (grifamos)



<sup>6</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. 13. tir. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 230.



## 27.7. TEORIA FUNCIONAL DA CULPABILIDADE

Uma corrente doutrinária capitaneada por Günther Jakobs sustenta um **conceito funcional de culpabilidade**.

Trata-se de proposta consistente em substituir a culpabilidade fundada em um juízo de reprovabilidade por **necessidades reais ou supostas de prevenção**.<sup>7</sup> Pretende-se que, em vez de questionar se o autor do fato podia atuar de outro modo, pergunte-se: em face das finalidades da pena, é necessário ou não torná-lo responsável pela violação do ordenamento jurídico?

Essa teoria, portanto, retira o elevado valor atribuído ao livre arbítrio do ser humano, e busca vincular o conceito de culpabilidade ao fim de prevenção geral da pena, e também à política criminal do Estado.

A culpabilidade representa uma falta de fidelidade do sujeito no tocante ao ordenamento jurídico, que deve ser a qualquer custo respeitado. Sua autoridade somente se atinge com a reiterada aplicação da norma penal, necessária para alcançar a finalidade de prevenção geral do Direito Penal. Nas palavras de Jakobs:

Pune-se para manter a confiança geral na norma, para exercitar o reconhecimento geral da norma. Com relação a este fim da pena, o conceito de culpabilidade não deve ser orientado tendo em vista o futuro, mas sim o presente, na medida em que o Direito Penal funciona, é dizer, contribui para estabilizar o ordenamento.<sup>8</sup>

## 27.8. TIPO POSITIVO E TIPO NEGATIVO DE CULPABILIDADE

São terminologias também criadas por Günther Jakobs, com o escopo de justificar um **tipo total de culpabilidade**, em sintonia com o seu conceito funcional.

Para ele, a culpabilidade pressupõe o injusto (fato típico e ilícito), e seu autor só é responsável pelo déficit de motivação jurídica se ao tempo do fato era imputável. E o que chama de **tipo positivo de culpabilidade**.<sup>9</sup>

Por sua vez, o **tipo negativo de culpabilidade** refere-se à **inexigibilidade do comportamento**. Assim, ao fato típico e ilícito praticado apenas será atribuída a culpabilidade ao agente quando não tiver atuado com ânimo exculpante ou então em um contexto exculpante.

<sup>7</sup> STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal*. Parte general I. El hecho punible. Trad. Manuel Cancio Meñá e Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires, 2005. p. 275.

<sup>8</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho penal* – Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. espanhola de Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 581.

<sup>9</sup> Idem, *ibidem*, p. 598.

Para o penalista alemão, a obediência à norma é inexigível quando a motivação ilícita do autor imputável, e que não respeita o fundamento de validade da norma, se pode explicar por uma situação que para o autor constitui-se em uma desgraça e que também em geral se pode definir como desgraça, ou então se pode imputá-la a terceira pessoa.<sup>10</sup>

## 27.9 COCULPABILIDADE

Todo ser humano atua em sociedade em circunstâncias determinadas, e com limites de comportamento também determinados.

Como há desigualdades sociais, a personalidade do agente é moldada em consonância com as oportunidades oferecidas a cada indivíduo para orientar-se ou não em sintonia com o ordenamento jurídico. Entra em cena a chamada **coculpabilidade**, assim definida por Zaffaroni e Pierangeli:

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento de reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma “co-culpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar.<sup>11</sup>

Para esses autores, essa carga de valores sociais negativos deve ser considerada, em prol do réu, uma **atenuante inominada**, na forma prevista no art. 66 do Código Penal.

Com efeito, a teoria da coculpabilidade aponta a parcela de responsabilidade social do Estado pela não inserção social e, portanto, devendo também suportar o ônus do comportamento desviante do padrão normativo por parte dos atores sociais sem cidadania plena que possuem uma menor autodeterminação diante das concausas socioeconômicas da criminalidade urbana e rural. O art. 66 do Código Penal brasileiro dá ao juiz uma ferramenta para atenuar a resposta penal à desigualdade social de oportunidades (“a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”).<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Idem, p. 601.

<sup>11</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. v. 1, p. 525.

<sup>12</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: volume 1 – parte geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1.205-1.206.

## 27.10. CULPABILIDADE FORMAL E CULPABILIDADE MATERIAL

**Culpabilidade formal** é a definida em abstrato, ou seja, o juízo de reprovabilidade realizado em relação ao provável autor de um fato típico e ilícito, se presentes os elementos da culpabilidade, no momento em que o legislador incrimina uma conduta. Serve, pois, para o legislador cominar os limites (mínimo e máximo) da pena atribuída a determinada infração penal.

Assim, quando criados dois tipos incriminadores – um crime contra a honra e um crime doloso contra a vida, por exemplo –, o legislador considera formalmente duas culpabilidades: uma maior, para o crime mais grave (doloso contra a vida), e outra mais branda, para o crime contra a honra.

Já a **culpabilidade material** é estabelecida em concreto, dirigida a um agente culpável que cometeu um fato típico e ilícito. Destina-se, portanto, ao magistrado, colaborando com a aplicação concreta da pena.

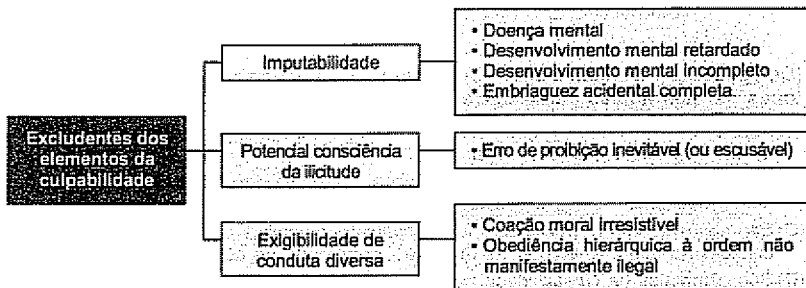
## 27.11. GRAUS DE CULPABILIDADE

A maior ou menor culpabilidade do autor da infração penal constitui-se em circunstância judicial, destinada à dosimetria da pena em compasso com as regras estatuídas pelo art. 59, *caput*, do Código Penal.

Influem, portanto, na quantidade da pena a ser concretamente aplicada.

## 27.12. DIRIMENTES

São assim chamadas as causas de exclusão da culpabilidade. Podem ser sintetizadas pelo gráfico abaixo:



**27.13. QUESTÕES**

1. **(Delegado de Polícia/SP – 2008)** Determinada construção teórica, ao considerar a existência de pessoas que têm um menor âmbito de autodeterminação – assim tendendo ao crime por carências crônicas de fundo social – prega que a reprovação decorrente da prática de uma infração penal seja dirigida conjuntamente ao Estado e ao agente, se verificada, no caso concreto, tal desigualdade de oportunidade de vida. Trata-se da ideia central da
  - (A) coculpabilidade
  - (B) tipicidade conglobante
  - (C) imputação objetiva
  - (D) teoria da confiança
  - (E) teoria dos elementos negativos do tipo
  
2. **(Defensoria Pública da União – CESPE/2010)** A respeito das teorias da culpabilidade, julgue os itens que se seguem.
  - 2.1 Segundo a teoria psicológica da culpabilidade, o dolo e a culpa fazem parte da análise da culpabilidade, e a imputabilidade penal é pressuposto desta.
  - 2.2 Segundo a teoria normativa pura, a fim de tipificar uma conduta, ingressa-se na análise do dolo ou da culpa, que se encontram, pois, na tipicidade, e não, na culpabilidade. A culpabilidade, dessa forma, é um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato típico e antijurídico e sobre seu autor.
  
3. **(43.º Promotor de Justiça – MP/MG)** Com relação à culpabilidade, é incorreto afirmar:
  - (A) A categoria (ou a ideia) de liberdade constituiu-se em um ponto comum entre as teorias da culpabilidade.
  - (B) A concepção finalista da culpabilidade incorpora a ideia de autodeterminação da pessoa, ainda que limitada.
  - (C) A função da responsabilidade, no sistema de CLAUS ROXIN, consiste na comprovação do merecimento ou não da pena pelo autor do delito.
  - (D) De acordo com a teoria funcional, o conceito de culpabilidade é formal e seu conteúdo deverá ser buscado segundo as exigências dos fins da pena.
  - (E) O conceito social de culpabilidade significa a atribuição de responsabilidade com base na reprovabilidade de um ato cometido na vida social de um sistema livre, exigindo a possibilidade do autor de atuar de um modo diferente.
  
4. **(Delegado de Polícia/MG 2007)** Considerando as teorias acerca da culpabilidade, todas as alternativas estão corretas, exceto:
  - (A) Para a teoria normativa, a culpabilidade é constituída pela imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa, dolo e culpa.
  - (B) A teoria social da ação, ao pretender que a ação seja entendida como conduta socialmente relevante, deslocou o dolo e a culpa do tipo para a culpabilidade.
  - (C) São elementos da culpabilidade para a concepção finalista a imputabilidade, a potencial consciência sobre a ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa.
  - (D) São elementos da culpabilidade para a teoria normativa pura a imputabilidade, a consciência potencial da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.



5. (Defensor Público da União – 2004) Acerca do fato típico, julgue o item a seguir.

De acordo com a doutrina naturalista da ação, o dolo tem caráter normativo, sendo necessário que o agente, além de ter consciência e vontade, saiba que a conduta praticada é ilícita.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

**Obs.:** Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no site [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

## IMPUTABILIDADE PENAL

**Sumário:** 28.1. Introdução – 28.2. Conceito – 28.3. Momento para constatação da imputabilidade – 28.4. Sistemas ou critérios para identificação da imputabilidade – 28.5. Causas de imputabilidade – 28.6. Menoridade: 28.6.1. Menor de 18 anos de idade e a emancipação civil; 28.6.2. Redução da maioridade penal; 28.6.3. Crimes permanentes e superveniência da maioridade penal; 28.6.4. Menoridade penal e crimes militares – 28.7. Imputabilidade por doença mental; 28.7.1. Doente mental e intervalos de lucidez – 28.8. Imputabilidade por desenvolvimento mental incompleto – 28.9. Imputabilidade por desenvolvimento mental retardado – 28.10. A perícia médica – 28.11. Efeitos da imputabilidade – 28.12. Imputabilidade diminuída ou restrita: 28.12.1. Dispositivo legal; 28.12.2. Nomenclatura; 28.12.3. Conceito; 28.12.4. Sistema adotado; 28.12.5. Natureza jurídica; 28.12.6. Efeitos – 28.13. Emoção e paixão: 28.13.1. Apontamento histórico; 28.13.2. Introdução e critério utilizado pelo Código Penal; 28.13.3. Emoção e paixão: conceitos e distinções; 28.13.4. Efeitos; 28.13.5. Emoção e paixão patológicas; 28.13.6. Espécies; 28.13.7. Disposições especiais no Código Penal; 28.13.8. A questão do homicídio passional – 28.14. Embriaguez: 28.14.1. Conceito; 28.14.2. Denominação; 28.14.3. Embriaguez crônica ou patológica, ou alcoolismo crônico; 28.14.4. Períodos, fases ou etapas da embriaguez; 28.14.5. Espécies de embriaguez; 28.14.6. Embriaguez acidental completa e medida de segurança; 28.14.7. Prova da embriaguez; 28.14.8. A teoria da *actio libera in causa* – 28.15. Questões.

### 28.1. INTRODUÇÃO

A Parte Geral do Código Penal de 1940, antes da entrada em vigor da Lei 7.209/1984, cuidava dessa disciplina dentro do título “Da responsabilidade”.

Essa opção sempre foi muito criticada, pois a responsabilidade penal não é elemento da culpabilidade, mas sim sua consequência, isto é, um sujeito culpável envolvido em um fato típico e ilícito deve ser punido pelo Estado.

Atualmente, o Título III da Parte Geral do Código Penal cuida, nos arts. 26 a 28, da **imputabilidade penal**.

## 28.2. CONCEITO

A imputabilidade penal é um dos elementos da culpabilidade. Mas qual é o seu conceito?

O Código Penal acompanhou a tendência da maioria das legislações modernas, e optou por não defini-la. Limitou-se a apontar as hipóteses em que a imputabilidade está ausente, ou seja, os casos de **inimputabilidade penal**: art. 26, *caput*, art. 27 e art. 28, § 1.º.

Contudo, as notas características da inimputabilidade fornecem, ainda que indiretamente, o conceito de imputabilidade: é a capacidade mental, inerente ao ser humano de, ao tempo da ação ou da omissão, entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Dessa forma, a imputabilidade penal depende de dois elementos: (1) **intelectivo**: é a integridade biopsíquica, consistente na perfeita saúde mental que permite ao indivíduo o entendimento do caráter ilícito do fato; e (2) **volitivo**: é o domínio da vontade, é dizer, o agente controla e comanda seus impulsos relativos à compreensão do caráter ilícito do fato, determinando-se de acordo com esse entendimento.

Esses elementos devem estar simultaneamente presentes, pois, na falta de um deles, o sujeito será tratado como inimputável.

O Brasil adotou um **critério cronológico**. Toda pessoa, a partir do início do dia em que completa 18 anos de idade, presume-se imputável.

## 28.3. MOMENTO PARA CONSTATAÇÃO DA IMPUTABILIDADE

O art. 26, *caput*, do Código Penal é claro: a imputabilidade deve ser analisada ao tempo da ação ou da omissão. Considera-se, portanto, a **prática da conduta**. Qualquer alteração posterior nela não interfere, produzindo apenas efeitos processuais.<sup>1</sup>

Consequentemente, se ao tempo da conduta o réu era imputável, a superveniência de doença mental não altera esse quadro. O réu deve ser tratado como imputável, limitando-se a nova causa a suspender o processo, até o seu restabelecimento. É o que dispõe o art. 152, *caput*, do Código de Processo Penal.

## 28.4. SISTEMAS OU CRITÉRIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DA INIMPUTABILIDADE

Como já mencionado, ao completar 18 anos de idade todo ser humano presume-se imputável. Essa presunção, todavia, é **relativa** (*iuris tantum*), pois

<sup>1</sup> SILVEIRA, V. César da. *Tratado da responsabilidade criminal*. São Paulo: Saraiva, 1955. v. I, p. 126.

admite prova em contrário. E para a aferição da inimizabilidade existem três sistemas ou critérios:

1) **Biológico:** basta, para a inimizabilidade, a presença de um problema mental, representado por uma doença mental, ou então por desenvolvimento mental incompleto ou retardado. É irrelevante tenha o sujeito, no caso concreto, se mostrado lúcido ao tempo da prática da infração penal para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento. O decisivo é o fator biológico, a formação e o desenvolvimento mental do ser humano. Esse sistema atribui demasiado valor ao laudo pericial, pois se o auxiliar da Justiça apontasse um problema mental, o magistrado nada poderia fazer. Seria presumida a inimizabilidade, de forma absoluta (*iuris et de iure*).

2) **Psicológico:** para esse sistema pouco importa se o indivíduo apresenta ou não alguma deficiência mental. Será inimizável ao se mostrar incapacitado de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Seu inconveniente é abrir espaço para o desmedido arbítrio do julgador, pois competiria exclusivamente ao magistrado decidir sobre a imputabilidade do réu.

3) **Biopsicológico:** resulta da fusão dos dois anteriores: é inimizável quem, ao tempo da conduta, apresenta um problema mental, e, em razão disso, não possui capacidade para entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento. Esse sistema conjuga as atuações do magistrado e do perito. Este (perito) trata da questão biológica, aquele (juiz) da psicológica. A presunção de imputabilidade é relativa (*iuris tantum*): após os 18 anos, todos são imputáveis, salvo prova pericial em sentido contrário revelando a presença de causa mental deficiente, bem como o reconhecimento de que, por tal motivo, o agente não tinha ao tempo da conduta capacidade para entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O Código Penal, em seu art. 26, *caput*, acolheu como regra o sistema **biopsicológico**, ao estabelecer que:

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.

Excepcionalmente, entretanto, foi adotado o sistema **biológico** no tocante aos menores de 18 anos (CF, art. 228, e CP, art. 27).

## 28.5 CAUSAS DE INIMPUTABILIDADE

O Código Penal apresenta como causas de inimizabilidade:



- menoridade (art. 27);
- doença mental (art. 26, *caput*);
- desenvolvimento mental incompleto (arts. 26, *caput*, e 27);
- desenvolvimento mental retardado (art. 26, *caput*); e
- embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior (art. 28, § 1.º).

## 28.6. MENORIDADE

Em relação aos menores de 18 anos de idade adotou-se o sistema biológico para a constatação da inimputabilidade.

Tais pessoas, independentemente da inteligência, da perspicácia e do desenvolvimento mental, são tratadas como inimputáveis. Podem, inclusive, ter concluído uma faculdade ou já trabalharem com anotação em carteira de trabalho e previdência social. A presunção de inimputabilidade é **absoluta** (*iuris et de iure*), decorrente do art. 228 da Constituição Federal<sup>2</sup> e do art. 27 do Código Penal,<sup>3</sup> e não admite prova em sentido contrário.

Nos termos da Súmula 74 do Superior Tribunal de Justiça, a prova da menoridade deve ser feita por documento hábil. Esse documento pode, mas não deve ser necessariamente a certidão de nascimento. Serve qualquer documento de identidade, certidão de batismo, carteira escolar etc.

### 28.6.1. Menor de 18 anos de idade e a emancipação civil

O menor de 18 anos civilmente emancipado continua, no campo penal, inimputável. A capacidade ou incapacidade civil não se confunde com a imputabilidade penal.<sup>4</sup>

### 28.6.2. Redução da maioridade penal

Muito se discute sobre a possibilidade da diminuição da maioridade penal, e qual seria o instrumento necessário para tanto, visando considerar imputáveis as pessoas a partir de idade inferior a 18 anos. Recorde-se que os menores de 18 anos são inimputáveis por expressão determinação constitucional (art. 228). Sobre o assunto há duas posições:

- 1) A redução da maioridade penal somente seria possível com o advento de uma nova Constituição Federal, fruto do Poder Constituinte Ori-

<sup>2</sup> "São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial".

<sup>3</sup> "Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial".

<sup>4</sup> STF: HC 101.930/MG, rel. Min. Cármen Lúcia, 1.ª Turma, j. 27.04.2010; noticiado no *Informativo* 584.

ginário. A maioria penal constitui-se em cláusula pétrea implícita, referente ao direito fundamental de todo menor de 18 anos de não ser processado, julgado e condenado pela Justiça comum.

- 2) É suficiente uma emenda constitucional, por não se tratar de cláusula pétrea, mas de norma constitucional inserida no capítulo inerente à família, à criança, ao adolescente e ao idoso. A propósito, tramita no Senado Federal proposta de emenda constitucional nesse sentido (PEC 26/2002).

### 28.6.3. Crimes permanentes e superveniência da maioria penal

Crimes permanentes são aqueles em que a consumação se prolonga no tempo, por vontade do agente.

Nesses casos, é possível seja uma conduta iniciada quando a pessoa ainda é menor de 18 anos de idade, e somente se encerre quando atingida a maioria penal. Exemplo: "A", com 17 anos de idade, pratica extorsão mediante sequestro contra "B", mantendo-o em cativeiro por diversos meses, período no qual completa 18 anos de idade.

Poderá ser responsabilizado pelos atos praticados após o início da sua imputabilidade penal. Os anteriores, todavia, devem ser desprezados para fins penais. Se o agente, exemplificativamente, tivesse torturado a vítima quando tinha 17 anos de idade, essa circunstância não poderia ser utilizada no campo penal, seja como crime autônomo, seja para aumentar a pena.

### 28.6.4. Menoridade penal e crimes militares

Dispõe o art. 50 do Código Penal Militar:

**Art. 50.** O menor de 18 (dezoito) anos é imputável, salvo se, já tendo completado 16 (dezesesseis) anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de 1/3 (um terço) até a 1/2 (metade).

A ressalva relativa aos maiores de 16 anos não foi recepcionada pela Constituição Federal, a teor do seu art. 228.

## 28.7. INIMPUTABILIDADE POR DOENÇA MENTAL

A expressão doença mental deve ser interpretada em sentido amplo, englobando os problemas patológicos e também os de origem toxicológica. Ingressam nesse rol (doença mental) todas as alterações mentais ou psíquicas

que suprimem do ser humano a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A doença mental pode ser permanente ou transitória, como é o caso do delírio febril. Deve, contudo, existir ao tempo da prática da conduta para acarretar no afastamento da imputabilidade.

Além disso, não é necessário que emane de enfermidade mental, pois há enfermidades físicas que atingem o aspecto psicológico do indivíduo. São exemplos disso os surtos dos tífoides e os delírios decorrentes de graves pneumonias.

### 28.7.1. Doente mental e intervalos de lucidez

A inimputabilidade penal é aferida com base em um critério biopsicológico. Não basta a presença de um problema mental. Exige-se ainda que em razão dele o sujeito seja incapaz, ao tempo da conduta, de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Logo, se ao tempo da conduta o indivíduo – nada obstante seja portador de problema mental – apresentar lucidez, será tratado como imputável.

Conclui-se, pois, que os doentes mentais, durante os intervalos de lucidez, são penalmente imputáveis.

## 28.8. INIMPUTABILIDADE POR DESENVOLVIMENTO MENTAL INCOMPLETO

O desenvolvimento mental incompleto abrange os menores de 18 anos e os silvícolas.

Para os menores de 18 anos de idade a regra é inócua, pois deles já cuidam o art. 228 da Constituição Federal e o art. 27 do Código Penal.

Os silvícolas, por outro lado, nem sempre serão inimputáveis. Depende do grau de assimilação dos valores sociais, a ser revelado pelo exame pericial. Destarte, dependendo da conclusão da perícia, o silvícola pode ser:

- a) imputável: se integrado à vida em sociedade;
- b) semi-imputável: no caso de estar dividido entre o convívio na tribo e na sociedade; e
- c) inimputável: quando completamente incapaz de viver em sociedade, desconhecendo as regras que lhe são inerentes.

## 28.9. INIMPUTABILIDADE POR DESENVOLVIMENTO MENTAL RETARDADO

Desenvolvimento mental retardado é o que não se compatibiliza com a fase da vida em que se encontra determinado indivíduo, resultante de alguma

condição que lhe seja peculiar. A pessoa não se mostra em sintonia com os demais indivíduos que possuem sua idade cronológica.

De fato, o retardo mental é uma condição de desenvolvimento interrompido ou incompleto da mente, especialmente caracterizada por um comprometimento de habilidades manifestadas durante o período de desenvolvimento, as quais contribuem para o nível global da inteligência, isto é, aptidões cognitivas, de linguagem, motoras e sociais.<sup>5</sup>

A expressão “desenvolvimento mental *retardado*” compreende as oligofrenias em suas mais variadas manifestações (idiotice, imbecilidade e debilidade mental propriamente dita), bem como as pessoas que, por ausência ou deficiência dos sentidos, possuem deficiência psíquica, como se dá com o surdo-mudo.

O surdo-mudo não é automaticamente inimputável. Pelo contrário, pois, completados 18 anos de idade, todos se presumem imputáveis. Compete à perícia indicar o grau de prejuízo a ele causado por essa falha biológica. Podem ocorrer três situações distintas:

- a) se ao tempo da ação ou da omissão era capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, será considerado **imputável**;
- b) se ao tempo da ação ou da omissão não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, será considerado **semi-imputável** (CP, art. 26, parágrafo único); e
- c) se ao tempo da ação ou da omissão era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, será considerado **inimputável** (CP, art. 26, parágrafo único).

## 28.10. A PERÍCIA MÉDICA

Salvo no tocante aos menores de 18 anos (critério biológico), o Direito Penal brasileiro acolheu o sistema **biopsicológico** para verificação da inimputabilidade: o juiz afere a parte psicológica, reservando-se à perícia o exame biológico (existência de problema ou anomalia mental). Há uma junção de tarefas, de forma que o magistrado não pode decidir sobre a imputabilidade ou inimputabilidade do acusado sem a colaboração técnica dos peritos.

Exige-se o laudo médico para a comprovação da doença mental, do desenvolvimento mental incompleto ou do desenvolvimento mental retardado.

<sup>5</sup> MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso básico de medicina legal*. 5. ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 349.

Cuida-se de **meio legal de prova da inimputabilidade**, imprescindível, que sequer pode ser substituído pela inspeção judicial, pois o julgador não possui conhecimentos médicos para identificar deficiências na saúde psíquica do réu.

Conclui-se, pois, ser a pericia **fundamental** para a aferição da inimputabilidade. Mas, obviamente, o juiz não pode ser subserviente à conclusão médica, ou seja, não fica vinculado aos peritos. O magistrado é o *peritum peritorum*, é dizer, o “perito dos peritos”, como destaca o art. 182 do CPP: “O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte”.

Surge então a questão: O que deve fazer o magistrado quando discordar da conclusão do laudo pericial? Pode decidir em sentido contrário dos médicos?

Embora não esteja adstrito ao laudo, o juiz **não pode** substituir os peritos. Cabe a ele rejeitar a conclusão técnica, ordenando em seguida a realização de novo exame pericial. Não lhe é facultado, todavia, atuar como se médico fosse, pois a ele a lei impõe a valoração da parte psicológica, assegurando a biológica às pessoas com formação técnica específica.

## 28.11. EFEITOS DA INIMPUTABILIDADE

Os menores de 18 anos sujeitam-se à legislação especial (CF, art. 228): Lei 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Os demais inimputáveis submetem-se à justiça penal. São processados e julgados como qualquer outra pessoa, mas não podem ser condenados. Com efeito, a culpabilidade é pressuposto de aplicação da pena. Sem a imputabilidade (elemento da culpabilidade), não pode ser imposta uma pena.

Assim, os inimputáveis, embora demonstrado o envolvimento em um fato típico e ilícito, são absolvidos. Trata-se da chamada sentença de absolvição **imprópria**, pois o réu é absolvido, mas contra ele é aplicada uma **medida de segurança**, na forma definida pelo art. 386, parágrafo único, III, do Código de Processo Penal.

Isso se justifica pelo fato de, em relação aos inimputáveis, o juízo de culpabilidade (necessário para a pena) ser substituído pelo **juízo de periculosidade** (necessário para a medida de segurança). Além disso, o art. 97, *caput*, do Código Penal presume de forma **absoluta** a periculosidade dos inimputáveis, ordenando a imposição de medida de segurança.

## 28.12. IMPUTABILIDADE DIMINUÍDA OU RESTRITA

### 28.12.1. Dispositivo legal

Nos termos do art. 26, parágrafo único, do Código Penal:

**Parágrafo único.** A pena pode ser reduzida de 1 (um) a 2/3 (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.

### 28.12.2. Nomenclatura

O Código Penal não rotulou o instituto. Preferiu falar somente em “redução da pena”.

Em sede doutrinária, e também jurisprudencial, foram consagradas como sinônimas diversas terminologias, destacando-se: imputabilidade diminuída, imputabilidade reduzida, imputabilidade restrita e semi-imputabilidade.<sup>6</sup>

Vale registrar, contudo, a posição de Cezar Roberto Bitencourt, que utiliza a expressão “**culpabilidade diminuída**”:

As expressões, comumente utilizadas pela doutrina, *imputabilidade diminuída* ou *semi-imputabilidade*, são absolutamente impróprias, pois, na verdade, soam mais ou menos com algo parecido como *semvirgem*, *semigrávida*, ou então como *uma pessoa de cor semibranca!* Em realidade, a pessoa, nessas circunstâncias, tem diminuída sua *capacidade de censura*, de valoração, conseqüentemente a  *censurabilidade* de sua conduta antijurídica deve sofrer redução. Enfim, nas hipóteses de inimputabilidade o agente é “inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Ao passo que nas hipóteses de *culpabilidade diminuída* – em que o Código fala em redução de pena – o agente não possui a “*plena capacidade*” de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.<sup>7</sup>

### 28.12.3. Conceito

O art. 26, parágrafo único, do Código Penal faia em “**perturbação da saúde mental**”.

A perturbação da saúde mental também é uma doença mental, embora mais suave. Não elimina totalmente, mas reduz, por parte do agente, a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, o que igualmente ocorre em relação ao desenvolvimento mental incompleto e ao desenvolvimento mental retardado.

A diferença em relação à inimputabilidade, pois, é de grau. O agente tem diminuída a sua capacidade de entendimento e de autodeterminação, a qual permanece presente, embora em grau menor. Por esse motivo, subsiste a imputabilidade, e, por corolário, a culpabilidade.

<sup>6</sup> Essas denominações são normalmente aceitas em provas e concursos públicos.

<sup>7</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 355-356.

Como, entretanto, o sujeito encontra-se em posição biológica e psicológica inferior a um imputável, a reprovabilidade da conduta é menor, determinando a lei a redução da pena de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

#### 28.12.4. Sistema adotado

Assim como na inimputabilidade, nesse ponto o Código Penal também acolheu o **sistema biopsicológico**. Há dois fenômenos decisivos para aferição da semi-imputabilidade:

- 1) **biológico**: é a **causa**, consistente em perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado; e
- 2) **psicológico**: é o **efeito**, pois em razão da anomalia mental o agente não era, ao tempo da conduta, inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

#### 28.12.5. Natureza jurídica

Cuida-se de **causa obrigatória de diminuição da pena**.

Demonstrado pericialmente nos autos que o réu é **fronteiriço**, isto é, limítrofe entre a imputabilidade e a inimputabilidade, o magistrado, na terceira fase de aplicação da pena, deve obrigatoriamente reduzi-la, de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

A diminuição é obrigatória, reservando-se ao juiz discricionariedade unicamente em relação ao seu percentual, dentro dos limites legais. O montante da redução, maior ou menor, deve levar em conta o grau de diminuição da capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.<sup>8</sup>

Assim, se o fronteiriço estiver mais próximo da imputabilidade, a redução é menor (1/3), mas se estiver mais próximo dos limites da inimputabilidade, a diminuição deve alcançar o patamar máximo (2/3).

#### 28.12.6. Efeitos

Vimos que na inimputabilidade o responsável pelo cometimento de um fato típico e ilícito é absolvido em face da ausência de culpabilidade. Porém, a absolvição é **imprópria**, pois é imposta medida de segurança em face da sua periculosidade presumida.

<sup>8</sup> É o entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça: HC 50.210/SP, rel. Min. Gilson Dipp, 5.<sup>a</sup> Turma, j. 17.08.2006.

Na semi-imputabilidade, contudo, subsiste a culpabilidade. **O réu deve ser condenado**, mas, por se tratar de pessoa com menor grau de censurabilidade, a pena há de ser obrigatoriamente reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

O semi-imputável, por outro lado, pode necessitar de **especial tratamento curativo**, por ser dotado de periculosidade. Nesse caso, se o exame pericial assim recomendar, e concordando o magistrado, a pena pode ser substituída por medida de segurança, nos moldes do art. 98 do Código Penal.

Cuidado: a sentença endereçada ao semi-imputável responsável pela prática de um fato típico e ilícito sempre é **condenatória**. A operação é realizada em três etapas:

- 1) juiz condena;
- 2) em seguida, diminui a pena de 1 (um) a 2/3 (dois terços); e
- 3) finalmente, se o réu necessitar de especial tratamento curativo, o magistrado substitui a **pena diminuída** por medida de segurança.

Em síntese, o semi-imputável cumpre pena diminuída ou medida de segurança. Com a Reforma da Parte Geral do Código Penal – Lei 7.209/1984 adotou-se o sistema vicariante ou unitário, pelo qual o réu somente cumpre uma das sanções penais, as quais, é importante repetir, não são cumuláveis.

A primitiva Parte Geral do Código Penal consagrava o sistema do **duplo binário**, também chamado de **dois trilhos**, dualista ou de **dupla via**: o semi-imputável cumpria a pena, e, depois, se ainda necessitasse de especial tratamento curativo, era submetido à medida de segurança.

## 28.13. EMOÇÃO E PAIXÃO

### 28.13.1. Apontamento histórico

No Código Penal de 1890 a perturbação dos sentidos e da inteligência afastava a culpabilidade.

Por esse motivo, era bastante comum a absolvição de autores de crimes passionais, notadamente de homicídios, sob a alegação de legítima defesa da honra, o que ora não mais se admite.

### 28.13.2. Introdução e critério utilizado pelo Código Penal

O Código Penal dispõe, em seu art. 28, I, que a emoção ou a paixão **não excluem a imputabilidade penal**.



Utilizou-se, pois, de um critério legal, ao estatuir taxativamente que tais estados de ânimo não elidem o apontado elemento da culpabilidade.

Essa escolha, entretanto, não é isenta de críticas. Bise, penalista suíço, observou que se devia deixar ao magistrado (critério judicial), nessa matéria, certa liberdade, pois podia acontecer que emoções violentas, muitas vezes instantâneas, fizessem com que o réu perdesse momentaneamente o domínio de si mesmo e o arrastassem a cometer, por efeito da cólera levada ao paroxismo, do sentimento de honra ultrajada, da dignidade ferida ou de qualquer provocação, um ato que não teria cometido se estivesse de sangue frio.<sup>9</sup>

### 28.13.3. Emoção e paixão: conceitos e distinções

Emoção e paixão são perturbações da psique humana.

**Emoção** é o estado afetivo que acarreta na perturbação transitória do equilíbrio psíquico, tal como na ira, medo, alegria, cólera, ansiedade, prazer erótico, surpresa e vergonha.

**Paixão** é a emoção mais intensa, ou seja, a perturbação duradoura do equilíbrio psíquico. Dela são exemplos, entre outros, o amor, a inveja, a avareza, o ciúme, a vingança, o ódio, o fanatismo e a ambição.

Enrico Altavilla, sob a ótica da psicologia judiciária, diz que “é o estudo das emoções e das paixões que, principalmente, nos convence de que bem poucos homens podem afirmar terem sido, durante toda a sua existência, completamente normais”. E em seguida invoca as palavras de Kant, para quem: “A emoção é a água que rompe com violência o dique e se espalha rapidamente; a paixão é a torrente que escava o seu leito e nele se incrusta. A emoção é uma embriaguez, a paixão é uma doença”.<sup>10</sup>

E, para Néelson Hungria:

Pode dizer-se que a paixão é a emoção que se protraí no tempo, incubando-se, introvertendo-se, criando um estado contínuo e duradouro de perturbação afetiva em torno de uma *idéia fixa*, de um pensamento obsidente. A emoção dá e passa; a paixão permanece, alimentando-se de si própria. Mas a paixão é como o borralho que, a um sopro mais forte, pode chamejar de novo, voltando a ser fogo crepitante, retornando a ser estado emocional agudo.<sup>11</sup>

Portanto, a diferença entre a emoção e a paixão repousa, fundamentalmente, na **duração**. Aquela é um sentimento transitório, enquanto a paixão é duradoura, uma emoção em câmara lenta.

<sup>9</sup> COSTA E SILVA, A. J. da. *Código penal anotado*. São Paulo: RT, 1943. v. I, p. 189-190.

<sup>10</sup> ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*. O processo psicológico e a verdade judicial. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1981. v. I, p. 104-105.

<sup>11</sup> HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v. I, p. 523.

#### 28.13.4. Efeitos

Ainda que sejam de elevada intensidade, a emoção e a paixão, como visto, não excluem a imputabilidade penal.

Porém, o Código Penal, implicitamente, permite duas exceções a essa regra:

- coação moral irresistível, em face da inexigibilidade de conduta diversa, a ser estudada um pouco adiante; e
- estado patológico, no qual se constituem autênticas formas de doença mental.

#### 28.13.5. Emoção e paixão patológicas

Em seu art. 28, I, o Código Penal refere-se à condição de normalidade, isto é, emoção ou paixão incapaz de retirar do agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Quando, contudo, a emoção ou paixão configurar um estado mórbido ou patológico, deverá ser compreendida como uma verdadeira psicose, indicativa de doença mental. Logo, se comprovada pericialmente, a situação encontrará respaldo no art. 26, *caput* (inimputabilidade), ou em seu parágrafo único (imputabilidade restrita ou semi-imputabilidade).

#### 28.13.6. Espécies

A emoção e a paixão podem ser **sociais**, como é o caso do amor, ou **antissociais**, tendo como exemplo o ódio, funcionado como circunstância judicial na aplicação da pena-base, em conformidade com o art. 59, *caput*, do Código Penal.

Fala-se, ainda, em emoções:

- a) **astênicas**: são as resultantes daquele que sofre de debilidade orgânica, gerando situações de medo, desespero, pavor; e
- b) **estênicas**: são aquelas decorrentes da pessoa que é vigorosa, forte e ativa, provocando situações de cólera, irritação, destempero e ira.<sup>12</sup>

#### 28.13.7. Disposições especiais no Código Penal

O art. 65, III, “c”, parte final, diz que se o crime foi cometido sob a influência de **violenta emoção**, provocada por ato injusto da vítima, a pena

<sup>12</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 261.

será atenuada. Estará presente, destarte, uma atenuante genérica, funcionando na segunda fase de aplicação da pena.

Por sua vez, os arts. 121, § 1.º, e 129, § 4.º, preveem, no tocante ao homicídio e à lesão corporal, respectivamente, a figura do privilégio - causa especial de diminuição da pena - quando o crime é cometido sob o domínio de **violenta emoção**, e logo em seguida a injusta provocação da vítima.

### 28.13.8. A questão do homicídio passional

O Código Penal Republicano, de 1890, dispunha em seu art. 27, § 4.º: "Não são criminosos os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de inteligência no ato de cometer o crime".<sup>13</sup>

Com base nesse dispositivo legal, os criminosos passionais eram comumente absolvidos, sob o pretexto de que, ao encontrarem o cônjuge em flagrante adultério, ou movidos por elevado ciúme, restavam privados da inteligência e dos sentidos.

Com a regra ora prevista no art. 28, I, do Código Penal, essa interpretação não pode ser admitida. Emoção e paixão não excluem a imputabilidade penal, mormente quando o crime foi motivado por um suposto "amor".

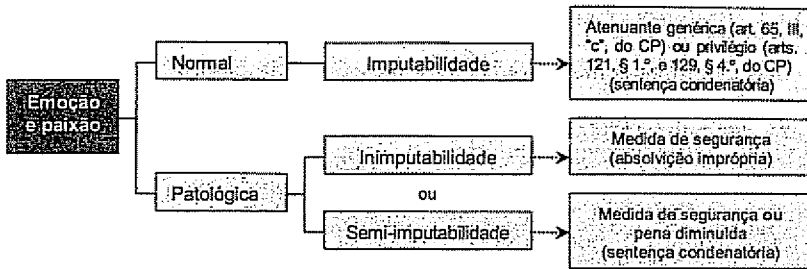
Roberto Lyra, com a autoridade de quem foi apelidado de **"o príncipe dos promotores"**, pelo fato de ter sido um dos maiores tribunos do júri, combatia veementemente a impunidade dos passionais, assim se pronunciando:

O verdadeiro passional não mata. O amor é, por natureza e por finalidade, criador, fecundo, solidário, generoso. Ele é cliente das pretorias, das maternidades, dos lares e não dos necrotérios, dos cemitérios, dos manicômios. O amor, o amor mesmo, jamais desceu ao banco dos réus. Para os fins da responsabilidade, a lei considera apenas o momento do crime. E nele o que atua é o ódio. O amor não figura nas cifras da mortalidade e sim nas da natalidade; não tira, põe gente no mundo. Está nos berços e não nos túmulos.<sup>14</sup>

Nada obstante, vez ou outra se constata a absolvição de homicidas passionais confessos. Isso se dá, notadamente, pela circunstância de serem julgados pelo Tribunal do Júri, composto por juízes leigos e que decidem pela íntima convicção, sem fundamentação dos seus votos, muitas vezes movidos pela piedade, pela farsa proporcionada pelo acusado ou mesmo por se identificarem com a figura do réu.

<sup>13</sup> PIERANGELI, José Henrique, *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru: Jalovi, 1980. p. 271.

<sup>14</sup> LYRA, Roberto. *Como julgar, como defender, como acusar*. Rio de Janeiro, José Konfino, 1975. p. 97.



## 28.14. EMBRIAGUEZ

### 28.14.1. Conceito

É a **intoxicação aguda** produzida no corpo humano pelo **álcool ou por substância de efeitos análogos**, apta a provocar a exclusão da capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Como exemplos de substâncias de efeitos análogos podem ser apontados o éter, a morfina, o clorofórmio e quaisquer outras substâncias entorpecentes, ainda que não previstas na Portaria do Ministério da Saúde responsável por essa tarefa, dependendo, nesse caso, de perícia.

### 28.14.2. Denominação

A embriaguez acima definida, que não exclui a imputabilidade penal (CP, art. 28, II), é chamada de **embriaguez aguda, embriaguez simples ou embriaguez fisiológica**.

### 28.14.3. Embriaguez crônica ou patológica, ou alcoolismo crônico

Cuida-se da embriaguez que compromete total ou parcialmente a imputabilidade penal, e caracteriza-se pela desproporcional intensidade ou duração dos efeitos inerentes à intoxicação alcoólica.

O efeito da embriaguez no organismo humano é contínuo, e as consequências do álcool ou da substância de efeitos análogos subsistem no sistema nervoso depois de sua eliminação. Por esse motivo, a embriaguez patológica é **equiparada às doenças mentais**. Logo, aplica-se o art. 26, *caput*, e seu parágrafo único, do Código Penal, e não o art. 28, II. O ébrio é considerado inimputável ou semi-imputável, em conformidade com a conclusão do laudo pericial.

#### 28.14.4. Períodos, fases ou etapas da embriaguez

São cientificamente reconhecidas três fases da embriaguez:<sup>15</sup>

**1.ª fase – Eufórica:** as funções intelectuais mostram-se excitadas e o indivíduo particularmente eufórico. A vontade e a autocrítica afiguram-se rebaixadas. A capacidade de julgamento se compromete. Há certo grau de erotismo. O ébrio fala acima do normal, apresenta desinibição e comporta-se de forma cômica e indecorosa. É conhecida como “fase do macaco”.

**2.ª fase – Agitada:** caracteriza-se por perturbações psicossensoriais profundas. Alteram-se as funções intelectuais, o juízo crítico, a atenção e a memória. Os propósitos são desordenados ou absurdos. Há abolição da crítica. Os delitos normalmente são praticados com agressões ou contra a liberdade sexual, o que não impede crimes de outras espécies. Há perda do equilíbrio e a pessoa marcha de forma desordenada, ou se desequilibra. Ocorrem perturbações visuais. O sujeito fica agitado e agressivo, razão pela qual é chamada de “fase do leão”.

Nessas duas fases (eufórica e agitada), é possível a prática de crimes comissivos e omissivos.

**3.ª fase – Comatosa (“do coma”):** inicialmente há sono e o coma se instala progressivamente. Daí ser chamada de “fase do porco”. O estado comatoso pode até se tornar irreversível, com a morte do ébrio, o que pode ser facilitado com a exposição ao frio.

Nessa terceira fase (comatosa) o ébrio somente pode praticar crimes omissivos, próprios ou impróprios (comissivos por omissão).

#### 28.14.5. Espécies de embriaguez

A embriaguez aguda, simples ou fisiológica classifica-se quanto à intensidade e quanto à origem.

##### 28.14.5.1. Quanto à intensidade

Pode ser completa ou incompleta.

**Completa, total, ou plena,** é a embriaguez que chegou à segunda (agitada) ou à terceira fase (comatosa).

**Incompleta, parcial, ou semiplena,** é a embriaguez que se limitou à primeira fase (eufórica).

<sup>15</sup> Adotamos os conceitos apresentados por MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso básico de medicina legal*. 8. ed. 5.ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 390-393.

### 28.14.5.2. Quanto à origem

Pode ser voluntária, culposa, preordenada ou acidental.

**Voluntária, ou intencional,** é aquela em que o indivíduo ingere bebidas alcoólicas com a intenção de embriagar-se. Não quer praticar infrações penais. Sua vontade restringe-se a exceder aos limites permitidos para a ingestão do álcool ou substância de efeitos análogos.

**Culposa** é a espécie de embriaguez em que a vontade do agente é somente beber, e não embriagar-se. Por exagero no consumo do álcool, todavia, acaba embriagado.

Essas duas espécies de embriaguez (voluntária e culposa) não excluem a imputabilidade penal (CP, art. 28, II), sejam completas ou incompletas.

**Preordenada, ou dolosa,** é aquela em que o sujeito propositadamente se embriaga para cometer uma infração penal. A embriaguez funciona como fator de encorajamento para a prática do crime ou da contravenção penal.

A embriaguez preordenada, além de não excluir a imputabilidade penal, funciona como agravante genérica (CP, art. 61, II, "I"), incidindo na segunda fase do critério trifásico para o fim de exasperar a pena.

**Acidental, ou fortuita,** é a embriaguez que resulta de caso fortuito ou força maior.

No **caso fortuito**, o indivíduo não percebe ser atingido pelo álcool ou substância de efeitos análogos, ou desconhece uma condição fisiológica que o torna submisso às consequências da ingestão do álcool. Exemplos: (1) o sujeito mora ao lado de uma destilaria de aguardente, e aos poucos acaba embriagado pelos vapores da bebida que inala sem perceber; e (2) o agente faz tratamento com algum tipo de remédio, o qual potencializa os efeitos do álcool.

Na **força maior**, o sujeito é obrigado a beber, ou então, por questões profissionais, necessita permanecer em recinto cercado pelo álcool ou substância de efeitos análogos. Exemplos: (1) o agente é amarrado e injetam em seu sangue elevada quantidade de álcool; e (2) o indivíduo trabalha na manutenção de uma destilaria de aguardente e, em determinado dia, cai em um tonel cheio da bebida.

A embriaguez acidental ou fortuita, se **completa**, capaz de ao tempo da conduta tornar o agente inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, **exclui a imputabilidade penal** (CP, art. 28, § 1.º).

Por outro lado, a embriaguez acidental ou fortuita **incompleta**, isto é, aquela que ao tempo da conduta retira do agente parte da capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, autoriza a **diminuição da pena de 1 (um) a 2/3 (dois terços)**. Equivale, portanto, à **semi-imputabilidade** (CP, art. 28, § 2.º).

### 28.14.6. Embriaguez acidental completa e medida de segurança

Nada obstante acarrete ao agente a isenção da pena, nos mesmos moldes da inimputabilidade penal, a embriaguez acidental ou fortuita, e completa, não autoriza a aplicação de medida de segurança por um motivo muito simples. O sujeito é imputável, e não inimputável. Não é portador de doença mental, nem apresenta desenvolvimento mental incompleto ou retardado, na forma exigida pelo art. 26, *caput*, do Código Penal.

Além disso, o tratamento curativo inerente à medida de segurança seria totalmente inócuo e desnecessário.

### 28.14.7. Prova da embriaguez

A embriaguez admite qualquer meio probatório, mormente em face do sistema da livre apreciação da prova, da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, adotado pelo art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal, com a redação alterada pela Lei 11.690/2008.

Destacam-se, contudo, três formas probatórias para a comprovação da embriaguez:

- a) **exame laboratorial:** é o que revela a quantidade de álcool no sangue de alguém. O agente não é obrigado a ele se submeter, pois ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*);
- b) **exame clínico:** é a análise pessoal do indivíduo, evidenciando-se dados característicos da embriaguez, tais como o hálito, o controle emocional, o equilíbrio físico, a fala etc.
- c) **prova testemunhal:** pessoas que relatem, deponham acerca da alteração de comportamento de quem se submeteu ao álcool ou substância de efeitos análogos.

#### 28.14.7.1. Prova da embriaguez e o Código de Trânsito Brasileiro

Estabelece o art. 277 da Lei 9.503/1997 – Código de Trânsito Brasileiro –, com a redação alterada pelas Leis 11.275/2006 e 11.705/2008:

**Art. 277.** Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.

§ 1.º Medida correspondente aplica-se no caso de suspeita de uso de substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos.

§ 2.º A infração prevista no art. 165 deste Código poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor.

§ 3.º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no *caput* deste artigo.

Perceba-se que ao motorista abordado pela autoridade pública é facultado recusar-se ao teste do bafômetro, nada obstante o seu estado de embriaguez possa ser aferido por outros meios de prova.<sup>16</sup> Busca-se justificar a legitimidade desse dispositivo com o argumento de tratar-se de infração administrativa. Destarte, se o Estado autoriza administrativamente alguém a conduzir veículos automotores, tem o direito de impor-lhe as condições necessárias para a manutenção dessa prerrogativa, destacando-se, entre elas, a submissão aos exames para comprovação de eventual uso de álcool ou substância de efeitos análogos. Logo, àquele que não se submeter aos testes será aplicada a infração administrativa prevista no art. 165: multa e suspensão do direito de dirigir por 12 meses.

Sustenta-se, contudo, ser inaceitável essa regra. O motorista seria obrigado a produzir prova contra si mesmo, uma vez que serão provocados reflexos na seara criminal, relativamente ao delito tipificado pelo art. 306 da Lei 9.503/1997, com a redação alterada pela Lei 11.705/2008:

**Art. 306.** Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas – detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

E o mencionado parágrafo único foi regulamentado pelo Decreto Federal 6.488/2008, cujo artigo 2.º dispõe:

Art. 2.º Para os fins criminais de que trata o art. 306 da Lei n.º 9.503, de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro, a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia é a seguinte:

I – exame de sangue: concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue; ou

<sup>16</sup> É a posição do Superior Tribunal de Justiça: AgRg no RHC 25.118/MG, rel. Min. Og Fernandes, 6.ª Turma, j. 09.06.2009, noticiado no *Informativo* 398.



II – teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro): concentração de álcool igual ou superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.

Esse delito insere-se no rol dos crimes de perigo abstrato, e sua descrição legal não atenta contra princípios constitucionais, porque é científica e estatisticamente comprovado que a condução de veículo automotor por quem ingeriu álcool ou substâncias psicoativas em determinado patamar coloca em risco a incolumidade física e a vida de terceiros, dada a diminuição dos reflexos, da percepção sensorial e da habilidade motora.

Atualmente, contudo, a configuração deste crime depende de prova pericial (exame de sangue) ou método equivalente (etilômetro ou teste em aparelho de ar alveolar, popularmente conhecido como “bafômetro”). Portanto, a prova da materialidade do crime tipificado no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro restringe-se a esses dois meios, não admitindo outra forma qualquer, pois são eles os únicos recursos idôneos a indicar cientificamente a alcoolemia, uma vez que o legislador incluiu o nível de dosagem alcoólica como elemento do tipo penal incriminador.

Conseqüentemente, um motorista embriagado não poderá ser condenado sem submeter-se voluntariamente a tais exames, pois ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*). No entanto, será possível aplicar-lhe as sanções administrativas pertinentes (limitação ao direito de conduzir veículos automotores e multa). Na linha de raciocínio do Superior Tribunal de Justiça:

A Lei n. 11.705/2008, ao dar nova redação ao citado artigo do CTB, inovou quando, além de excluir a necessidade de exposição a dano potencial, determinou a quantidade mínima de álcool no sangue (seis decigramas por litro de sangue) para configurar o delito, o que se tornou componente fundamental da figura típica, uma elementar objetiva do tipo penal. Com isso, acabou por especificar, também, o meio de prova admissível, pois não se poderia mais presumir a alcoolemia. Veio a lume, então, o Dec. n. 6.488/2008, que especificou as duas maneiras de comprovação: o exame de sangue e o teste mediante etilômetro (“bafômetro”). Conclui-se, então, que a falta dessa comprovação pelos indicados meios técnicos impossibilita precisar a dosagem de álcool no sangue, o que inviabiliza a necessária adequação típica e a própria persecução penal. É tormentoso ao juiz deparar-se com essa falha legislativa, mas ele deve sujeitar-se à lei, quanto mais na seara penal, regida, sobretudo, pela estrita legalidade e tipicidade. Anote-se que nosso sistema repudia a imposição de o indivíduo produzir prova contra si mesmo (autoincriminar-se), daí não haver, também, a obrigação de submissão ao exame de sangue e ao teste do “bafômetro”.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> HC 166.377/SP, rel. Min. Og Fernandes, 6.ª Turma, j. 10.06.2010, noticiado no *Informalivo* 438. Em outro julgado, o STJ acertadamente decidiu: “Não se pode considerar como fundada receto apto a propiciar a ordem de *habeas corpus* (preventivo) o simples temor de alguém de, porventura, vir a submeter-se ao

### 28.14.8. A teoria da *actio libera in causa*

O Código Penal dispõe, em seu art. 28, II, que a embriaguez, voluntária ou culposa, não exclui a imputabilidade penal.

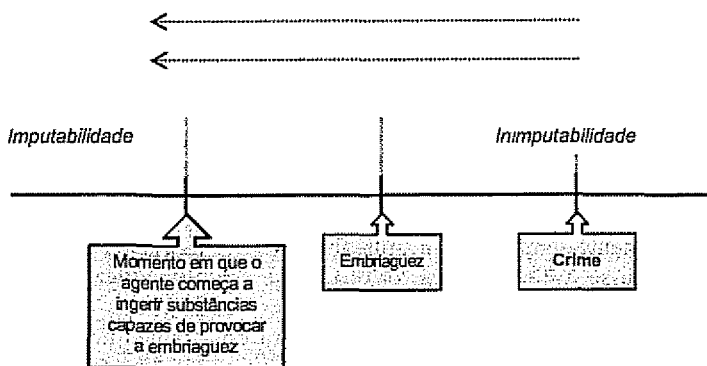
Já em relação à embriaguez preordenada, estatui em seu art. 61, II, "1" ser essa circunstância uma agravante genérica. Destarte, além de subsistir a imputabilidade, funciona como exasperação da pena.

Coloca-se então a seguinte indagação: Como é possível a punição do agente em caso de embriaguez não acidental? No momento em que ele pratica o crime, embriagado, não estaria privado da capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento?

Para responder essa questão, entra em cena a teoria da *actio libera in causa*. Em claro e bom português, teoria da **ação livre em sua causa**.

Fundamenta-se no princípio segundo o qual **"a causa da causa também é a causa do que foi causado"**, isto é, para aferir-se a imputabilidade penal no caso da embriaguez, despreza-se o tempo em que o crime foi praticado. De fato, nesse momento o sujeito estava privado da capacidade de entendimento e de autodeterminação, por vontade própria, pois bebeu e embriagou-se livre de qualquer coação. Por esse motivo, considera-se como marco da imputabilidade penal o período anterior à embriaguez, em que o agente espontaneamente decidiu consumir bebida alcoólica ou de efeitos análogos.

*Analisa-se a imputabilidade em momento anterior ao da embriaguez*



Nas palavras de Sebastian Soler:

A imputação do fato realizado durante o tempo de inimputabilidade retroage ao estado anterior, e, conforme seja o conteúdo subjetivo desse ato,

denominado teste do "bafômetro" quando trafegar pelas ruas em veículo automotor" (RHC 27.373-SP, Rel. Min. Og Fernandes, 6.ª Turma, j. 10.06.2010, noticiado no *Informativo* 438).

será imputado a título de dolo ou de culpa. Se um sujeito se embriaga até a inconsciência para não temer e atrever-se contra determinada pessoa que quer matar, é plenamente imputável quanto ao homicídio, ainda quando o crime tenha sido cometido no estado atual de inconsciência.<sup>18</sup>

E, de acordo com o item 21 da Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, preservada nesse ponto pela Lei 7.209/1984:

Ao resolver o problema da embriaguez (pelo álcool ou substância de efeitos análogos), do ponto de vista da responsabilidade penal, o projeto aceitou em toda a sua plenitude a teoria da *actio libera in causa ad libertatem relata*, que, modernamente, não se limita ao estado de inconsciência preordenado, mas se estende a todos os casos em que o agente se deixou arrastar ao estado de inconsciência.

Invoca-se essa teoria, portanto, para justificar a punição do sujeito que, ao tempo da conduta, encontrava-se em estado de inconsciência. Possibilita-se a análise do dolo ou da culpa revelados no momento em que se embriagou. São os casos em que alguém, no estado de não imputabilidade, é causador, por ação ou omissão, de algum resultado punível, tendo se colocado naquele estado, ou propositadamente, com a intenção de produzir o evento lesivo, ou sem essa intenção, mas tendo previsto a possibilidade do resultado, ou, ainda, quando a podia ou devia prever.<sup>19</sup>

Essa teoria foi desenvolvida para a embriaguez preordenada, e, para ela, se encaixa perfeitamente. O agente embriaga-se com a intenção de cometer um crime em estado de inconsciência, e assim o faz. O dolo estava presente quando arquitetou o crime, e por esse elemento subjetivo deve ser punido. Vale lembrar o clássico exemplo do guarda-chaves que se embriaga com a intenção de não acionar as chaves à chegada do trem, produzindo a catástrofe. No momento de beber, era ele imputável, mas já não o era no momento do desastre.<sup>20</sup>

Na embriaguez preordenada, o fundamento da punição é a causalidade mediata. O agente atua como mandante, na fase anterior, da imputabilidade, e faz executar o mandato criminoso, por si mesmo, como instrumento, em estado de inimputabilidade.<sup>21</sup>

Posteriormente, entretanto, a aplicabilidade da teoria da *actio libera in causa* estendeu-se à embriaguez voluntária e à embriaguez culposa, bem como aos demais estados de inconsciência. Nessa última hipótese, pode ser citado o exemplo da mãe que, conhecedora dos sonhos noturnos que lhe deixam agitada e a fazem rolar na cama, esquece de levar o filho recém-nascido ao berço e o deixa dormir ao seu lado, vindo a sonhar e, ao rolar na cama, acaba por esmagar e matar a criança.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: La Ley, 1945. t. II, p. 46.

<sup>19</sup> QUEIROZ, Nacello de. *Teoria da "actio libera in causa"*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1936. p. 40.

<sup>20</sup> SILVEIRA, V. César da. *Tratado da responsabilidade criminal*. São Paulo: Saraiva, 1955. v. I, p. 401.

<sup>21</sup> BRUNO, Anibal. *Direito penal*. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 2, p. 151.

<sup>22</sup> SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: La Ley, 1945. t. II, p. 47.

E, nesses casos, o sujeito, ao colocar-se em estado de inconsciência, não possuía dolo ou culpa para a prática do crime. Surge assim a crítica no sentido de que o Código Penal teria consagrado a **responsabilidade objetiva**, pois, por motivo de política criminal, acolheu do direito italiano uma **ficção** para construir a figura do crime praticado em situação de embriaguez não fortuita, relativamente ao tratamento do ébrio voluntário ou culposo como imputável.<sup>23</sup>

Para Paulo José da Costa Júnior, que critica veementemente o acolhimento da teoria da *actio libera in causa* para as situações de embriaguez voluntária ou culposa:

O legislador penal, ao considerar imputável aquele que em realidade não o era, fez uso de uma ficção jurídica. Ou melhor: adotou a responsabilidade objetiva, sem querer confessá-lo.

No direito penal português confessou-se que, embora a “ingestão de bebidas alcoólicas ou substâncias tóxicas possa criar, em muitos casos, um verdadeiro estado de imputabilidade, por outro, as necessidades de política criminal não consentem na impunidade do delinqüente”.

O legislador pátrio não teve igual coragem. Preferiu “tapar o sol com a peneira”, adotando a responsabilidade anômala. Seria preferível ter confessado que, com base na defesa social, fora compelido a adotar nesse passo a responsabilidade objetiva, para evitar que criminosos fossem buscar no álcool a escusa absolutória.<sup>24</sup>

Existem, porém, posições diversas, sustentando a não caracterização da responsabilidade penal objetiva no tocante à incidência da teoria da *actio libera in causa* na embriaguez voluntária e na embriaguez culposa.

Vicenzo Manzini, na Itália, há muito falava em **vontade residual**, é dizer, ainda que embriagado, o sujeito mantém em seu íntimo um **resquício de consciência e de autodeterminação**, suficiente para legitimar a imputabilidade penal.

Nessa linha de raciocínio, Giulio Battaglini rebate as críticas à teoria da *actio libera in causa*, sustentando que “uma solução legislativa não pode basear-se rigorosamente em deduções lógicas: o que é necessário é que forneça a melhor tutela dos valores morais e nacionais de que trata”. Em seguida arremata: “o ébrio, com inteligência suprimida e vontade inexistente, é uma criação da fantasia: ninguém jamais o viu no banco dos réus”.<sup>25</sup>

Néelson Hungria também defende a adoção da teoria da *actio libera in causa*. Para ele, a ameaça penal constitui-se em **motivo inibitório** a mais no sentido de **prevenir a embriaguez**, com os seus eventuais efeitos maléficos. Além disso, afirma que a embriaguez quase sempre revela o indivíduo na sua **verdadeira personalidade**, e precisamente o objetivo da teoria da cul-

<sup>23</sup> BRUNO, Anibal. *Direito penal*. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 2, p. 154.

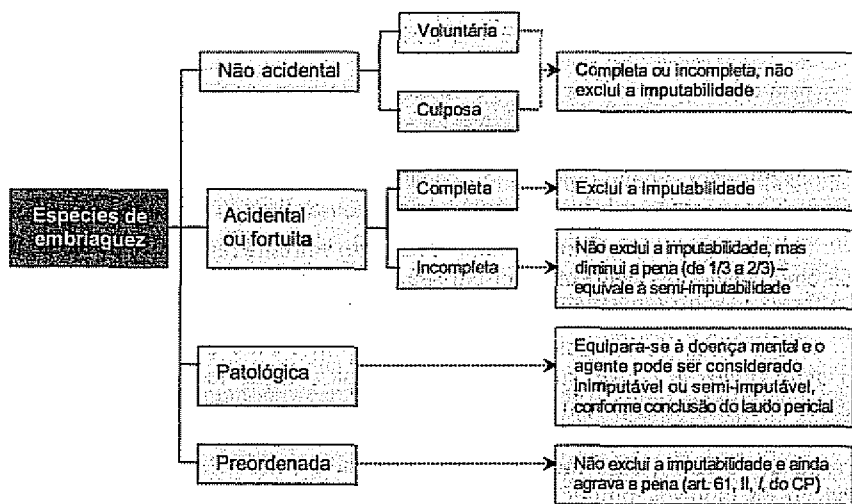
<sup>24</sup> COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal*: curso completo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 100.

<sup>25</sup> BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal*. Parte geral. Tradução de Paulo José da Costa Jr. e Armanda Bergamini Miotto. São Paulo: Saraiva, Editora da Universidade de São Paulo, 1973. v. 1, p. 263-265.

pabilidade é tornar responsável o indivíduo pelos atos que são expressão de sua personalidade. E, para sustentar que um ébrio voluntário ou culposo não pode, de forma alguma, ser equiparado ao inimputável portador de doença mental, busca ainda na doutrina alemã a seguinte lição:

Cumpra notar, além disso, que, segundo a lição da experiência, a vontade do ébrio não é tão profundamente conturbada, que exclua por completo o poder de inibição, como acontece nas perturbações psíquicas de fundo patológico. É o que justamente acentua MEZGER: “A experiência ensina que na embriaguez é possível e pode ser exigido um grau mais alto de autocontrole do que, por exemplo, nas alterações da consciência de índole orgânica. As perturbações por intoxicação de álcool (acrescente-se: *et similia*) sempre ficam, em maior ou menor medida, na superfície”.<sup>26</sup>

Cumpra destacar que, no tocante à **embriaguez accidental ou fortuita**, não se aplica a teoria da “*actio libera in causa*”, porque o indivíduo não tinha a opção de ingerir ou não o álcool ou substância de efeitos análogos.



## 28.15. QUESTÕES

- (MP/SE – CESPE/2010) Assinale a opção correta acerca do homicídio privilegiado.
  - A natureza jurídica do instituto é de circunstância atenuante especial.
  - Estando o agente em uma das situações que ensejem o reconhecimento do homicídio privilegiado, o juiz é obrigado a reduzir a pena, mas a lei não determina o patamar de redução.

<sup>26</sup> HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v. I, p. 528.

- (C) O relevante valor social não enseja o reconhecimento do homicídio privilegiado.
- (D) A presença de qualificadoras impede o reconhecimento do homicídio privilegiado.
- (E) A violenta emoção, para ensejar o privilégio, deve ser dominante da conduta do agente e ocorrer logo após injusta provocação da vítima.

2. (83.º Promotor de Justiça – MP/SP) *A actio libera in causa* ocorre, quando o agente,

- (A) em estado de embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, que enseja isenção de pena, pratica um crime.
- (B) deliberadamente, se coloca em situação de imputabilidade para cometer o crime, praticando-o em estado de inconsciência.
- (C) dentro do livre arbítrio que rege a conduta humana, pratica o crime de forma livre e consciente.
- (D) após a prática de crime, passa a sofrer de doença mental, embora só possa a pena ser executada quando se recuperar.
- (E) em estado de embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, que enseja diminuição da pena, pratica um crime.

3. (179.º Juiz de Direito – TJ/SP) Assinale a alternativa incorreta.

- (A) O Código Penal Brasileiro adotou a teoria da *Actio libera in causa*.
- (B) Quanto à imputabilidade penal, o Código Penal Brasileiro adotou o sistema do duplo binário para o agente imputável.
- (C) Se o agente for imputável e o crime que praticou for apenado com detenção, o Juiz poderá submetê-lo a tratamento ambulatorial.
- (D) Se o agente for semi-imputável e necessitar de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por internação ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 a 3 anos.

4. (Defensoria Pública/SE – 2006) À luz do direito penal, julgue o item a seguir.

Considere a seguinte situação hipotética. Um portador de síndrome paranoide furtou de uma grande loja um colar de ouro adornado com valiosos diamantes e foi processado em razão do crime. O juiz da causa determinou a realização de exame psicológico/psiquiátrico, por meio do qual se constatou que, ao tempo do crime, o réu apresentava plena capacidade de entender o ilícito, mas faltava-lhe capacidade para atuar de acordo com esse entendimento. Nessa situação, admissível será a absolvição de réu, em face da ausência de culpabilidade em razão da imputabilidade do agente.

5. (XIII Juiz Federal – TRF/3.ª Região 2006) Considere as assertivas seguintes e assinale a alternativa correta:

- I – O delito de descaminho – que envolve bem ou mercadoria não proibida de entrar no País – revela-se na prática de fraude ou artil que conduza ao ingresso ou saída da mercadoria sem o pagamento de tributação incidente nessas operações; o emprego de avião para possibilitar a entrada ou saída do bem provoca aumento de pena. Se o agente público, detentor do dever de impedir ou coibir essa prática criminosa, intencionalmente facilita o descaminho, pratica delito autônomo, punido mais severamente do que aquele;
- II – A prática do homicídio “simples” em atividade típica de “grupo de extermínio” situação que invoca tratamento mais severo previsto na Lei n.º 8.072/90 – não o transforma em tipo “qualificado”, tampouco lhe serve de agravante e nem é elementar de uma nova figura incriminadora; a verificação desse fato cabe ao juiz, não devendo ser apresentado quesito específico aos jurados;

- III – Basta, para atenuação obrigatória da reprimenda, a simples confissão da autoria feita pelo réu – mesmo que por sugestão de terceiro ou da própria autoridade – no curso do inquérito ou do processo, não sendo cabível condicionar-se a diminuição ao intento de colaborar com a Justiça ou demonstrar arrependimento; mesmo se feita após a sentença, condenatória, estando o feito submetido ao Tribunal para apreciação, a confissão vale como atenuante;
- IV – Embora a imputabilidade deva ser contemporânea da conduta, não se livra de punição o indivíduo mentalmente são que deliberadamente se coloca em estado de inconsciência para assim praticar o fato do qual sobrevém o resultado danoso, cuja ocorrência era desejada ou assumida pelo sujeito.
- (A) As afirmativas I e II são falsas;  
(B) A afirmativa IV é a única verdadeira;  
(C) A afirmativa III é a única falsa;  
(D) As afirmativas I e III são falsas.
6. (84.º Promotor de Justiça – MP/SP) Perante o Código Penal, a chamada embriaguez preordenada pode, por si só,
- (A) conduzir a exclusão da imputabilidade penal.  
(B) constituir causa de diminuição de pena.  
(C) render ensejo à incidência de circunstância atenuante.  
(D) configurar circunstância agravante.  
(E) caracterizar qualificadora do crime de homicídio.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

**Obs.:** Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no site [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

## POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

Sumário: 29.1. Introdução – 29.2. Evolução – 29.3. Critérios para determinação do objeto da consciência da ilicitude – 29.4. Exclusão – 29.4.1. Erro de proibição – 29.5. Questões.

### 29.1. INTRODUÇÃO

A aplicação da pena ao autor de uma infração penal somente é justa e legítima quando ele, no momento da conduta, era dotado ao menos da possibilidade de compreender o caráter ilícito do fato praticado. Exige-se, pois, tivesse o autor o conhecimento, ou, no mínimo, a potencialidade de entender o aspecto criminoso do seu comportamento, isto é, os aspectos relativos ao tipo penal e à ilicitude.

### 29.2. EVOLUÇÃO

O sistema clássico ou causal alocava o dolo na culpabilidade, e considerava a consciência da ilicitude como integrante do dolo, que era normativo.

No sistema finalista, porém, o dolo (e também a culpa) foi transferido para a conduta, passando a compor a estrutura do fato típico. Mas o dolo é natural, isto é, desprovido da consciência da ilicitude, que permanece na culpabilidade.

Além disso, o finalismo penal transforma a consciência da ilicitude, então real, em potencial. Não mais reclama o efetivo conhecimento do agente acerca do caráter ilícito do fato típico cometido. É suficiente tenha ele a possibilidade, a potencialidade de compreender o caráter ilícito do fato.



Sistema Clássico	Sistema Finalista
<i>Consciência da ilicitude</i> : situada na culpabilidade, no interior do dolo, de cunho normativo.	<i>Potencial consciência da ilicitude</i> : inserida na culpabilidade, mas separada do dolo, o qual foi transferido para a conduta (fato típico), e passou a ser a natural, isto é, sem a consciência da ilicitude.

No sistema clássico a falta de consciência da ilicitude excluía o dolo normativo.

Por outro lado, no sistema finalista a ausência da potencial consciência da ilicitude preserva íntegro o dolo natural, e afasta a culpabilidade. É o que se dá no erro de proibição escusável, entendimento que foi expressamente acolhido pelo art. 21, parágrafo único, do Código Penal: “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” (grifamos).

### 29.3. CRITÉRIOS PARA DETERMINAÇÃO DO OBJETO DA CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

Juan Córdoba Roda, em trabalho específico sobre o assunto,<sup>1</sup> aponta três critérios para determinação do objeto da consciência da ilicitude:

- 1) **Crítério Formal**: desenvolvido por Binding, Beling e von Liszt, proclama ser necessário o conhecimento do agente sobre a violação de alguma norma penal;
- 2) **Crítério Material**: defendido por Max Ernst Mayer e Kaufmann, baseia-se em uma concepção material do injusto, a qual exige o conhecimento da antissocialidade, da injustiça e imoralidade de uma conduta ou da violação de um interesse; e
- 3) **Crítério Intermediário**: originário dos estudos de Hans Welzel, sustenta que o conhecimento da ilicitude não importa em conhecimento da punibilidade da conduta, nem em conhecimento do dispositivo legal que contém a proibição do seu comportamento. O sujeito, embora não seja obrigado a proceder a uma valoração de ordem técnico-jurídica, deve conhecer, ou poder conhecer, com o esforço devido de sua consciência, com um juízo geral de sua própria esfera de pensamentos, o caráter ilícito do seu modo de agir. Basta, portanto, a valoração paralela da esfera do profano.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> CÓRDOBA RODA, Juan. *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*. Barcelona: Bosch, 1962. p. 89 e ss.

<sup>2</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 469.

O **critério formal** não encontrou acolhimento, pois somente os juristas, os técnicos em Direito Penal, poderiam cometer crimes ou contravenções penais.

O **critério material**, bem mais rebuscado, esbarra na existência de infrações penais de pura criação legislativa, que não correspondem ao conceito de injusto material, e, inversamente, em condutas reconhecidamente danosas, embora não tipificadas pelo Direito Penal.

Por esses motivos, o critério de **maior aceitação** é o **intermediário**. É suficiente um juízo geral acerca do caráter ilícito do fato, e também a possibilidade de se atingir esse juízo, mediante um simples e exigível esforço da consciência. Em suma, basta o esforço normal da inteligência do agente para aferição da potencial consciência da ilicitude.

#### 29.4. EXCLUSÃO

A potencial consciência da ilicitude é afastada pelo **erro de proibição** escusável (CP, art. 21, *caput*).

##### 29.4.1. Erro de proibição

###### 29.4.1.1. Introdução

Falava-se, no Direito Romano, em **erro de direito** para se referir à ignorância ou falsa interpretação da lei.

Essa opção foi acolhida pela redação original do Código Penal de 1940, que, sob a rubrica "**ignorância ou erro de direito**", dispunha: "A ignorância ou a errada compreensão da lei não eximem de pena".

Com a Reforma da Parte Geral do Código Penal pela Lei 7.209/1984, o panorama mudou: o erro de direito, então tratado pelo art. 16, cedeu espaço ao **erro sobre a ilicitude do fato**, disciplinado pelo art. 21 e denominado **erro de proibição**, mais técnico e diverso da mera ignorância ou errada compreensão da lei.

###### 29.4.1.2. Desconhecimento da lei ("ignorantia legis")

É preceptivo o art. 21, *caput*, 1.<sup>a</sup> parte, do Código Penal: "O desconhecimento da lei é inescusável".

Em igual sentido, estabelece o art. 3.<sup>o</sup> da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: "Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece".

Em princípio, o desconhecimento da lei é irrelevante no Direito Penal. Com efeito, para possibilitar a convivência de todos em sociedade, com

obediência ao ordenamento jurídico, impõe-se uma ficção: a **presunção legal absoluta** acerca do conhecimento da lei. Considera-se ser a lei de conhecimento geral com a sua publicação no Diário Oficial.

Mas a ciência da existência da lei é diferente do conhecimento do seu conteúdo. Aquela se obtém com a publicação da norma escrita; este, inerente ao conteúdo lícito ou ilícito da lei, somente se adquire com a vida em sociedade. E é justamente nesse ponto – conhecimento do conteúdo da lei, do seu caráter ilícito – que entra em cena o instituto do erro de proibição. Há duas situações diversas: desconhecimento da lei (inaceitável) e desconhecimento do caráter ilícito do fato, capaz de afastar a culpabilidade, isentando o agente de pena. Como define Cezar Roberto Bitencourt:

*A ignorantia legis é matéria de aplicação da lei, que, por ficção jurídica, se presume conhecida por todos, enquanto o erro de proibição é matéria de culpabilidade, num aspecto inteiramente diverso. Não se trata de derrogar ou não os efeitos da lei, em função de alguém conhecê-la ou desconhecê-la. A incidência é exatamente esta: a relação que existe entre a lei, em abstrato, e o conhecimento que alguém possa ter de que seu comportamento esteja contrariando a norma legal. É exatamente nessa relação – de um lado a norma, em abstrato, plenamente eficaz e válida para todos, e, de outro lado, o comportamento concreto e individualizado – que se estabelecerá ou não a consciência da ilicitude, que é matéria de culpabilidade, e nada tem que ver com os princípios que informam a estabilidade do ordenamento jurídico.<sup>3</sup>*

Embora estabeleça o art. 21, *caput*, do Código Penal, ser inescusável o desconhecimento da lei, o elevado número de complexas normas que compõem o sistema jurídico permite a sua eficácia em duas hipóteses no campo penal:

- a) atenuante genérica, seja escusável ou inescusável o desconhecimento da lei (CP, art. 65, II); e
- b) autoriza o perdão judicial nas contravenções penais, desde que escusável (Lei das Contravenções Penais – Decreto-lei 3.688/1941, art. 8.º).

#### 29.4.1.3. Conceito de erro de proibição

O erro de proibição foi disciplinado pelo art. 21, *caput*, do Código Penal, que o chama de “erro sobre a ilicitude do fato”.

Varia a natureza jurídica do instituto em razão da sua admissibilidade: funciona como causa de exclusão da culpabilidade, quando escusável, ou como causa de diminuição da pena, quando inescusável.

<sup>3</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição*. Uma análise comparativa. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 92-93.

O erro de proibição pode ser definido como a falsa percepção do agente acerca do caráter ilícito do fato típico por ele praticado, de acordo com um **juízo profano**, isto é, possível de ser alcançado mediante um procedimento de simples esforço de sua consciência. O sujeito conhece a existência da lei penal (presunção legal absoluta), mas desconhece ou interpreta mal seu conteúdo, ou seja, não compreende adequadamente seu caráter ilícito.

A simples omissão, ou mesmo conivência do Poder Público no que diz respeito ao combate da criminalidade não autoriza o reconhecimento do erro de proibição. Como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

A simples manutenção de espaço destinado à prática de prostituição traduz-se em conduta penalmente reprovável, sendo que a possível condescendência dos órgãos públicos e a localização da casa comercial não autorizam, por si só, a aplicação da figura do erro de proibição, com vistas a absolver o réu.<sup>4</sup>

#### 29.4.1.4. Efeitos: *escusável e inescusável*

Na redação original da Parte Geral do Código Penal, o erro de direito era considerado pelo art. 48, III, uma mera **atenuante genérica**.

Atualmente, porém, o **erro de proibição** relaciona-se com a **culpabilidade**, podendo ou não excluí-la, se for **escusável** ou **inescusável**.

**Erro de proibição escusável, inevitável, ou invencível:** o sujeito, ainda que no caso concreto tivesse se esforçado, não poderia evitá-lo. O agente, nada obstante o emprego das diligências ordinárias inerentes à sua condição pessoal, não tem condições de compreender o caráter ilícito do fato.

Nesse caso, **exclui-se a culpabilidade**, em face da ausência de um dos seus elementos, a potencial consciência da ilicitude. Nos termos do art. 21, *caput*: “O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena”.

**Erro de proibição inescusável, evitável, ou vencível:** poderia ser evitado com o normal esforço de consciência por parte do agente. Se empregasse as diligências normais, seria possível a compreensão acerca do caráter ilícito do fato.

**Subsiste a culpabilidade, mas a pena deve ser diminuída de um sexto a um terço**, em face da **menor censurabilidade da conduta**. O grau de reprovabilidade do comportamento do agente é o vetor para a maior ou menor diminuição. E, embora o art. 21, *caput*, disponha que o juiz “**poderá**” diminuir a pena, a redução é obrigatória, pois não se pode reconhecer a menor censurabilidade e não diminuir a sanção.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> REsp 870.055/SC, rel. Min. Gilson Dipp, 5.ª Turma, j. 27.02.2007.

<sup>5</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. Parte geral. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1, p. 201.

O critério para decidir se o erro de proibição é escusável ou inescusável é o **perfil subjetivo do agente**, e não a figura do homem médio.

De fato, em se tratando de matéria inerente à culpabilidade, levam-se em conta as condições particulares do responsável pelo fato típico e ilícito (cultura, localidade em que reside, inteligência e prudência etc.), com a finalidade de se alcançar sua responsabilidade individual, que não guarda relação com um *standard* de comportamento desejado pelo Direito Penal.

Lembre-se: quando se fala em fato típico e ilicitude, e em todos os institutos a eles relacionados, considera-se a posição do homem médio, pois se analisa o fato (típico ou atípico, ilícito ou lícito). Questiona-se: O fato é típico? O fato é ilícito? O que vale é o fato, pouco importando a pessoa do agente.

Por outro lado, o tema “culpabilidade”, e todas as matérias a ele ligadas, considera a figura concreta do responsável pelo fato típico e ilícito, para o fim de aferir se ele, com base em suas condições pessoais, é ou não merecedor de uma pena. Questiona-se: O agente é culpável? Deve suportar uma pena?

#### 29.4.1.5. *Crítérios para identificação da escusabilidade ou inescusabilidade do erro de proibição*

Sabemos que o caráter escusável ou inescusável do erro de proibição deve ser calculado com base na pessoa do agente.

O parágrafo único do art. 21 do Código Penal consagra esse entendimento, ao estabelecer que “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”. Esse é o erro de proibição inescusável.

*A contrario sensu*, conclui-se que o erro de proibição escusável, em consonância com o legislador, é aquele em que o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando não lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Mas ainda é pouco. Podemos então indagar: Há critérios mais seguros e específicos para a identificação do erro de proibição inescusável, vencível ou evitável?

Sim, existem critérios precisos, fornecidos por Francisco de Assis Toledo,<sup>6</sup> que nos permitem a elaboração de um quadro esquemático:

<sup>6</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *O erro no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 97.

ERRO DE PROIBIÇÃO INESCUSÁVEL, VENCÍVEL OU EVITÁVEL
1) O agente atua com uma "consciência profana" acerca do caráter ilícito do fato.
2) O agente atua sem a mencionada consciência profana, quando lhe era fácil atingi-la, nas circunstâncias em que se encontrava, isto é, com o próprio esforço de inteligência e com os conhecimentos hauridos da vida comunitária de seu próprio meio.
3) O agente atua sem a "consciência profana" sobre o caráter ilícito do fato, por ter, na dúvida, deixado propositadamente de informar-se para não ter que evitar uma possível conduta proibida.
4) O agente atua sem essa consciência por não ter procurado informar-se convenientemente, mesmo sem má intenção, para o exercício de atividades regulamentadas.

#### 29.4.1.6. Espécies de erro de proibição: direto, indireto e mandamental

O erro de proibição pode ser direto, indireto e mandamental.

No erro de proibição **direto**, o agente desconhece o conteúdo de uma lei penal proibitiva, ou, se o conhece, interpreta-o de forma equivocada. Exemplos:

- (1) O credor, ao ser avisado que seu devedor está de mudança para outro país, ingressa clandestinamente em sua residência e subtrai bens no valor da dívida, acreditando ser lícito "fazer justiça pelas próprias mãos"; e
- (2) O pescador que intencionalmente, em águas jurisdicionais brasileiras, molesta um cetáceo (baleia, por exemplo), não sabe que comete o crime tipificado pelo art. 1.º da Lei 7.643/1987, sujeito à pena de reclusão, de 2 a 5 anos, e multa.

Por sua vez, no erro de proibição **indireto**, também chamado de **des-criminante putativa por erro de proibição**, o agente conhece o caráter ilícito do fato, mas, no caso concreto, acredita erroneamente estar presente uma causa de exclusão da ilicitude, ou se equivoca quanto aos limites de uma causa de exclusão da ilicitude efetivamente presente. Exemplo: "A", voltando antecipadamente de viagem, e sem prévio aviso, encontra a esposa em flagrante adultério. Saca seu revólver e mata a mulher, acreditando estar autorizado a assim agir pela "legítima defesa da honra".

Finalmente, no erro de proibição **mandamental**, o agente, envolvido em uma situação de perigo a determinado bem jurídico, erroneamente acredita estar autorizado a livrar-se do dever de agir para impedir o resultado, nas hipóteses previstas no art. 13, § 2.º, do Código Penal. Só é possível nos crimes omissivos impróprios. Exemplo: o pai de família, válido para o trabalho, mas em situação de pobreza, abandona o filho de pouca idade à sua própria sorte, matando-o, por acreditar que nesse caso não tem a obrigação de por ele zelar.

#### 29.4.1.7. Erro de proibição e crime putativo por erro de proibição

Erro de proibição e crime putativo por erro de proibição não se confundem.

No **erro de proibição** o sujeito age acreditando na licitude do seu comportamento, quando na verdade pratica uma infração penal, por não compreender o caráter ilícito do fato.

Já no **crime putativo por erro de proibição**, ou **delito putativo por erro de proibição**, o agente atua acreditando que seu comportamento constitui crime ou contravenção penal, mas, na realidade, é penalmente irrelevante. Exemplo: o pai mantém relações sexuais consentidas com a filha maior de 18 anos de idade e plenamente capaz, acreditando cometer o crime de incesto, fato atípico no Direito Penal pátrio.

#### 29.4.1.8. Diferença entre erro de tipo e erro de proibição

No **erro de tipo**, disciplinado pelo art. 20 do Código Penal, o sujeito desconhece a **situação fática** que o cerca, não constatando em sua conduta a presença das elementares de um tipo penal. Exemplo: “A” leva para casa, por engano, um livro de “B”, seu colega de faculdade. Por acreditar que o bem lhe pertencia, desconhecendo a elementar “coisa alheia móvel”, não comete o crime de furto (CP, art. 155).

O erro de tipo, escusável ou inescusável, **exclui o dolo**. Mas, se inescusável, subsiste a punição por crime culposos, se previsto em lei.

No **erro de proibição** o sujeito conhece perfeitamente a situação fática em que se encontra, mas **desconhece a ilicitude do seu comportamento**. Consequentemente, não afeta o dolo (natural).

Quanto aos seus efeitos, o erro de proibição, se **escusável, exclui a culpabilidade**, diante da ausência da potencial consciência da ilicitude, um dos seus elementos. E, se **inescusável, subsiste o crime**, e também a culpabilidade, incidindo uma **causa de diminuição da pena**, de um sexto a um terço (CP, art. 21, *caput*).

	Erro de tipo	Erro de proibição
<b>Causa</b>	O agente desconhece a situação fática, o que lhe impede o conhecimento de um ou mais elementos do tipo penal. Não sabe o que faz.	O agente conhece a realidade fática, mas não compreende o caráter ilícito da sua conduta. Sabe o que faz, mas não sabe que viola a lei penal.
<b>Efeitos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Escusável: exclui o dolo e a culpa; e</li> <li>▪ Inescusável: exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Escusável: exclui a culpabilidade; e</li> <li>▪ Inescusável: não afasta a culpabilidade, mas permite a diminuição da pena, de 1/6 a 1/3.</li> </ul>

### 29.4.1.9. O erro de tipo que incide sobre a ilicitude do fato

O erro sobre a ilicitude do fato caracteriza erro de proibição, relacionando-se com o terreno da culpabilidade. Essa é a regra adotada pelo Código Penal.

Excepcionalmente, todavia, o preceito primário de um tipo penal inclui na descrição da conduta criminosa **elementos normativos de índole jurídica**, ou mesmo **palavras ou expressões atinentes à ilicitude**. É o que se dá, exemplificativamente, nos crimes de violação de correspondência (CP, art. 151: "indevidamente"), divulgação de segredo, violação do segredo profissional, abandono material e abandono intelectual (CP, arts. 153, *caput*, e § 2.º, 154, 244, *caput*, e 246: "sem justa causa").

Em tais hipóteses, o erro sobre a ilicitude do fato caracteriza **erro de tipo**, com todos os seus efeitos, e não erro de proibição, porque a ilicitude funciona como elemento do tipo penal. O erro, portanto, incide sobre os elementos do tipo.

## 29.5. QUESTÕES

1. (Juiz Federal – TRF/5.ª Região 2007) Acerca das causas excludentes da ilicitude e culpabilidade, julgue o próximo item.

Constitui erro de proibição indireto a situação em que o agente, embora tendo perfeita noção da realidade, avalia de forma equivocada os limites da norma autorizadora, respondendo com a pena reduzida, se o erro for inescusável, ou ficando isento de pena, se for escusável.

2. (23.º Procurador da República/MPF) X, agindo sorrateiramente, subtraiu um cheque ao portador, emitido por Y, de quem é credor, e dele se apoderou. Como o valor consignado no título corresponde à expressão pecuniária do débito, X supôs-se autorizado a quitar-se, por esse meio, apesar de saber que a solução por ele adotada não seria aceita por Y. Na situação hipoteticamente posta, é possível identificar:

- (A) um erro tipo essencial, pois o cheque ao portador não se conforma como coisa alheia móvel, para os fins previstos no Código Penal, art.155;
- (B) um erro de direito extra-penal, excludente do dolo, pois, enquanto ordem de pagamento à vista, o cheque não pode ser objeto de delito de furto;
- (C) um erro de proibição;
- (D) uma causa obrigatória de diminuição da pena, vinculada à primariedade do agente.

3. (II Defensor Público/SP 2007) "Luquinha" Visconti, homem simples da periferia de São Paulo, adquiriu carteira de habilitação acreditando na desnecessidade da realização de exames de habilitação. Está sendo processado por falsidade ideológica e uso de documento falso. Em sua defesa deverá ser arguido:

- (A) erro sobre o elemento constitutivo do tipo penal, que exclui o dolo.
- (B) erro sobre o elemento constitutivo do tipo penal, porém vencível, sendo punível pela culpa.



- (C) estado de necessidade exculpante.
- (D) erro sobre a ilicitude do fato, excluindo-se a culpabilidade pela exigibilidade de conduta diversa.
- (E) erro sobre a ilicitude do fato, excluindo-se a culpabilidade pela falta desta consciência.
4. (Magistratura Federal 1.ª Região – CESPE/2009) Assinale a opção correta em relação às causas de exclusão de culpabilidade, ao concurso de pessoas, às finalidades das penas e às medidas de segurança.
- (A) Em relação à embriaguez não acidental, o CP adotou a teoria da *actio libera in causa*, devendo ser considerado o momento da prática delituosa e não o da ingestão da substância, para aferir a culpabilidade do agente.
- (B) No erro de proibição indireto, o agente tem perfeita noção da realidade, mas avalia de forma equivocada os limites da norma autorizadora. Tal erro, se escusável, isenta-o de pena; se inescusável, concede-lhe o direito a redução da pena de um sexto a um terço.
- (C) No ordenamento jurídico brasileiro, a natureza jurídica do concurso de pessoas é justificada pela adoção da teoria monista, na qual inexistem desvios subjetivos de conduta.
- (D) Segundo a teoria finalista, a pena tem a dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática do crime pela reeducação e pela intimidação coletiva.
- (E) A medida de segurança possui finalidade preventiva e visa ao tratamento dos inimputáveis que demonstrarem, pela prática delitiva, potencialidade para novas ações danosas, razão pela qual não se aplicam os princípios da irretroatividade da lei penal mais grave e da anterioridade a essa espécie de sanção penal.
5. (MP/PR 2009) Sobre o tema *modalidades de erro*, assinale a alternativa **INCORRETA**:
- (A) o erro de proibição pode recair sobre o dever jurídico de agir, que fundamenta a posição de garantidor do bem jurídico.
- (B) o legislador penal brasileiro adotou a teoria limitada da culpabilidade, que trata o erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação como erro de tipo permissivo, com as mesmas consequências jurídicas do erro de tipo.
- (C) o erro de proibição, se inevitável, exclui a culpabilidade, e se evitável, reduz a culpabilidade; o erro de tipo, se inevitável, exclui o dolo e o próprio crime, e se evitável, pode ser punido a título de culpa, se prevista a modalidade em lei.
- (D) o erro de permissão, ou erro de proibição indireto, tem por objeto os limites jurídicos de uma causa de justificação legal, ou a existência de uma causa de justificação inexistente.
- (E) o erro de proibição não pode incidir sobre o dever jurídico de cuidado, que fundamenta os tipos culposos.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

**Obs.:** Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no *site* [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

## EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Sumário: 30.1. Conceito – 30.2. Causas supralegais de exclusão da culpabilidade: 30.2.1. Origem histórica; 30.2.2. Situação atual; admissibilidade e fundamentos – 30.3. Coação moral irresistível: 30.3.1. Dispositivo legal e incidência; 30.3.2. Fundamento; 30.3.3. Requisitos; 30.3.4. Efeitos; 30.3.5. Temor reverencial – 30.4. Obediência hierárquica: 30.4.1. Dispositivo legal; 30.4.2. Conceito; 30.4.3. Fundamentos; 30.4.4. Requisitos; 30.4.5. Efeitos – 30.5. Questões.

### 30.1. CONCEITO

A exigibilidade de conduta diversa é o elemento da culpabilidade consistente na expectativa da sociedade acerca da prática de uma conduta diversa daquela que foi deliberadamente adotada pelo autor de um fato típico e ilícito. Em síntese, é necessário tenha o crime sido cometido em circunstâncias normais, isto é, o agente podia comportar-se em conformidade com o Direito, mas preferiu violar a lei penal.

Destarte, quando o caso concreto indicar a prática da infração penal em decorrência de inexigibilidade de conduta diversa, estará excluída a culpabilidade, pela ausência de um dos seus elementos.

Atribui-se a **Reinhart Frank** a inserção da exigibilidade de conduta conforme ao Direito no juízo da culpabilidade, ao desenvolver, em 1907, sua **teoria da normalidade das circunstâncias concomitantes**,<sup>1</sup> criando a teoria psicológico-normativa da culpabilidade.

No Código Penal de 1940, com a Parte Geral alterada pela Lei 7.209/1984, o tratamento normativo da culpabilidade restou manifesto nos institutos da coação moral irresistível e da obediência hierárquica (art. 22), causas legais

<sup>1</sup> FRANK, Reinhart. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 28 e ss.

de exclusão da culpabilidade motivadas pela inexigibilidade de conduta diversa.

## 30.2. CAUSAS SUPRALEGAIS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE

### 30.2.1. Origem histórica

Os pioneiros acontecimentos que resultaram no reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa, como dirimente, se deram na Alemanha, no início do século XX: (1) cavalo bravo; e (2) parteira dos filhos de mineradores. Como narra Odín Americano:<sup>2</sup>

#### a) Cavalo bravo:

O proprietário de um cavalo indócil ordenou ao cocheiro que o montasse e saísse a serviço. O cocheiro, prevendo a possibilidade de um acidente, se o animal disparasse, quis resistir à ordem. O dono o ameaçou de dispensa caso não cumprisse o mandado. O cocheiro, então, obedeceu e, uma vez na rua, o animal tomou-lhe às rédeas e causou lesões em um transeunte. O Tribunal alemão absolveu o cocheiro sob o fundamento de que, se houve previsibilidade do evento, não seria justo, todavia, exigir-se outro proceder do agente. Sua recusa em sair com o animal importaria a perda do emprego, logo a prática da ação perigosa não foi culposa, mercê da inexigibilidade de outro comportamento.

#### b) Parteira dos filhos de mineradores:

A empresa exploradora de uma mina acordou com os seus empregados que, no dia do parto da esposa de um operário, este ficaria dispensado do serviço, sem prejuízo de seus salários. Os operários solicitaram da parteira encarregada dos partos que, no caso de nascimento verificado em domingo, declarasse no Registro Civil que o parto se verificara em dia de serviço, ameaçando-a de não procurar seu mister se não os atendesse. Temerosa de ficar sem trabalho, a parteira acabou em situação difícil, por atender à exigência, e tornou-se autora de uma série de declarações falsas no Registro de Nascimento. Foi absolvida, por inexigibilidade de conduta diversa.

### 30.2.2. Situação atual: admissibilidade e fundamentos

Modernamente tem sido sustentada a possibilidade de formulação de causas excludentes da culpabilidade não previstas em lei, ou seja, supralegais e distintas da coação moral irresistível e da obediência hierárquica.

<sup>2</sup> AMERICANO, Odín. Da culpabilidade normativa. *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Néilson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 348-349.

Essas causas supralegais se fundamentam em dois pontos:

- (1) a exigibilidade de conduta diversa constitui-se em princípio geral da culpabilidade, que dela não pode se desvencilhar. Em verdade, não se admite a responsabilização penal de comportamentos inevitáveis; e
- (2) a aceitação se coaduna com a regra *nullum crimen sine culpa*, acolhida pelo art. 19 do Código Penal.

Na precisa lição de Francisco de Assis Toledo:

A inexigibilidade de outra conduta é, pois, a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade. E constitui um verdadeiro princípio de direito penal. Quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito.<sup>3</sup>

São cabíveis nos crimes culposos e também nos dolosos, nada obstante sejam mais frequentes nos primeiros.

Exemplificativamente, a mãe viúva que deixa em casa, sozinho, o filho de pouca idade para trabalhar, pois não tem pessoas de confiança para cuidar do menino e não pode contar com o serviço público de creche – que se encontra em greve –, sabe que a criança fatalmente subirá em móveis, abrirá armários e praticará outras atividades perigosas, sendo previsível que, em virtude da sua ausência, venha a se machucar. Ainda que se fra gravemente, não deverá a mãe ser responsabilizada pela lesão corporal culposa, em face da inexigibilidade de conduta diversa. Com efeito, seria inadequado impor a ela comportamento diverso, pois em tal caso poderiam faltar os recursos mínimos necessários para o sustento e a sobrevivência própria e de sua prole.

Essa conclusão também é alicerçada no entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto:

A exigibilidade de conduta diversa, apesar de apresentar muita polêmica, é, no entendimento predominante, elemento da culpabilidade. Por via de consequência, sem adentrar na questão dos seus limites, a tese da inexigibilidade de conduta diversa pode ser apresentada como causa de exclusão da culpabilidade.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. 13. lir. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 328.

<sup>4</sup> HC 16.865/PE, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 09.10.2001.

### 30.3. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL

#### 30.3.1. Dispositivo legal e incidência

Estabelece o art. 22 do Código Penal: “Se o fato é cometido sob coação irresistível (...), só é punível o autor da coação”.

Esse dispositivo legal, nada obstante mencione somente “coação irresistível”, refere-se exclusivamente à coação **moral** irresistível.

Com efeito, estabelece em sua parte final ser **punível** só o autor da coação. Em outras palavras, diz que o coagido está **isento de pena**, expressão que se coaduna com as **dirimentes**, ou seja, causas de exclusão da culpabilidade.

Na coação moral, o coator, para alcançar o resultado ilícito desejado, ameaça o coagido, e este, por medo, realiza a conduta criminosa. Essa intimidação recai sobre sua vontade, viciando-a, de modo a retirar a exigência legal de agir de maneira diferente. Exclui-se a culpabilidade, em face da inexigibilidade de conduta diversa.

Por sua vez, na coação **física** irresistível elimina-se por completo a vontade do coagido. Seu aspecto volitivo não é meramente viciado, mas suprimido, e ele passa a atuar como instrumento do crime a serviço do coator. Exclui-se a conduta, e, conseqüentemente, o próprio fato típico praticado pelo coagido.

#### 30.3.2. Fundamento

A lei não pode impor às pessoas o dever de atuar de modo heroico. Destarte, se presente uma ameaça séria, grave e irresistível, não é razoável exigir o cumprimento literal pelo coagido do direito positivo, sob pena de suportar riscos que o Direito não será hábil a reparar.

#### 30.3.3. Requisitos

A coação moral irresistível depende dos seguintes requisitos:

1) **Ameaça do coator, ou seja, promessa de mal grave e iminente, o qual o coagido não é obrigado a suportar:** se o mal é atual, com maior razão estará excluída a culpabilidade.

Essa ameaça deve ser direcionada à pessoa do coagido ou ainda a indivíduos com ele intimamente relacionados. Se for dirigida a pessoa estranha, pode até ser excluída a culpabilidade, em face de causa suprallegal fundada na inexigibilidade de conduta diversa.

Se não bastasse, essa ameaça precisa ser séria e ligada a ofensa certa. Em suma, deve ser passível de realização, pouco importando se o coator realmente deseja ou não concretizá-la.

2) **Inevitabilidade do perigo na posição em que se encontra o coagido:** se o perigo puder por outro meio ser evitado, seja pela atuação do próprio coagido, seja pela força policial, não há falar na dirimente.

3) **Caráter irresistível da ameaça:** além de grave, o mal prometido deve ser irresistível.

A gravidade e a irresistibilidade da ameaça devem ser aferidas no caso concreto, levando em conta as condições pessoais do coagido. Trata-se, em verdade, de instituto relacionado com a culpabilidade, razão pela qual não se considera a figura imaginária do homem médio, voltada ao fato típico e ilícito, mas o perfil subjetivo do agente, que será então considerado culpável ou não.

Nada obstante, há entendimentos no sentido de que a gravidade e a irresistibilidade da coação devem ser calculadas com base nas características do *homo medius*.

4) **Presença de ao menos três pessoas envolvidas:** devem estar presentes o coator, o coagido e a vítima do crime por este praticado.

No caso do diretor de uma empresa, que é obrigado por criminosos a entregar todos os valores que se encontram guardados em um cofre que apenas ele pode abrir, sob a ameaça de seu filho, em poder de outra pessoa ligada aos assaltantes, ser morto, os envolvidos são: os delinquentes (coatores), o diretor da empresa (coagido) e a própria empresa, lesada em seu patrimônio (vítima).

Admite-se, contudo, a configuração da dirimente em análise com apenas duas pessoas envolvidas: coator e coagido.

Nesse caso, o coator funcionaria também como vítima. Exemplo: em razão de tão grave e irresistível ameaça para praticar crime no futuro, o coagido, premido pelo medo e sem outra forma de agir, mata o próprio coator. Essa situação não se confunde com a legítima defesa. De fato, estaria afastada a excludente da ilicitude em face da inexistência de agressão atual ou iminente.

#### 30.3.4. Efeitos

A coação moral irresistível afasta a culpabilidade do coagido (autor de um fato típico e ilícito). Não há, contudo, impunidade: pelo crime responde somente o coator. Trata-se de manifestação da **autoria mediata**, pois o coator valeu-se de uma pessoa sem culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa) para realizar uma infração penal.

Não se pode olvidar, ainda, que o coator responde – além do crime praticado pelo coagido – pelo crime de tortura definido pelo art. 1.º, I, “b”, da Lei 9.455/1997,<sup>5</sup> em concurso material.

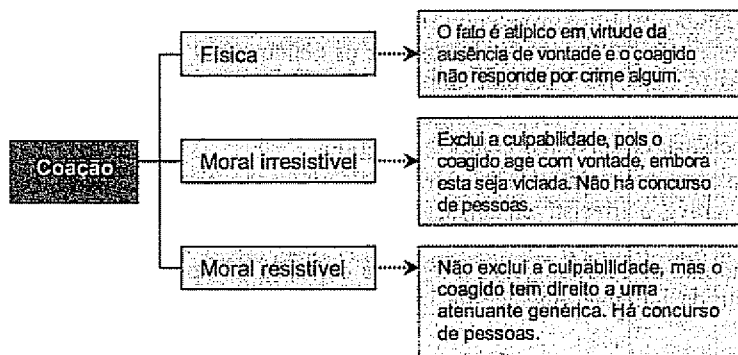
<sup>5</sup> “Art. 1.º Constitui crime de tortura: I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: (...) b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa” (grifamos).

Inexiste concurso de pessoas entre coator e coagido, em face da ausência de vínculo subjetivo. Não há, por parte do coagido, a intenção de contribuir para o crime praticado pelo coator.

Se, entretanto, a coação moral for resistível, remanesce a culpabilidade do coagido, operando-se autêntico concurso de agentes entre ele e o coator. Na visão do Supremo Tribunal Federal:

É inconcebível falar-se em cometimento delituoso sob o efeito de coação moral irresistível, se o agente poderia livremente recusar o cumprimento de tarefa manifestamente ilegal, porquanto não era ele hierarquicamente subalterno dos coautores mandantes e financiadores dos crimes de homicídio e, evidentemente, não seria moralmente obrigado a cumprir-lhes as ordens, mormente se comprovado, nos autos, que ele próprio, tornando-se desafeto gratuito de uma das vítimas, não escondia o seu propósito de vê-la morta, só não o fazendo pessoalmente por não possuir coragem para tanto.<sup>6</sup>

Frise-se, todavia, que na coação moral resistível, enquanto a pena do coator será agravada (CP, art. 62, II), a do coagido será atenuada (CP, art. 65, III, “c”, 1.ª parte).



### 30.3.5. Temor reverencial

É o fundado receio de decepcionar pessoa a quem se deve elevado respeito. Exemplo: filho que falsifica as notas lançadas no boletim da faculdade com o propósito de esconder as avaliações negativas do conhecimento dos pais, que arduamente custeiam seus estudos.

Não se equipara à coação moral. Não há ameaça, mas apenas receio. Além disso, na seara do Direito Civil o temor reverencial sequer permite a anulação dos negócios jurídicos, não podendo, no campo criminal, elidir a culpabilidade.

<sup>6</sup> RE 487.450/PB, decisão monocrática do Min. Marco Aurélio, j. 15.03.2007.

## 30.4. OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA

### 30.4.1. Dispositivo legal

Estabelece o art. 22 do Código Penal: “Se o fato é cometido (...) em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor (...) da ordem”.

### 30.4.2. Conceito

Obediência hierárquica é a causa de exclusão da culpabilidade, fundada na inexigibilidade de conduta diversa, que ocorre quando um funcionário público subalterno pratica uma infração penal em decorrência do cumprimento de ordem, não manifestamente ilegal, emitida pelo superior hierárquico.

### 30.4.3. Fundamentos

Essa regra se fundamenta em dois pilares:

- (1) impossibilidade, no caso concreto, de conhecer a ilegalidade da ordem; e
- (2) inexigibilidade de conduta diversa.

### 30.4.4. Requisitos

A caracterização da dirimente em apreço depende da verificação dos seguintes requisitos:

**1) Ordem não manifestamente ilegal:** é a de aparente legalidade, em face da crença de licitude que tem um funcionário público subalterno ao obedecer ao mandamento de superior hierárquico, colocado nessa posição em razão de possuir maiores conhecimentos técnicos ou por encontrar-se há mais tempo no serviço público.

Como decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

Coautoria de servidores públicos que tinham discernimento e independência para agirem segundo a lei, sem obediência a ordem manifestamente ilegal. Humildes servidores representados por agentes de segurança e policiais de baixa patente não podem ser incriminados como co-autores, por terem agido por temor do patrão e chefe de hierarquia superior.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> APn 266/RO, rel. Min. Eliana Calmon, Corte Especial, j. 01.06.2005.



Dai falar-se que a obediência hierárquica representa uma fusão do erro de proibição (acarreta no desconhecimento do caráter ilícito do fato) com a inexigibilidade de conduta diversa (não se pode exigir do subordinado comportamento diferente).

Se a ordem for legal, não há crime, seja por parte do superior hierárquico, seja por parte do subalterno. Em verdade, a atuação deste último estará acobertada pelo estrito cumprimento do dever legal, causa de exclusão da ilicitude prevista no art. 23, III, do Código Penal.

**2) Ordem originária de autoridade competente:** o mandamento emana de funcionário público legalmente competente para fazê-lo.

O cumprimento de ordem advinda de autoridade incompetente pode, no caso concreto, resultar no reconhecimento de erro de proibição invencível ou escusável.

**3) Relação de Direito Público:** a posição de hierarquia que autoriza o reconhecimento da excludente da culpabilidade somente existe no Direito Público. Não é admitida no campo privado, por falta de suporte para punição severa e injustificada àquele que descumpre ordem não manifestamente ilegal emanada de seu superior.

Essa hierarquia, exclusiva da área pública, é mais frequente entre os militares. O descumprimento de ordem do superior na seara castrense caracteriza motivo legítimo para prisão disciplinar, ou, até mesmo, crime tipificado pelo art. 163 do Código Penal Militar.

**4) Presença de três pessoas:** envolve o mandante da ordem (superior hierárquico), seu executor (subalterno) e a vítima do crime por este praticado.

**5) Cumprimento estrito da ordem:** o executor não pode ultrapassar, por conta própria, os limites da ordem que lhe foi endereçada, sob pena de afastamento da excludente.

A propósito, dispõe o art. 38, § 2.º, do Código Penal Militar: “Se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso, ou há excesso nos atos ou na forma de execução, é punível também o inferior”.

#### 30.4.5. Efeitos

O estrito cumprimento de ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico exclui a culpabilidade do executor subalterno, com fulcro na inexigibilidade de conduta diversa. O fato, contudo, não permanece impune, pois por ele responde o autor da ordem.

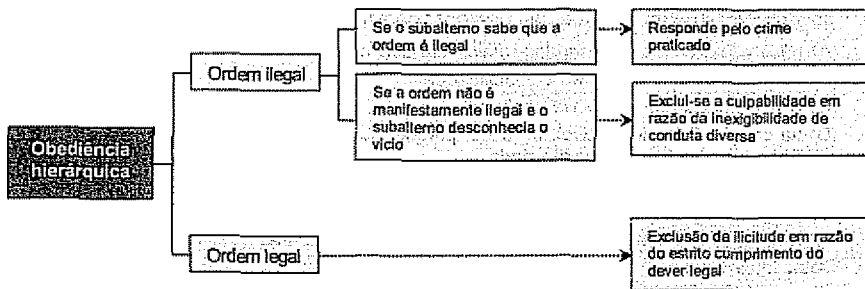
Imagine a hipótese de um Delegado de Polícia, com larga experiência em sua atividade, que determina a um investigador de Polícia de sua equipe, recém ingressado na instituição, a prisão em flagrante de um desafeto, autor de um crime de roubo ocorrido há mais de uma semana, em relação

ao qual não houve perseguição, fato desconhecido pelo subordinado. O subalterno, no caso, seja em face do restrito conhecimento do caso concreto, seja em respeito ao superior hierárquico, em quem muito confia, não pode ser responsabilizado, devendo o crime ser atribuído exclusivamente ao autor da ordem.

Inexiste, na obediência hierárquica, concurso de pessoas entre o mandante e o executor da ordem não manifestamente ilegal, por falta da unidade de elemento subjetivo relativamente à produção do resultado.

Se, entretanto, a ordem for **manifestamente ilegal**, mandante e executor respondem pela infração penal, pois se caracteriza o concurso de agentes. Ambos sabem do caráter ilícito da conduta e contribuem para o resultado. Para o superior hierárquico, incide a agravante genérica descrita pelo art. 62, III, 1.ª parte, do Código Penal. E, no tocante ao subalterno, aplica-se a atenuante genérica delineada pelo art. 65, III, "c" (em cumprimento de ordem de autoridade superior), do Código Penal.

Na análise da legalidade ou ilegalidade da ordem, deve ser considerado o **perfil subjetivo do executor**, e não os dados comuns ao homem médio, porque se trata de questão afeta à culpabilidade, na qual sempre se consideram as condições pessoais do agente, para se concluir se é ou não culpável.



### 30.5. QUESTÕES

1. (182.º Magistratura SP – VUNESP) Com relação à coação moral irresistível, é correto afirmar que
  - (A) exclui a culpabilidade.
  - (B) exclui a tipicidade.
  - (C) exclui a antijuridicidade.
  - (D) o coato age sem vontade.

2. (182.º Magistratura SP – VUNESP) O pai que, tendo o filho sequestrado e ameaçado de morte, é coagido por sequestradores armados e forçado a dirigir-se a certa agência bancária para efetuar um roubo a fim de obter a quantia necessária para o pagamento do resgate e livrar o filho do cárcere privado em que se encontra pode, em tese, lograr a absolvição com base na alegação de
- (A) inexigibilidade de conduta diversa.
  - (B) legítima defesa.
  - (C) exercício regular de direito.
  - (D) estrito cumprimento de dever legal.
3. (Defensoria Pública/SE – 2006) Em consonância com o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominantes, julgue o item subsequente.
- Considere a seguinte situação hipotética. Marcelo, sob coação moral irresistível, foi forçado a assinar um documento falso. Nessa situação, o fato reveste-se de tipicidade, pois a ação é juridicamente relevante, todavia Marcelo deverá ser isento de pena, pois está presente uma causa excludente da culpabilidade.
4. (23.º Promotor de Justiça – MPU/MPDFT) A coação moral irresistível é causa de
- (A) exclusão da antijuridicidade.
  - (B) exclusão da culpabilidade.
  - (C) exclusão da tipicidade.
  - (D) diminuição especial da pena.
5. (20.º Procurador da República/MPF) A empurra contra a parede Y, anciã, senão os dois ver-se-iam pisoteados por pessoa em pânico. Y sofre sérias lesões
- (A) há o crime contra a integridade física em sua modalidade dolosa.
  - (B) tem-se diante ausência de culpabilidade.
  - (C) o fato encaixa-se como *vis absoluta*.
  - (D) há coação física irresistível, no caso, porque ela sempre deve provir de fora do sujeito ativo, tal sucede na situação dada.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

**Obs.:** Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no site [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).



## CONCURSO DE PESSOAS

Sumário: 31.1. Tratamento legislativo – 31.2. Denominação – 31.3. Conceito – 31.4. Requisitos: 31.4.1. Pluralidade de agentes culpáveis; 31.4.2. Relevância causal das condutas para a produção do resultado; 31.4.3. Vínculo subjetivo; 31.4.4. Unidade de infração penal para todos os agentes; 31.4.5. Existência de fato punível – 31.5. Autoria: 31.5.1. Teorias; 31.5.2. Teoria adotada pelo Código Penal – 31.6. Punibilidade no concurso de pessoas – 31.7. Cooperação dolosamente distinta – 31.8. Modalidades de concurso de pessoas: coautoria e participação: 31.8.1. Coautoria; 31.8.2. Participação – 31.9. Circunstâncias incommunicáveis: o art. 30 do Código Penal: 31.9.1. Distinção entre elementares e circunstâncias; 31.9.2. Espécies de elementares e de circunstâncias; 31.9.3. Condições de caráter pessoal; 31.9.4. As regras do art. 30 do Código Penal; 31.9.5. Elementares personalíssimas e a questão do estado puerperal no infanticídio – 31.10. O excesso no mandado criminal – 31.11. Questões diversas: 31.11.1. Autora colateral; 31.11.2. Autoria incerta; 31.11.3. Autoria desconhecida – 31.12. Concurso de pessoas e crimes multitudinários – 31.13. Concurso de pessoas e crimes culposos: 31.13.1. Coautoria e crimes culposos; 31.13.2. Participação e crimes culposos – 31.14. Questões.

### 31.1. TRATAMENTO LEGISLATIVO

As regras inerentes ao concurso de pessoas encontram-se disciplinadas pelos arts. 29 a 31 do Código Penal.

### 31.2. DENOMINAÇÃO

Na redação original da Parte Geral do Código Penal, isto é, anteriormente à entrada em vigor da Lei 7.209/1984, o instituto era denominado simplesmente de “coautoria”, de forma pouco abrangente e imprecisa, por desprezar a figura da participação.

Atualmente, o Código Penal fala em “concurso de pessoas”.

Várias outras nomenclaturas são também encontradas na doutrina: concurso de agentes, codelinquência, concurso de delinquentes, cumplicidade, bem como coautoria e participação, ambas em sentido lato.

### 31.3. CONCEITO

É a colaboração empreendida por duas ou mais pessoas para a realização de um crime ou de uma contravenção penal.

### 31.4. REQUISITOS

O concurso de pessoas depende de **cinco requisitos**, assim esquematizados:

#### Requisitos do concurso de pessoas

- pluralidade de agentes culpáveis;
- relevância causal das condutas para a produção do resultado;
- vínculo subjetivo;
- unidade de infração penal para todos os agentes;
- existência de fato punível.

#### 31.4.1. Pluralidade de agentes culpáveis

O concurso de pessoas depende de pelo menos duas pessoas, e, consequentemente, de ao menos duas condutas penalmente relevantes. Essas condutas podem ser **principais**, no caso da coautoria, ou então **uma principal e outra acessória**, praticadas pelo autor e pelo partícipe, respectivamente.

Os coautores ou partícipes, entretanto, devem ser **culpáveis**, ou seja, dotados de **culpabilidade**.

Com efeito, a teoria do concurso de pessoas desenvolveu-se para solucionar os problemas envolvendo os **crimes unissubjetivos ou de concurso eventual**, que são aqueles em regra cometidos por uma única pessoa, mas que admitem o concurso de agentes.

Nesses delitos, a culpabilidade dos envolvidos é fundamental, sob pena de caracterização da **autoria mediata**. Como veremos em seguida, outro requisito do concurso de pessoas é o **vínculo subjetivo** entre os agentes, exigindo, assim, que sejam todos culpáveis, pois quem não goza desse juízo não tem capacidade para aderir à conduta alheia. Exemplificativamente, se um maior de 18 anos penalmente capaz encomenda a morte de sua sogra a um menor de idade, não há por que falar em concurso de pessoas, mas em autoria mediata.

Nos ensinamentos de Esther de Figueiredo Ferraz, a teoria do concurso de pessoas:

(...) tem por objeto o concurso *eventual* ou *contingente*, que representa no dizer de ANTOLISEI “a hipótese comum”, ou seja, a dos crimes que, abstratamente considerados, podem ser praticados indiferentemente por um só ou por vários indivíduos. Nessa hipótese que corresponde à regra geral se enquadra a maioria dos crimes definidos nas leis penais.<sup>1</sup>

Vale recordar que no tocante aos **crimes plurissubjetivos, plurilaterais ou de concurso necessário**, é dizer, aqueles em que o tipo penal exige a realização da conduta por dois ou mais agentes, a culpabilidade de todos os coautores ou partícipes é prescindível. Admite-se a presença de um único agente culpável, podendo os demais enquadrar-se em categoria diversa. De fato, não se faz necessária a utilização da norma de extensão prevista no art. 29, *caput*, do Código Penal, uma vez que a presença de duas ou mais pessoas é garantida pelo próprio tipo penal.

Nessas espécies de crimes não se diz “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”, pois é a própria lei penal incriminadora que, por si só, reclama a pluralidade de pessoas. É o que se dá, por exemplo, nos crimes de rixa (CP, art. 137) e quadrilha ou bando (CP, art. 288), nos quais o crime estará perfeitamente caracterizado quando existir entre os rixosos ou quadrilheiros pessoas sem culpabilidade, desde que algum dos envolvidos seja culpável.

Da mesma forma, nos **crimes eventualmente plurissubjetivos** – aqueles geralmente praticados por uma única pessoa, mas que têm a pena aumentada quando praticados em concurso, a capacidade de culpa de um dos envolvidos é dispensável. Nesses termos, incide relativamente ao furto praticado por um maior de idade na companhia de um adolescente a qualificadora prevista no art. 155, § 4.º, IV, do Código Penal.

Nesses crimes (necessariamente plurissubjetivos ou eventualmente plurissubjetivos) há, portanto, um **pseudo-concurso, concurso impróprio, ou concurso aparente de pessoas**. É o que se extrai da lição de Manzini:

Não se pode, juridicamente, falar em participação criminosa se pelo menos dois dentre os concorrentes não forem capazes em termos de direito penal e imputáveis. Quando o fato tenha sido cometido por duas pessoas, uma das quais não sejam imputável, esta não será co-partícipe daquela, mas um simples instrumento da primeira (*non agid sed agitur*), a qual responde sozinha pelo delito cometido.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A co-delinquência no direito penal brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 18-19.

<sup>2</sup> MANZINI, Vincenzo. *Istituzioni di diritto penale italiano (parte generale)*. Padova: Cedam, 1946. v. I, p. 148.

Conclui-se, pois, que para o concurso de pessoas não basta a mera pluralidade de agentes. Exige-se sejam todos culpáveis.

### 31.4.2. Relevância causal das condutas para a produção do resultado

Concorrer para a infração penal importa em dizer que cada uma das pessoas deve fazer algo para que a empreitada tenha vida no âmbito da realidade. Em outras palavras, a conduta deve ser relevante, pois sem ela a infração penal não teria ocorrido como e quando ocorreu.

O art. 29, *caput*, do Código Penal fala em “**de qualquer modo**”, expressão que precisa ser compreendida como uma contribuição pessoal, física ou moral, direta ou indireta, comissiva ou omissiva, anterior ou simultânea à execução. Deve a conduta individual influir efetivamente no resultado.

Destarte, não pode ser considerado coautor ou partícipe quem assume em relação à infração penal uma atitude meramente negativa, quem não dá causa ao crime, quem não realiza qualquer conduta sem a qual o resultado não teria se verificado.

De fato, a **participação inócua**, que em nada concorre para a realização do crime, é irrelevante para o Direito Penal.

Anote-se que esse requisito (relevância causal) depende de uma contribuição prévia ou concomitante à execução, isto é, **anterior à consumação**. A concorrência posterior à consumação configura crime autônomo (receptação, favorecimento real ou pessoal, por exemplo), mas não concurso de pessoas.

Em tema de concurso de pessoas, a contribuição pode até ser concretizada após a consumação, **desde que tenha sido ajustada anteriormente**. Exemplo: “A” se compromete, perante “B”, a auxiliá-lo a fugir e a escondê-lo depois de matar “C”. Será partícipe do homicídio. Contudo, se somente depois da morte de “C” se dispuser a ajudá-lo a subtrair-se da ação da autoridade pública, não será partícipe do homicídio, mas autor do crime de favorecimento pessoal (CP, art. 348).

### 31.4.3. Vínculo subjetivo

Esse requisito, também chamado de **concurso de vontades**, impõe estejam todos os agentes ligados entre si por um vínculo de ordem subjetiva, um nexó psicológico, pois caso contrário não haverá um crime praticado em concurso, mas vários crimes simultâneos.

Os agentes devem revelar **vontade homogênea**, visando a produção do mesmo resultado. É o que se convencionou chamar de **princípio da convergência**. Logo, não é possível a contribuição dolosa para um crime culposo, nem a concorrência culposa para um delito doloso.

Sem esse requisito estaremos diante da **autoria colateral**.

O vínculo subjetivo não depende, contudo, do prévio ajuste entre os envolvidos (*pactum sceleris*). Basta a ciência por parte de um agente no tocante ao fato de concorrer para a conduta de outrem (*scientia sceleris* ou *scientia maleficii*), chamada pela doutrina de “consciente e voluntária cooperação”, “vontade de participar”, “vontade de coparticipar”, “adesão à vontade de outrem” ou “concorrência de vontades”.<sup>3</sup>

Imagine o seguinte exemplo: “A” fala pelo telefone celular a um amigo que, na saída do trabalho, irá matar “B” com golpes de faca. “C”, desafeto de “B”, escuta a conversa. No final do expediente, “B” percebe que será atacado por “A” e, mais rápido, consegue fugir. “A”, todavia, o persegue, e consegue alcançá-lo, provocando sua morte, graças à ajuda de “C”, que derrubou “B” dolosamente, circunstância ignorada por “A”. Nesse caso, “C” será partícipe do crime de homicídio praticado por “A”.

Fica claro que para a caracterização do vínculo subjetivo é suficiente a atuação consciente do partícipe no sentido de contribuir para a conduta do autor, ainda que esta desconheça a colaboração. Não se reclama o prévio ajuste, nem muito menos estabilidade na associação, o que acarretaria na caracterização do crime de quadrilha ou bando (CP, art. 288), se presentes mais de três pessoas. Nessa linha, decidiu o Supremo Tribunal Federal no famoso caso do “mensalão”:

Não procede a alegação da defesa no sentido de que teria havido mero concurso de agentes para a prática, em tese, dos demais crimes narrados na denúncia (lavagem de dinheiro e, em alguns casos, corrupção passiva). Os fatos, como narrados pelo Procurador-Geral da República, demonstram a existência de uma associação prévia, consolidada ao longo tempo, reunindo os requisitos “estabilidade” e “finalidade voltada para a prática de crimes”, além da “união de desígnios” entre os acusados.<sup>4</sup>

#### 31.4.4. Unidade de infração penal para todos os agentes

Estabelece o art. 29, *caput*, do Código Penal: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade” (grifamos).

Adotou-se, como regra, a teoria unitária, monística ou monista: quem concorre para um crime, por ele responde.<sup>5</sup> Todos os coautores e partícipes se sujeitam a um único tipo penal: há um único crime com

<sup>3</sup> FERRAZ, Esther de Figueiredo, *A co-delinqüência no direito penal brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 25.

<sup>4</sup> Inq. 2.245/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 28.08.2007. É também o entendimento do STJ: STJ: HC 85.883/SP, rel. Min. Félix Fischer, 5.ª Turma, j. 07.02.2008.

<sup>5</sup> STF: HC 104.314/PR, rel. Min. Ellen Grace, 2.ª Turma, j. 16.11.2010, noticiado no *Informativo* 609; e HC 97.652/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2.ª Turma, j. 04.08.2009, noticiado no *Informativo* 554.



diversos agentes. Assim, se 10 (dez) pessoas, com unidade de desígnios, esfaqueiam alguém, tem-se um crime de homicídio, nada obstante existam 10 (dez) coautores.

A propósito, consta do item 25 da Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal:

O Código de 1940 rompeu a tradição originária do Código Criminal do Império, e adotou neste particular a teoria unitária ou monística do Código italiano como corolário da *teoria da equivalência das causas*.

Excepcionalmente, contudo, o Código Penal abre espaço para a **teoria pluralista, pluralística, da cumplicidade do crime distinto ou autonomia da cumplicidade**, pela qual se separam as condutas, com a criação de tipos penais diversos para os agentes que buscam um mesmo resultado. É o que se dá, por exemplo, nos seguintes crimes:

- a) **aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante:** ao terceiro executor imputa-se o crime tipificado no art. 126, enquanto para a gestante incide o crime previsto no art. 124, *in fine*;
- b) **bigamia:** quem já é casado pratica a conduta narrada no art. 235, *caput*, ao passo que aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, incide na figura típica prevista no § 1.º do citado dispositivo legal;
- c) **corrupção passiva e ativa:** o funcionário público pratica corrupção passiva (art. 317), e o particular, corrupção ativa (art. 333); e
- d) **falso testemunho ou falsa perícia:** testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete que faz afirmação falsa, nega ou cala a verdade em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral pratica o crime delineado pelo art. 342, *caput*, e quem dá, oferece ou promete dinheiro ou qualquer outra vantagem a tais pessoas, almejando aquela finalidade, incide no art. 343, *caput*.

Em sede doutrinária ainda despontam outras duas teorias: dualista e mista.

Para a **teoria dualista**, idealizada por Vincenzo Manzini, no caso de pluralidade de agentes e de condutas diversas, provocando um mesmo resultado, há dois crimes distintos: um para os coautores e outro para os partícipes.

Por fim, para a **teoria mista**, proposta por Francesco Carnelutti:

O delito concursal é uma soma de delitos singulares, cada um dos quais pode ser chamado *delito em concurso*. Entre o delito em concurso e o concursal há a mesma diferença que existe entre a parte e o todo. E o traço caracteris-

tico do primeiro reside em que ele não constitui uma entidade autônoma, mas elemento de um delito complexo que é o concursal.<sup>6</sup>

#### 31.4.5. Existência de fato punível

O concurso de pessoas depende da punibilidade de um crime, a qual requer, em seu limite mínimo, o início da execução. Tal circunstância constitui o **princípio da exterioridade**.

Nessa linha de raciocínio, dispõe o art. 31 do Código Penal: “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”.

### 31.5. AUTORIA

#### 31.5.1. Teorias

Existem diversas teorias que buscam fornecer o conceito de autor:

**a) teoria subjetiva ou unitária:** não diferencia o autor do partícipe. Autor é aquele que de qualquer modo contribuir para a produção de um resultado penalmente relevante.

Seu fundamento repousa na teoria da equivalência dos antecedentes ou *conditio sine qua non*, pois qualquer colaboração para o resultado, independente do seu grau, a ele deu causa. Essa teoria foi adotada pelo Código Penal, em sua redação primitiva datada de 1940.

Uma evidência dessa posição ainda existe no art. 349 do Código Penal, não alterado pela Lei 7.209/1984: “Prestar a criminoso, fora dos casos de **coautoria** ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime” (grifamos).

**b) teoria extensiva:** também se fundamenta na teoria da equivalência dos antecedentes, não distinguindo o autor do partícipe.

É, todavia, mais suave, porque admite causas de diminuição da pena para estabelecer diversos graus de autoria. Aparece nesse âmbito a figura do **cúmplice**: autor que concorre de modo menos importante para o resultado.

**c) teoria objetiva ou dualista:** opera nítida distinção entre autor e partícipe. Foi adotada pela Lei 7.209/1984 – Reforma da Parte Geral do Código Penal, como se extrai do item 25 da Exposição de Motivos:

<sup>6</sup> Apud FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A co-delinqüência no direito penal brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 31.

Sem completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o Projeto aos críticos desta teoria, ao optar, na parte final do art. 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a *autoria da participação*. Distinção, aliás, reclamada com eloquência pela doutrina, em face de decisões reconhecidamente injustas.

Essa teoria subdivide-se em outras três:

**c.1) teoria objetivo-formal:** autor é quem realiza o núcleo (“verbo”) do tipo penal, ou seja, a conduta criminosa descrita pelo preceito primário da norma incriminadora. Por sua vez, partícipe é quem de qualquer modo concorre para o crime, sem praticar o núcleo do tipo. Exemplo: quem efetua disparos de revólver em alguém, matando-o, é autor do crime de homicídio. Por sua vez, aquele que empresta a arma de fogo para essa finalidade é partícipe de tal crime.

Destarte, a atuação do partícipe seria impune (no exemplo fornecido, a conduta de auxiliar a matar não encontra correspondência imediata no crime de homicídio) se não existisse a **norma de extensão pessoal** prevista no art. 29, *caput*, do Código Penal. A adequação típica, na participação, é de subordinação mediata.

Nesse contexto, o **autor intelectual**, é dizer, aquele que planeja mentalmente a conduta criminosa, é **partícipe**, e não autor, eis que não executa o núcleo do tipo penal.

Essa teoria é a preferida pela doutrina nacional e tem o mérito de diferenciar precisamente a autoria da participação. Falha, todavia, ao deixar em aberto o instituto da **autoria mediata**.

**Autoria mediata** é a modalidade de autoria em que o autor realiza indiretamente o núcleo do tipo, valendo-se de pessoa sem culpabilidade ou que age sem dolo ou culpa.

**c.2) teoria objetivo-material:** autor é quem presta a contribuição objetiva mais importante para a produção do resultado, e não necessariamente aquele que realiza no núcleo do tipo penal. De seu turno, partícipe é quem concorre de forma menos relevante, ainda que mediante a realização do núcleo do tipo.

**c.3) teoria do domínio do fato:** criada em 1939, por Hans Welzel, com o propósito de ocupar posição intermediária entre as teorias objetiva e subjetiva. Para essa concepção, **autor é quem possui controle sobre o domínio final do fato**, domina finalisticamente o trâmite do crime e decide acerca da sua prática, suspensão, interrupção e condições. Nas lições do pai do finalismo penal:

Senhor do fato é aquele que o realiza em forma final, em razão de sua decisão volitiva. A conformação do fato mediante a vontade de realização

que dirige em forma planejada é o que transforma o autor em senhor do fato.<sup>7</sup>

A teoria do domínio do fato **amplia o conceito de autor**, definindo-o como aquele que tem o **controle final do fato**, apesar de não realizar o núcleo do tipo penal. Por corolário, o conceito de autor compreende:

- a) o **autor propriamente dito**: é aquele que pratica o núcleo do tipo penal;
- b) o **autor intelectual**: é aquele que planeja mentalmente a empreitada criminosa. É autor, e não partícipe, pois tem poderes para controlar a prática do fato punível. Exemplo: o líder de uma organização criminosa pode, do interior de um presídio, determinar a prática de um crime por seus seguidores. Se, e quando quiser, pode interromper a execução do delito, e retomá-la quando melhor lhe aprouver;
- c) o **autor mediato**: é aquele que se vale de um inculpável ou de pessoa que atua sem dolo ou culpa para cometer a conduta criminosa; e
- d) os **coautores**: a coautoria ocorre nas hipóteses em que o núcleo do tipo penal é realizado por dois ou mais agentes. Coautor, portanto, é aquele que age em colaboração recíproca e voluntária com o outro (ou os outros) para a realização da conduta principal (o verbo do tipo penal).

Essa teoria também admite a figura do **partícipe**.

**Partícipe**, no campo da teoria do domínio do fato, é quem de qualquer modo concorre para o crime, desde que não realize o núcleo do tipo penal nem possua o controle final do fato. Dentro de uma repartição estratificada de tarefas, o partícipe seria um simples concorrente acessório.

Em suma, o partícipe só possui o domínio da *vontade* da própria conduta, tratando-se de um “colaborador”, uma figura lateral, não tendo o domínio finalista do crime. O delito não lhe pertence: ele colabora no crime alheio.<sup>8</sup>

Em face de sua finalidade, a teoria do domínio do fato somente tem aplicação nos **crimes dolosos**.

Essa teoria não se encaixa no perfil dos crimes culposos, pois não se pode conceber o controle final de um fato não desejado pelo autor da conduta. Padece da mesma deficiência da teoria finalista da conduta, criticada por não se encaixar nesses delitos. Como destaca José Cerezo Mir:

<sup>7</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Tradução de Juan Busto Ramirez e Sergio Yañes Peréz. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1987. p. 120.

<sup>8</sup> JESUS, Damásio E. de. *Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 26.

Mas tropeça com dificuldades nos delitos imprudentes porque neles não se pode falar de domínio do fato, já que o resultado se produz de modo cego, causal, não finalista. Por este motivo, Wetzel se viu obrigado a desdobrar o conceito de autor. Nos delitos imprudentes é autor todo aquele que contribui para a produção do resultado com uma conduta que não responde ao cuidado objetivamente devido. Nos delitos dolosos é autor quem tem o domínio finalístico do fato.<sup>9</sup>

### 31.5.2. Teoria adotada pelo Código Penal

O art. 29, *caput*, do Código Penal, acolheu a **teoria restritiva**, no prisma **objetivo-formal**.

Em verdade, diferencia autor e partícipe. Aquele é quem realiza o núcleo do tipo penal; este é quem de qualquer modo concorre para o crime, sem executar a conduta criminosa.

Deve, todavia, ser **complementada pela teoria da autoria mediata**.

## 31.6. PUNIBILIDADE NO CONCURSO DE PESSOAS

O art. 29, *caput*, do Código Penal filiou-se à teoria unitária ou monista. Todos os que concorrem para um crime, por ele respondem. Há pluralidade de agentes e unidade de crime.

Assim sendo, todos os envolvidos em uma infração penal por ela são responsáveis. Exemplo: quatro indivíduos cometeram, em concurso, um crime de homicídio simples (CP, art. 121, *caput*). Sujeitar-se-ão às penas de 6 (seis) a 20 (vinte) anos de reclusão.

A identidade de crime, contudo, não importa automaticamente em identidade de penas. O art. 29, *caput*, do Código Penal curvou-se ao princípio da culpabilidade, ao empregar em sua parte final a expressão “**na medida de sua culpabilidade**”.

Nesses termos, as penas devem ser individualizadas no caso concreto, levando-se em conta o sistema trifásico delineado pelo art. 68 do Código Penal. Exemplificativamente, um reincidente e portador de péssimos antecedentes deve suportar uma reprimenda mais elevada do que a imposta a um réu primário e sem antecedentes criminais.

Ademais, é importante destacar que um autor ou coautor não necessariamente deverá ser punido mais gravemente do que um partícipe. O fator decisivo para tanto é o caso concreto, levando-se em conta a **culpabilidade** de cada agente. Nesse sentido, um autor intelectual (partícipe) normalmente

<sup>9</sup> CEREZO MIR, José. *Derecho penal – Parte geral*. São Paulo: RT, 2007. p. 1.080.

deve ser punido de forma mais severa do que o autor do delito, pois sem a sua vontade, sem a sua ideia o crime não ocorreria.

O próprio Código Penal revela filiar-se a esse entendimento, no tocante ao **autor intelectual**, ao dispor no art. 62, I: “A pena será ainda agravada em relação ao agente que promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes”.

Em suma, o autor intelectual, além de responder pelo mesmo crime imputado ao autor, tem contra si, por mandamento legal, uma agravante genérica.

### 31.7. COOPERAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA

Também chamada de **desvios subjetivos entre os agentes** ou **participação em crime menos grave**, está descrita pelo art. 29, § 2.º, do Código Penal: “Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até a 1/2 (metade), na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave”.

Esse dispositivo pode ser fracionado em duas partes:

**1.ª parte:** *Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste.*

Essa regra constitui-se em **corolário lógico da teoria unitária ou monista** adotada pelo art. 29, *caput*, do Código Penal. Destina-se, ainda, a afastar a **responsabilidade objetiva** no concurso de pessoas.

A interpretação a ser dada é a seguinte: dois ou mais agentes cometeram dois ou mais crimes. Em relação a algum deles – o **mais grave** –, entretanto, não estavam ligados pelo vínculo subjetivo, isto é, não tinham unidade de propósitos quanto à produção do resultado.

Vejamos um exemplo: “A” e “B” combinam a prática do furto de um automóvel que estava estacionado em via pública. Chegam ao local, e, quando tentavam abrir a porta do veículo, surge seu proprietário. “A” foge, mas “B”, que trazia consigo um revólver, circunstância que não havia comunicado ao seu comparsa, atira na vítima, matando-a. Nesse caso, “A” deve responder por tentativa de furto (CP, art. 155 c/c o art. 14, II), e “B” por latrocínio consumado (CP, art. 157, § 3.º, *in fine*).

Se um dos concorrentes quis participar de crime menos grave, diz a lei penal, é porque em relação a ele não há concurso de pessoas. O vínculo subjetivo existia somente no tocante ao crime menos grave.

Veda-se, destarte, a responsabilidade penal objetiva, pois não se permite a punição de um agente por crime praticado exclusivamente por outrem, frente ao qual não agiu com dolo ou culpa.

Finalmente, o Código Penal empregou a palavra “concorrente” de forma genérica, com o escopo de englobar tanto o autor como o partícipe, ou seja, a pessoa que de qualquer modo concorra para o crime.

*2.ª parte: Essa pena será aumentada até a 1/2 (metade), na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.*

Diz o Código Penal que o crime mais grave não pode ser imputado, em hipótese alguma, àquele que apenas quis participar de um crime menos grave. Esse mandamento legal deve ser interpretado em sintonia com o anterior.

Quando o crime mais grave não era previsível a algum dos concorrentes, ele responde somente pelo crime menos grave, sem qualquer majoração da pena. É o que ocorre no exemplo já mencionado.

Agora, ainda que fosse o crime mais grave previsível àquele que concorreu exclusivamente ao crime menos grave, subsistirá apenas em relação a este a responsabilidade penal. Por se tratar, contudo, de conduta mais reprovável, a pena do crime menos grave poderá ser aumentada até a 1/2 (metade).

**Muita atenção:** o agente continua a responder somente pelo crime menos grave, embora com a pena aumentada até a metade. A ele não pode ser imputado o crime mais grave, pois em relação a este delito não estava ligado com a terceira pessoa pelo vínculo subjetivo.

Imaginemos que, no exemplo indicado, “A” tivesse agido da mesma forma, isto é, queria cometer um furto e evadiu-se com a chegada da vítima. Era objetivamente previsível, contudo, o resultado mais grave (latrocínio), pois tinha ciência de que “B” andava armado com frequência e já tinha matado diversas pessoas. Se não concorreu para o resultado mais grave, pois não quis dele participar, responde pela tentativa de furto, com a pena aumentada da metade, em face da previsibilidade do latrocínio.

Essa previsibilidade deve ser aferida de acordo com o **juízo do homem médio**, ou seja, o resultado mais grave será previsível quando a sua visão prévia era possível a um ser humano dotado de prudência razoável e inteligência comum.

## 31.8 MODALIDADES DE CONCURSO DE PESSOAS: COAUTORIA E PARTICIPAÇÃO

### 31.8.1. Coautoria

É a forma de concurso de pessoas que ocorre quando o núcleo do tipo penal é executado por duas ou mais pessoas. Em síntese, há dois ou mais autores unidos entre si pela busca do mesmo resultado. Exemplo: “A” e “B”, portando armas de fogo, ingressam em um estabelecimento bancário, anunciam

o assalto, e, de posse dos valores subtraídos, fogem do local. São coautores do crime tipificado pelo art. 157, § 2.º, I e II, do Código Penal.

A coautoria pode ser parcial ou direta.

**Coautoria parcial, ou funcional**, é aquela em que os diversos autores praticam atos de execução diversos, os quais, somados, produzem o resultado almejado. Exemplo: enquanto “A” segura a vítima, “B” a esfaqueia, produzindo a sua morte.

Por sua vez, na **coautoria direta ou material** todos os autores efetuam igual conduta criminosa. Exemplo: “A” e “B” efetuam disparos de arma de fogo contra “C”, matando-o.

### *31.8.1.1. Coautoria, crimes próprios e crimes de mão própria*

**Crimes próprios ou especiais** são aqueles em que o tipo penal exige uma situação de fato ou de direito diferenciada por parte do sujeito ativo. Apenas quem reúne as condições especiais previstas na lei pode praticá-lo. É o caso do peculato (CP, art. 312), cujo sujeito ativo deve ser funcionário público, e também do infanticídio (CP, art. 123), que precisa ser praticado pela mãe, durante o parto ou logo após, sob a influência do estado puerperal.

**Crimes de mão própria, de atuação pessoal ou de conduta infungível**, de outro lado, são os que somente podem ser praticados pelo sujeito expressamente indicado pelo tipo penal. Pode-se apontar o exemplo do falso testemunho (CP, art. 342).

Os **crimes próprios podem ser praticados em coautoria**. É possível que duas ou mais pessoas dotadas das condições especiais reclamadas pela lei executem conjuntamente o núcleo do tipo. É o caso de dois funcionários públicos que, juntos, subtraem bens pertencentes à Administração Pública.

Mas não é só. Nada impede seja um crime próprio cometido por uma pessoa que preencha a situação fática ou jurídica exigida pela lei em concurso com terceira pessoa, sem essa qualidade. Exemplo: “A”, funcionário público, convida “B”, particular, para lhe ajudar a subtrair um computador que se encontra no gabinete da repartição pública em que trabalha. “B”, ciente da condição de funcionário público de “A”, ajuda-o a ingressar no local e a transportar o bem até a sua casa. Ambos respondem por peculato.

Essa conclusão se coaduna com a regra traçada pelo art. 30 do Código Penal: por ser a condição de funcionário público elementar do peculato, comunica-se a quem participa do crime, desde que dela tenha conhecimento.

Os **crimes de mão própria**, por sua vez, são **incompatíveis com a coautoria**.

Com efeito, podem ser praticados exclusivamente pela pessoa taxativamente indicada pelo tipo penal. Por corolário, ninguém mais pode com ela executar



o núcleo do tipo. Em um falso testemunho proferido em ação penal, a título ilustrativo, o advogado ou membro do Ministério Público não têm como negar ou calar a verdade juntamente com a testemunha. Apenas ela poderá fazê-lo.

Existe somente uma exceção a esta regra, relativa ao crime de falsa perícia (CP, art. 342) praticado em concurso por dois ou mais peritos, contadores, tradutores ou intérpretes, como na hipótese em que dois peritos subscrevem dolosamente o mesmo laudo falso. Trata-se de crime de mão própria cometido em coautoria.

#### 31.8.1.2. O executor de reserva

**Executor de reserva** é o agente que acompanha, presencialmente, a execução da conduta típica, ficando à disposição, se necessário, para nela intervir. Se intervir, será tratado como coautor, e, em caso negativo, como partícipe. Exemplo: “A”, munido de uma faca, e “B”, com um revólver, aguardam em tocaia a passagem de “C”. Quando este passa pela emboscada, “A” parte em sua direção para matá-lo, enquanto “B”, de arma em punho, aguarda eventual e necessária atuação. Se agir, será coautor; se não, partícipe.

#### 31.8.1.3. Coautoria sucessiva

É a espécie de coautoria que ocorre quando a conduta, iniciada em autoria única, se consuma com a colaboração de outra pessoa, com forças concentradas, mas sem prévio e determinado ajuste. Marcello Jardim Linhares apresenta o seguinte exemplo:

Se um dos agentes, em situação de imoderação dolosa, golpeou a vítima com socos e pontapés na cabeça, jogando-a ao chão, e mais adiante seu companheiro, também em estado de excesso doloso, atinge-a outra vez na cabeça com a coronha de uma espingarda, respondem ambos, em co-autoria sucessiva, pelo resultado de lesões corporais graves.<sup>10</sup>

#### 31.8.1.4. Coautoria em crimes omissivos

Esse assunto também não é pacífico. Há duas posições:

**1.<sup>a</sup> posição:** É possível a coautoria em crimes omissivos, sejam eles próprios (ou puros), ou ainda impróprios (espúrios ou comissivos por omissão).

Para o aperfeiçoamento da coautoria basta que dois ou mais agentes, vinculados pela unidade de propósitos, prestem contribuições relevantes para a produção do resultado, realizando atos de execução previstos na lei penal. Filiam-se a essa corrente, dentre outros, Cezar Roberto Bitencourt<sup>11</sup> e Guilherme de Souza Nucci, que exemplifica:

<sup>10</sup> LINHARES, Marcello Jardim. *Co-autoria*. Rio de Janeiro: Aide, 1987. p. 104.

<sup>11</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 426.

Duas pessoas podem, caminhando pela rua, deparar-se com outra, ferida, em busca de ajuda. Associadas, uma conhecendo a conduta da outra e até havendo incentivo recíproco, resolvem ir embora. São co-autoras do crime de omissão de socorro (art. 135, CP).<sup>12</sup>

**2.ª posição: Não se admite a coautoria em crimes omissivos, qualquer que seja a sua natureza.**

De acordo com essa posição, a coautoria não é possível nos crimes omissivos, porque cada um dos sujeitos detém o seu dever de agir – imposto pela lei a todos, nos próprios, ou pertencente a pessoas determinadas (CP, art. 13, § 2.º), nos impróprios ou comissivos por omissão –, de modo individual, indivisível e indelegável. Nilo Batista defende com veemência esse entendimento:

O dever de atuar a que está adstrito o autor do delito omissivo é indecomponível. Por outro lado, como diz Bacigalupo, a falta de ação priva de sentido o pressuposto fundamental da co-autoria, que é a divisão do trabalho; assim, *no es concebible que alguien omita una parte mientras otros omiten el resto*. Quando dois médicos omitem – ainda que de comum acordo – denunciar moléstia de notificação compulsória de que tiveram ciência (art. 269, CP), temos dois autores diretos individualmente consideráveis. A inexistência do acordo (que, de resto, não possui qualquer relevância típica) deslocaria para uma autoria colateral, sem alteração substancial na hipótese. No famoso exemplo de Kaufmann, dos cinquenta nadadores que assistem passivamente ao afogamento do menino, temos cinquenta autores diretos da omissão de socorro. A solução não se altera se se transferem os casos para a omissão imprópria: pai e mãe que deixam o pequeno filho morrer à míngua de alimentação são autores diretos do homicídio; a omissão de um não ‘completa’ a omissão do outro; o dever de assistência não é violado em 50% por cada qual.<sup>13</sup>

### 31.8.1.5. A autoria mediata

O Código Penal em vigor não disciplinou expressamente a autoria mediata. Cuida-se, assim, de **construção doutrinária**.

Trata-se da espécie de autoria em que alguém, o “**sujeito de trás**”<sup>14</sup> se utiliza, para a execução da infração penal, de uma pessoa inculpável ou que atua sem dolo ou culpa. Há dois sujeitos nessa relação: (1) **autor mediato**: quem ordena a prática do crime; e (2) **autor imediato**: aquele que executa a conduta criminosa. Exemplo: “A”, desejando matar sua esposa, entrega uma

<sup>12</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 275.

<sup>13</sup> BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Jurs, 2004. p. 65.

<sup>14</sup> SILVA, Germano Marques da. *Direito penal português – Parte geral*. Lisboa: Verbo, 1998. v. II, p. 285.

arma de fogo municiada a “B”, criança de pouca idade, dizendo-lhe que, se apertar o gatilho na cabeça da mulher, esta lhe dará balas.

Quando se fala em pessoa sem culpabilidade, aí se insere qualquer um dos seus elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Ausente um deles, ausente a culpabilidade.

A pessoa que atua sem discernimento — seja por ausência de culpabilidade, seja pela falta de dolo ou culpa —, funciona como mero **instrumento do crime**. Inexiste vínculo subjetivo, requisito indispensável para a configuração do concurso de agentes. **Não há, portanto, concurso de pessoas**. Somente ao autor mediato pode ser atribuída a **propriedade do crime**.<sup>15</sup> Em suma, o autor imediato não é punível. A infração penal deve ser imputada apenas ao autor mediato.

Nada impede, todavia, a **coautoria mediata e participação na autoria mediata**. Exemplos: “A” e “B” pedem a “C”, inimputável, que mate alguém (coautoria mediata), ou, então, “A” induz “B”, ambos imputáveis, a pedir a “C”, menor de idade, a morte de outra pessoa (participação na autoria mediata).

O Código Penal possui cinco situações em que pode ocorrer a autoria mediata:

- a) inimputabilidade penal do executor por menoridade penal, embriaguez ou doença mental (CP, art. 62, III);
- b) coação moral irresistível (CP, art. 22);
- c) obediência hierárquica (CP, art. 22);
- d) erro de tipo escusável, provocado por terceiro (CP, art. 20, § 2.º);  
e
- e) erro de proibição escusável, provocado por terceiro (CP, art. 21, *caput*).

E, além delas, outros casos podem ocorrer, nas hipóteses em que o agente atua sem dolo ou culpa, tais como na coação física irresistível, no sonambulismo e na hipnose.

#### 31.8.1.5.1. Autoria mediata e crimes culposos

A autoria mediata é incompatível com os crimes culposos, por uma razão bastante simples: nesses crimes, o resultado naturalístico é involuntariamente produzido pelo agente.

<sup>15</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998, p. 401.

Conseqüentemente, não se pode conceber a utilização de um inculpável ou de pessoa sem dolo ou culpa para funcionar como instrumento de um crime cujo resultado o agente não quer nem assume o risco de produzir.

É da essência da autoria mediata, portanto, a prática de um crime doloso.<sup>16</sup>

#### 31.8.1.5.2. Autoria mediata, crimes próprios e de mão própria

**Crimes próprios** ou **especiais** são aqueles em que o tipo penal exige uma situação fática ou jurídica específica por parte do sujeito ativo. Somente quem reúne condições diferenciadas pode praticá-lo. É o caso do peculato (CP, art. 312), cujo sujeito ativo deve ser funcionário público, e também do infanticídio (CP, art. 123), que precisa ser praticado pela mãe.

Por outro lado, **crimes de mão própria, de atuação pessoal** ou de **conduta infungível** são aqueles que somente podem ser praticados pelo sujeito expressamente indicado pelo tipo penal. Pode-se apontar o exemplo do falso testemunho (CP, art. 342), que deve ser executado apenas pela testemunha.

Entende-se pela **admissibilidade** da autoria mediata nos **crimes próprios**, desde que o autor mediato detenha todas as qualidades ou condições pessoais reclamadas pelo tipo penal. Nesse sentido, um funcionário público pode se valer de um subalterno sem culpabilidade, em decorrência da obediência hierárquica, para praticar um peculato, subtraindo bens que se encontram sob a custódia da Administração Pública.

Todavia, prevalece o entendimento de que a autoria mediata é **incompatível** com os **crimes de mão própria**, porque a conduta somente pode ser praticada pela pessoa diretamente indicada pelo tipo penal. A infração penal não pode ter a sua execução delegada a outrem. No exemplo do falso testemunho, uma testemunha não poderia colocar terceira pessoa para negar a verdade em seu lugar.<sup>17</sup>

Essa regra, contudo, comporta exceções que podem surgir no caso concreto. Confira-se o raciocínio de Rogério Greco:

(...) imagine-se a hipótese em que a testemunha seja coagida, irresistivelmente, a prestar um depoimento falso para beneficiar o autor da coação. Nesse caso, de acordo com a norma constante do art. 22 do Código Penal, somente será punido o autor da coação, sendo este, portanto, um caso de autoria mediata.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Nesse sentido: WESSELS, Johannes. *Derecho penal – Parte general*. Buenos Aires: Depalma, 1980. p. 159.

<sup>17</sup> É a posição do Superior Tribunal de Justiça: REsp 761.354/PR, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 19.09.2006, e REsp 200.785/SP, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 29.06.2000.

<sup>18</sup> GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – Parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 442.

### 31.8.1.6. Autoria por determinação

É assim definida por Zaffaroni: “É autor por determinação o sujeito que determina outro ao fato, mas que conserva seu domínio, posto que se o perde, como no caso em que o determinado comete um delito, já não é autor, mas instigador”.<sup>19</sup>

Esse conceito foi mais precisamente definido pelo penalista argentino na obra publicada no Brasil em conjunto com José Henrique Pierangeli.

Zaffaroni e Pierangeli não admitem a figura da autoria mediata nos crimes próprios e de mão própria. E apresentam o seguinte exemplo para elucidar o instituto da autoria por determinação:

Por tratar-se de *delicta propria*, tampouco pode ser autor aquele que, sem ser funcionário, vale-se de um funcionário público para cometer um delito de corrupção passiva, quando o funcionário age em erro de tipo, porque crê que aquilo que lhe é entregue não tem valor econômico, por exemplo. Mas também não pode ser punido como instigador, porque o funcionário age atipicamente, e, portanto, falta o injusto de que a instigação deve ser acessória.

No caso acima narrado, as regras inerentes à autoria ou à participação implicariam na impunidade do particular. Os ilustres penalistas então questionam: O agente não concorre de qualquer modo para o delito?

Respondem afirmativamente, concluindo que o particular não é autor nem partícipe do delito, mas sim autor da determinação para o crime, e essa **autoria de determinação é uma forma de concorrer para o crime.**

Em seguida, encerram o raciocínio da seguinte maneira:

Deve ficar claro, que não se trata de autoria do delito, mas de um *tipo especial de concorrência*, em que o autor só pode ser apenado como autor da determinação em si, e não do delito a que tenha determinado. (...) o sujeito não é apenado como autor de corrupção passiva, mas como autor da determinação à corrupção passiva.<sup>20</sup>

Autor por determinação é, portanto, quem se vale de outro, que não realiza conduta punível, por ausência de dolo, em um crime de mão própria, ou ainda o sujeito que não reúne as condições legalmente exigidas para a prática de um crime próprio, quando se utiliza de quem possui tais qualidades e se comporta de forma atípica, ou acobertado por uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade.

<sup>19</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal. Parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 780.

<sup>20</sup> ZAFFARONI, E. Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. v. 1, p. 579-581.

Deve ser imputado ao autor de determinação o resultado produzido, pois a ele de qualquer modo concorreu, em consonância com a regra prevista no art. 29, *caput*, do Código Penal.

### 31.8.1.7. *Autoria de escritório*

Cuida-se de categoria oriunda da doutrina alemã, constituindo-se em **autoria mediata particular ou autoria mediata especial**.

Nessa linha de raciocínio, é autor de escritório o agente que transmite a ordem a ser executada por outro autor direto, dotado de culpabilidade e passível de ser substituído a qualquer momento por outra pessoa, no âmbito de uma organização ilícita de poder. Exemplo: o líder do PCC (Primeiro Comando da Capital), em São Paulo, ou do CV (Comando Vermelho), no Rio de Janeiro, dá as ordens a serem seguidas por seus comandados. É ele o autor de escritório, com poder hierárquico sobre seus “soldados” (essa modalidade de autoria também é muito comum nos grupos terroristas).

Assim se manifestam Zaffaroni e Pierangeli sobre a autoria de escritório:

Esta forma de autoria mediata pressupõe uma “máquina de poder”, que pode ocorrer tanto num Estado em que se rompeu com toda a legalidade, como numa organização paraestatal (um Estado dentro do Estado), ou como uma máquina de poder autônoma “mafiosa”, por exemplo. Não se trata de qualquer associação para delinquir, e sim de uma organização caracterizada pelo aparato de seu poder hierarquizado, e pela fungibilidade de seus membros (se a pessoa determinada não cumpre a ordem, outro a cumprirá; o próprio determinador faz parte da organização).<sup>21</sup>

### 31.8.2. **Participação**

É a modalidade de concurso de pessoas em que **o sujeito não realiza diretamente o núcleo do tipo penal, mas de qualquer modo concorre para o crime**. É, portanto, qualquer tipo de colaboração, desde que não relacionada à prática do verbo contido na descrição da conduta criminosa. Exemplo: é participe de um homicídio aquele que, ciente do propósito criminoso do autor, e disposto a com ele colaborar, empresta uma arma de fogo municada para ser utilizada na execução do delito.

Portanto, a participação reclama dois requisitos: (1) **propósito de colaborar para a conduta do autor (principal)**; e (2) **colaboração efetiva**, por meio de um comportamento acessório que concorra para a conduta principal.

<sup>21</sup> ZAFFARONI, E. Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. v. 1, p. 582-583.

### 31.8.2.1. *Espécies*

Inicialmente, a participação pode ser moral ou material.

**Participação moral** é aquela em que a conduta do agente restringe-se a **induzir** ou **instigar** terceira pessoa a cometer uma infração penal. Não há colaboração com meios materiais, mas apenas com ideias de natureza penalmente ilícitas.

**Induzir** é fazer surgir na mente de outrem a vontade criminosa, até então inexistente. Exemplo: “A” narra a “B” sua inimizade com “C”, criada em razão de uma rivalidade esportiva antiga. “B” o induz a matar seu desafeto, dizendo ser o único meio adequado para se livrar desse problema.

**Instigar** é reforçar a vontade criminosa que já existe na mente de outrem. No exemplo citado, “A” diz a “B” que deseja matar “C”, sendo por ele estimulado a prosseguir em seu intento.

O induzimento e a instigação devem ser relacionados à **prática de crime determinado** e direcionados a **pessoa ou pessoas determinadas**. Em suma, o partícipe deve criar ou reforçar, frente a um indivíduo determinado, o cometimento de uma infração penal também determinada.

Assim sendo, se alguém induzir ou instigar pessoas indeterminadas à realização de um crime, necessariamente determinado, não será tratado como partícipe, mas como autor de **incitação ao crime**, figura delineada pelo art. 286 do Código Penal.

Além disso, como o induzimento e a instigação se limitam ao aspecto moral da pessoa, normalmente ocorrem na fase da cogitação. Nada impede, entretanto, sejam efetivados durante os atos preparatórios. E, relativamente à **instigação**, é possível a sua verificação até mesmo durante a execução, principalmente para impedir a desistência voluntária e o arrependimento eficaz. Exemplo: “A” atinge “B” em uma de suas pernas com um tiro. Para e reflete se prossegue ou não na execução do crime. Nesse instante, surge “C” para reforçar o propósito criminoso já existente, encorajando o autor a consumir o delito.

Frise-se ser o induzimento incompatível com os atos executórios. Com efeito, se o autor já iniciou a execução, é porque já tinha em mente a ideia criminosa.

Por sua vez, na **participação material** a conduta do sujeito consiste em prestar **auxílio** ao autor da infração penal.

**Auxiliar** consiste em facilitar, viabilizar materialmente a execução da infração penal, sem realizar a conduta descrita pelo núcleo do tipo. Exemplo: levar o autor ao local da emboscada com a finalidade de assegurar a prática de um crime de homicídio.

O auxílio pode ser efetuado durante os **atos preparatórios** ou **executórios**, mas nunca após a consumação, salvo se ajustado previamente.

### O partícipe que presta auxílio é chamado de **cúmplice**.

Sobre as formas de participação, confira-se a posição lançada no Supremo Tribunal Federal pelo então Ministro Carlos Velloso no emblemático inquérito instaurado para apurar eventuais crimes em tese praticados por Fernando Collor de Mello, antigo Presidente da República:

Não vejo nos autos indícios de co-autoria ou participação de Fernando Collor de Mello, nos fatos relatados no Inquérito. A sua participação, se tivesse ocorrido, ficaria, obviamente, no plano da participação intelectual. Para sujeitá-lo a processo ou inquérito necessária seria a existência de indícios de que tivesse, de qualquer modo, determinado, induzido, instigado, ajustado ou auxiliado a prática dos delitos apurados neste inquérito. Anota Hungria que: 'Segundo distinção tradicional, a participação pode ser material ou psíquica (moral, intelectual), direta ou indireta (em relação à execução do crime). Participação material direta é a cooperação imediata no ato de execução (ainda que prestada apenas mediante presença encorajadora ou solidarizante, ou para o fim de simples vigilância preventiva contra possíveis contratempos). Aos partícipes, em tal caso, se chama executores ou cooperadores imediatos. Participação psíquica direta é a determinação ou instigação para a execução do crime, de que vem a incumbir-se, exclusivamente, o determinado ou instigado. Participação indireta é a que ocorre sem concurso à execução, posto que não represente, ainda que tacitamente, determinação ou instigação. A esta forma de participação dá-se o nome, em sentido estrito, de auxílio. O próprio Código, no seu art. 27, é o primeiro a referir-se, expressamente à determinação, instigação e auxílio (para declarar que são impuníveis no caso de *delictum non secutum*). Determinação é a influência no sentido de suscitar ou despertar em outrem a resolução criminosa. É indiferente o modo pelo qual se opere: mandato (remunerado ou gratuito, por influxo de relação de amizade ou ascendência moral, ou mediante sugestões ou ameaças, ou abuso de superioridade hierárquica) ou artificios de induzimento. Instigação é a influência no sentido de excitar ou reforçar em outrem uma preexistente resolução criminosa, de modo a eliminar os últimos escrúpulos ou hesitações (ex. prometer assistência a ser prestada após crime; chamar a brios o marido que ainda vacila em matar a esposa adúltera). Auxílio, finalmente, é a prestação de serviço, ministração de instrução ou fornecimento de meios para a execução do crime, mas sem participação direta ou imediata nesta. É claro que a determinação, a instigação ou o auxílio devem ter cunho de otiosidade. Não há participação culposa em crime doloso' (*Comentários ao Código Penal Nelson Hungria*, vol. I, tomo II, arts. 11 a 27. Forense, 4.<sup>a</sup> edição, 1958, página 411/2). Ora, nada disso retratam os autos. Sem um mínimo de substrato de participação ou coautoria, não seria justa a sujeição de Fernando Collor a inquerito, no caso presente.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Inq. 1.195/DF, Min. Carlos Velloso (decisão monocrática), j. 16.10.1988.



### 31.8.2.2. *Punição do partícipe: teorias da acessoriedade*

A conduta do partícipe tem **natureza acessória**, pois não realiza o núcleo do tipo penal. Na visão do Superior Tribunal de Justiça: “A participação penalmente reprovável há de pressupor a existência de um crime, sem o qual descabe cogitar punir a conduta acessória”.<sup>23</sup>

Sem a conduta principal, praticada pelo autor, a atuação do partícipe, em regra, é irrelevante. Exemplificativamente, não há crime na simples conduta de mandar matar alguém, se a ordem não for cumprida pelo seu destinatário.

Nesses termos, a conduta acessória do partícipe somente adquire eficácia penal quando adere à conduta principal do autor. A adequação típica tem subordinação mediata, por força da norma de extensão pessoal prevista no art. 29, *caput*, do Código Penal.<sup>24</sup>

A acessoriedade da conduta do partícipe é consagrada pelo art. 31 do Código Penal: “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” (grifamos).

Para a punição do partícipe, portanto, deve ser iniciada a execução do crime pelo autor. Exige-se, pelo menos, a figura da tentativa.

Há diversas teorias acerca da acessoriedade, formuladas com base em seus graus:

**a) acessoriedade mínima:** para a punibilidade da participação é suficiente tenha o autor praticado um **fato típico**. Exemplo: “A” contrata “B” para matar “C”. Depois do acerto, “B” caminha em via pública, e, gratuitamente, é atacado por “C”, vindo por esse motivo a matá-lo em legítima defesa. Para essa teoria, “A” deveria ser punido como partícipe.

Essa concepção deve ser afastada, por implicar na equivocada punição do partícipe quando o autor agiu acobertado por uma causa de exclusão da ilicitude, ou seja, quando não praticou uma infração penal.

**b) acessoriedade limitada:** é suficiente, para a punição do partícipe, tenha o autor praticado um **fato típico e ilícito**. Exemplo: “A” contrata “B”, **inimputável**, para matar “C”. O contratado cumpre sua missão. Estaria presente o concurso de pessoas, figurando “B” como autor e “A” como partícipe do homicídio.

<sup>23</sup> HC 129.078/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª Turma, j. 25.08.2009, noticiado no *Informativo* 404.

<sup>24</sup> Por esse motivo, o art. 29, *caput*, do Código Penal deve ser inserido no pedido de uma denúncia ou de uma queixa-crime exclusivamente nos casos de participação. Exemplo: homicídio qualificado pelo motivo torpe executado por um pistoleiro profissional a mando de outrem: art. 121, § 2.º, I, c/c o art. 29, *caput*, do Código Penal. Em se tratando de coautoria, todos os agentes praticam o núcleo do tipo. No caso do homicídio, por exemplo, todos “matam”, dispensando a incidência da norma de extensão pessoal.

É a posição preferida pela doutrina pátria. Não resolve, todavia, os problemas inerentes à **autoria mediata**. No exemplo, inexistente concurso entre “A” e “B” (inimputável), em face da ausência de vínculo subjetivo. Conforme explica Flávio Augusto Monteiro de Barros sobre a teoria da acessoriedade limitada:

Sua dificuldade é a compatibilização com a autoria mediata. Realmente, são incompatíveis. Na autoria mediata, a execução do crime é feita por pessoa que atua sem culpabilidade. Aquele que induziu, instigou ou auxiliou não é partícipe, e, sim, autor mediato. A teoria da acessoriedade limitada só tem cabimento entre os que repudiam a autoria mediata, considerando-a uma modalidade de participação.<sup>25</sup>

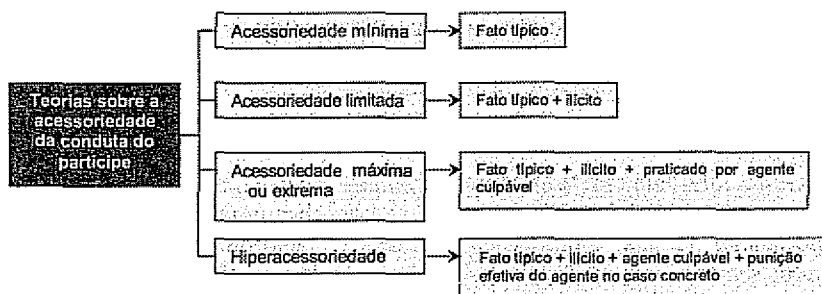
**c) acessoriedade máxima ou extrema:** reclama, para a punição do partícipe, tenha sido o **fato típico e ilícito praticado por um agente culpável**. Exemplo: “A” contrata “B”, imputável, para dar cabo à vida de “C”, o que vem a ser fielmente concretizado. “B” é autor do crime de homicídio, e “A”, partícipe.

Em sintonia com a posição sustentada por Beatriz Vargas Ramos:

O grau de acessoriedade da participação é, portanto, o grau máximo – é preciso que a conduta principal seja típica, ilícita e também culpável. Sempre que faltar um desses atributos na ação empreendida pelo agente imediato, desaparece a participação, surgindo a figura do autor mediato.<sup>26</sup>

**d) hiperacessoriedade:** para a punição do partícipe, é necessário que o autor, revestido de culpabilidade, pratique um fato típico e ilícito, e seja **efetivamente punido** no caso concreto. Destarte, se “A” contratou “B” para matar “C”, no que foi atendido, mas o executor, logo após o crime, suicidou-se, não há falar em participação, em decorrência da aplicação da causa de extinção da punibilidade contida no art. 107, I, do Código Penal.

Essa teoria faz exigência descabida, permitindo em diversas hipóteses a impunidade do partícipe, embora o autor, com ele vinculado pela unidade de elemento subjetivo, tenha praticado uma infração penal.



<sup>25</sup> BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal*. Parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 420.

<sup>26</sup> RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 42.

### 31.8.2.2.1. Teoria adotada

O Código Penal não adotou expressamente nenhuma dessas teorias. De acordo com a sua sistemática, porém, devem ser afastadas a acessoriedade mínima e a hiperacessoriedade.

O intérprete deve optar entre a acessoriedade limitada e a acessoriedade máxima, dependendo do tratamento dispensado ao instituto da autoria mediata.

E vai aí um conselho: a doutrina nacional inclina-se pela acessoriedade limitada, normalmente esquecendo-se de confrontá-la com a autoria mediata. Todavia, em provas e concursos públicos a acessoriedade máxima afigura-se como a mais coerente, por ser a autoria mediata aceita de forma praticamente unânime entre os penalistas brasileiros.

### 31.8.2.3. Participação de menor importância

Estabelece o **art. 29, § 1.º, do Código Penal**: “Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de 1/6 (um sexto a 1/3 (um terço))”.

Cuida-se de **causa de diminuição da pena**. É aplicável, pois, na terceira fase da fixação da pena.

Em que pesem posições em contrário, trata-se de **direito subjetivo do réu**. Assim, se provada sua participação de menor importância, o magistrado deve diminuir a pena. Sua discricionariedade reserva-se apenas no que diz respeito ao montante da redução, dentro dos limites legais.

Participação de menor importância, ou **mínima**, é a de **reduzida eficiência causal**. Contribui para a produção do resultado, mas de forma menos decisiva, razão pela qual deve ser aferida exclusivamente no caso concreto. Nessa linha de raciocínio, o melhor critério para constatar a participação de menor importância é, uma vez mais, o da equivalência dos antecedentes ou *conditio sine qua non*.

Anote-se que a diminuição da pena **se relaciona à participação**, isto é, ao comportamento adotado pelo sujeito, e não à sua pessoa. Portanto, suas condições pessoais (primário ou reincidente, perigoso ou não) não impedem a redução da reprimenda, se tiver contribuído minimamente para a produção do resultado.

Como a lei fala em “**participação**”, não é possível a diminuição da pena ao coautor. A propósito, não há como se conceber uma coautoria de menor importância, ou seja, a prática de atos de execução de pouca relevância. O coautor sempre tem papel decisivo no deslinde da infração penal.<sup>27</sup> Consoante a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

<sup>27</sup> STF: HC 72.893/SP, rel. Min. Sydney Sanches, 1.ª Turma, j. 24.10.1995.

Não se trata, no § 1.º, de “menos importante”, decorrente de simples comparação, mas, isto sim, de “menor importância” ou, como dizem, “apoucada relevância”. (Precedente do STJ). O motorista que, combinando a prática do roubo com arma de fogo contra caminhoneiro, leva os co-autores ao local do delito e, ali, os aguarda para fazer as vezes de batedor ou, então, para auxiliar na eventual fuga, realiza com a sua conduta o quadro que, na dicção da doutrina hodierna, se denomina de co-autoria funcional.<sup>23</sup>

Além disso, prevalece na doutrina o entendimento de que o dispositivo legal não se aplica ao **autor intelectual**, embora seja partícipe, pois, se arquitetou o crime, evidentemente a sua participação não se compreende como de menor importância.

Não se deve confundir participação de menor importância com participação inócua.

**Participação inócua** é aquela que em nada contribuiu para o resultado. É penalmente irrelevante, pois se não deu causa ao crime é porque a ele não concorreu. Exemplo: “A” empresta uma faca para “B” matar “C”. Precavido, contudo, “B” compra uma arma de fogo e, no dia do crime, sequer leva consigo a faca emprestada por “A”, cuja participação foi, assim, inócua.

#### 31.8.2.4. Participação impunível

Preceitua o **art. 31 do Código Penal**: “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”.

A impunibilidade prevista no dispositivo legal não deve ser atribuída ao agente, mas ao fato. Cuida-se de **causa de atipicidade da conduta do partícipe**, e não de causa de isenção da pena.

**Ajuste** é o acordo traçado entre duas ou mais pessoas. **Determinação** é o que foi decidido por alguém, almejando uma finalidade específica. **Instigação** é o reforço para a realização de algo a que uma pessoa já estava determinada a fazer. E, por fim, **auxílio** é a colaboração material prestada a alguém para atingir um objetivo.

O ajuste, a determinação, a instigação e o auxílio devem se dirigir a pessoa ou pessoas determinadas, visando a prática de um crime ou de crimes também determinados.

Essa regra decorre do **caráter acessório da participação**: o comportamento do partícipe só adquire relevância penal se o autor (conduta principal) iniciar a execução do crime. E para fazê-lo, deve ingressar na esfera da tentativa, pois o art. 14, II, do Código Penal a ela condicionou a punição dos

<sup>23</sup> HC 20.819/MS, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 02.05.2002.

atos praticados pelo agente. Destarte, não é punível, exemplificativamente, o simples ato de contratar um pistoleiro profissional para matar alguém. A conduta do partícipe (encomendar a morte) somente será punível se o contratado praticar atos de execução do homicídio, pois, caso contrário, estará configurado o **quase crime**.

Antes da Reforma da Parte Geral do Código Penal na Lei 7.209/1984 era prevista a aplicação de medida de segurança ao partícipe ligado ao quase crime. Atualmente, nenhuma sanção penal pode ser imposta. Acertou o legislador, por se tratar de causa de atipicidade do fato.

Destaca-se, porém, a locução "**salvo disposição expressa em contrário**".

O Código Penal assim agiu para ressaltar que, em situações taxativamente previstas em lei, é possível a punição do ajuste, da determinação, da instigação e do auxílio como **crime autônomo**. Reclama, evidentemente, expressa previsão legal. É o que se dá nos crimes de incitação ao crime (CP, art. 286) e quadrilha ou bando (CP, art. 288).

Na quadrilha ou bando,<sup>29</sup> por exemplo, a lei tipificou de forma independente a conduta de associarem-se mais de três pessoas para o fim de cometer crimes. Existe o delito com a associação estável e permanente, ainda que os quadrilheiros não venham efetivamente a praticar nenhum delito. E, não fosse a exceção apontada pelo art. 31 do Código Penal, seria vedado punir o ato associativo, enquanto não se praticasse um crime para o qual a quadrilha fora idealizada.

#### 31.8.2.5. Participação por omissão

A participação por omissão é possível, desde que o omitente, além de poder agir no caso concreto, tivesse ainda o dever de agir para evitar o resultado, por se enquadrar em alguma das hipóteses delineadas pelo art. 13, § 2.º, do Código Penal. Exemplo: é partícipe do furto o policial militar que presencia a subtração de bens de uma pessoa e nada faz porque estava fumando um cigarro e não queria apagá-lo.

#### 31.8.2.6. Convivência

Também chamada de **participação negativa**, **crime silente**, ou **concurso absolutamente negativo**, é a participação que ocorre nas situações em que

<sup>29</sup> Embora a maioria da doutrina entenda os termos como sinônimos, "quadrilha" e "bando" têm significados diversos. A lei não contém palavras inúteis, razão pela qual seria equivocado usar duas denominações para se referir a um mesmo crime. Ou será que se poderia, por exemplo, falar em "furto" ou "roubo" como crimes idênticos? Pensamos que não. Quadrilha e bando reclamam a união estável e permanente para o cometimento de crimes. Mas a quadrilha tem atuação na zona urbana, enquanto o bando age na zona rural (ex.: "Bando de Lampião e Maria Bonita").

o sujeito não está vinculado à conduta criminosa e não possui o dever de agir para impedir o resultado. Exemplo: um transeunte assiste ao roubo de uma pessoa desconhecida e nada faz. Não é partícipe.

Portanto, o mero conhecimento de um fato criminoso não confere ao indivíduo a posição de partícipe por força de sua omissão, salvo se presente o dever de agir para impedir a produção do resultado.

#### *31.8.2.7. Participação sucessiva*

A participação sucessiva é possível nos casos em que um mesmo sujeito é instigado, induzido ou auxiliado por duas ou mais pessoas, cada qual desconhecendo o comportamento alheio, para executar uma infração penal. Exemplo: “A” sugere a “B” a prática de um roubo para quitar suas dívidas bancárias. Depois de refletir sobre a ideia, e sem contar a sua origem, consulta “C”, o qual o estimula a assim agir. “B” pratica o roubo. “A” e “C” são partícipes do crime, pois para ele concorreram.

A participação sucessiva deve ter sido capaz de influir no propósito criminoso, pois, se a ideia já estava perfeitamente sedimentada na mente do agente, será inócua a participação posterior, impedindo a punição do seu responsável.

#### *31.8.2.8. Participação em cadeia ou participação da participação*

A participação em cadeia é possível e punível pelas regras estabelecidas pelo Código Penal.

Verifica-se nos casos em que alguém induz ou instiga uma pessoa, para que esta posteriormente induza, instigue ou auxilie outro indivíduo a cometer um crime determinado. Exemplo: “A” induz “B” a instigar “C” a emprestar uma arma de fogo (auxiliar) a “D”, para que este mate “E”, devedor e desafeto de todos. “A”, “B” e “C” respondem pelo homicídio, na condição de partícipes, pois concorreram para o crime que teve “D” como seu autor.

#### *31.8.2.9. Participação em ação alheia*

Vimos que o partícipe deve, necessariamente, estar subjetivamente vinculado à conduta do autor. Exige-se a homogeneidade de elemento subjetivo, pois se todos os que concorrem para um crime por ele respondem, como decorrência da teoria unitária ou monista acolhida pelo art. 29, *caput*, do Código Penal, não se admite a participação culposa em crime doloso, nem a participação dolosa em crime culposo.

Mas é possível o envolvimento em ação alheia, de terceira pessoa, com elemento subjetivo distinto, quando a lei cria para a situação dois crimes

diferentes, mas ligados um ao outro. Aquele que colabora culposamente para a conduta alheia responde por delito culposo, enquanto ao autor, que age com consciência e vontade, deve ser imputado um crime doloso. Repita-se, são dois crimes autônomos, embora dependentes entre si.

É o que ocorre em relação ao crime tipificado pelo art. 312, § 2.º, do Código Penal. Imaginemos que um funcionário público estadual, ao término de seu expediente, esqueça aberta a janela do seu gabinete. Aproveitando-se dessa facilidade, um particular que passava pela via pública ingressa na repartição pública e de lá subtrai um computador pertencente ao Estado. O funcionário público desidioso responde por peculato culposo, e o particular por furto.

Não há concurso de pessoas, em face da ausência do liame subjetivo.

### 31.9. CIRCUNSTÂNCIAS INCOMUNICÁVEIS: O ART. 30 DO CÓDIGO PENAL

Circunstâncias incomunicáveis são as que não se estendem, isto é, não se transmitem aos coautores ou partícipes de uma infração penal, pois se referem exclusivamente a determinado agente, incidindo apenas em relação a ele.

Nesse sentido, estabelece o art. 30 do Código Penal: “Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

A compreensão desse dispositivo depende, inicialmente, da diferenciação entre elementares e circunstâncias.

#### 31.9.1. Distinção entre elementares e circunstâncias

Elementares são os dados fundamentais de uma conduta criminosa. São os fatores que integram a definição básica de uma infração penal. No homicídio simples (CP, art. 121, *caput*), por exemplo, as elementares são “matar” e “alguém”.

Circunstâncias, por sua vez, são os fatores que se agregam ao tipo fundamental, para o fim de aumentar ou diminuir a pena. Exemplificativamente, no homicídio, que tem como elementares “matar” e “alguém”, são circunstâncias o “relevante valor moral” (§ 1.º), o “motivo torpe” (§ 2.º, I) e o “motivo fútil” (§ 2.º, II), dentre outras.

O critério que melhor possibilita a distinção é o da exclusão ou da eliminação.

Com efeito, excluindo-se uma elementar, o fato se torna atípico, ou então se opera a desclassificação para outra infração penal. Assim, é atípica, sem correspondência em um tipo penal, a conduta de “matar” um objeto, e não

alguém. E tomando como ponto de partida um desacato (CP, art. 331), a eliminação da elementar funcionário público desclassifica a conduta para o crime de injúria (CP, art. 140).

Por outro lado, a exclusão de uma circunstância tem o condão de apenas aumentar ou diminuir a pena de uma infração penal. Não lhe altera a denominação jurídica, incidindo somente na quantidade da reprimenda a ser aplicada. O crime ou contravenção penal, contudo, são mantidos. Por exemplo, a eliminação do "motivo torpe" diminui a pena do homicídio, que de qualificado passa a ser simples, mas de qualquer modo subsiste o crime definido pelo art. 121 do Código Penal.

Em suma, as elementares compõem a definição da conduta típica, enquanto as circunstâncias são exteriores ao tipo fundamental, funcionando como qualificadoras ou causas de aumento ou de diminuição da pena.

### 31.9.2. Espécies de elementares e de circunstâncias

O art. 30 do Código Penal é claro: há elementares e circunstâncias de caráter pessoal, ou subjetivo. Consequentemente, também existem elementares e circunstâncias de caráter real, ou objetivo.

**Subjetivas**, ou de caráter pessoal, são as que se relacionam à pessoa do agente, e não ao fato por ele praticado. Exemplos: a condição de funcionário público, no peculato, é uma elementar de caráter pessoal (CP, art. 312). E os motivos do crime são circunstâncias de igual natureza no tocante ao homicídio (CP, art. 121, §§ 1.º e 2.º, I, II e V).

**Objetivas**, ou de caráter real, são as elementares e circunstâncias que dizem respeito ao fato, à infração penal cometida, e não ao agente. Exemplos: o emprego de violência contra a pessoa, no roubo, é uma elementar objetiva (CP, art. 157, *caput*), e desse naipe é também o meio cruel como circunstância para a execução do homicídio (CP, art. 121, § 2.º, III).

### 31.9.3. Condições de caráter pessoal

Paralelamente às elementares e circunstâncias, o art. 30 do Código Penal trata ainda das condições de caráter pessoal.

**Condições pessoais** são as qualidades, os aspectos subjetivos inerentes a determinado indivíduo, que o acompanham em qualquer situação, isto é, independem da prática da infração penal. É o caso da reincidência e da condição de menor de 21 anos.

### 31.9.4. As regras do art. 30 do Código Penal

Com base nos conceitos e espécies de elementares, circunstâncias e condições acima analisados, é possível extrair três regras do art. 30 do Código Penal:



**1.ª As circunstâncias e condições de caráter pessoal, ou subjetivas, não se comunicam:** pouco importa se tais dados ingressaram ou não na esfera de conhecimento dos demais agentes.

Exemplo: “A”, ao chegar à sua casa, constata que sua filha foi estuprada por “B”. Imbuído por motivo de relevante valor moral, contrata “C”, pistoleiro profissional, para matar o estuprador. O serviço é regularmente executado. Nesse caso, “A” responde por homicídio privilegiado (CP, art. 121, § 1.º), enquanto a “C” é imputado o crime de homicídio qualificado pelo motivo torpe (CP, art. 121, § 2.º, I).

O relevante valor moral é circunstância pessoal, exclusiva de “A”, e jamais se transfere a “C”, por mais que este não concorde com o estupro.

**2.ª Comunicam-se as circunstâncias de caráter real, ou objetivas:** é necessário, porém, que tenham ingressado na esfera de conhecimento dos demais agentes, para evitar a responsabilidade penal objetiva.

Exemplo: “A” contrata “B” para matar “C”, seu inimigo. “B” informa a “A” que fará uso de meio cruel, e este último concorda com essa circunstância. Ambos respondem pelo crime tipificado pelo art. 121, § 2.º, III, do Código Penal. Trata-se de circunstância objetiva que a todos se estende.

Se, todavia, “B” fizesse uso de meio cruel sem a ciência de “A”, somente a ele seria imputada a qualificadora, sob pena de caracterização da responsabilidade penal objetiva.

**3.ª Comunicam-se as elementares, sejam objetivas ou subjetivas:** mais uma vez, exige-se que as elementares tenham entrado no âmbito de conhecimento de todos os agentes, para afastar a responsabilidade penal objetiva.

Exemplo: “A”, funcionário público, convida “B”, seu amigo, para em concurso subtraírem um computador que se encontra na repartição pública em que trabalha, valendo-se das facilidades proporcionadas pelo seu cargo. Ambos respondem por peculato-furto ou peculato impróprio (CP, art. 312, § 1.º), pois a elemental “funcionário público” transmite-se a “B”.<sup>30</sup>

Entretanto, se “B” não conhecesse a condição funcional de “A”, responderia por furto, evitando a responsabilidade penal objetiva.

### **31.9.5. Elementares personalíssimas e a questão do estado puerperal no infanticídio**

Nélson Hungria sustentou, após a entrada em vigor do Código Penal de 1940, a existência de **elementares personalíssimas**, que não se confun-

<sup>30</sup> No mesmo sentido a posição do STF: AI 580.565/MG, Min. Cezar Peluso (decisão monocrática), j. 05.06.2006, e também do STJ: REsp 738.550/ES, rel. Min. Gilson Dipp, 5.ª Turma, j. 14.11.2006.

diam com as pessoais. Estas seriam transmissíveis, aquelas não. Em síntese, seriam fatores que, embora integrassem a descrição fundamental de uma infração penal, jamais se transmitiriam aos demais coautores ou partícipes. Confira-se:

Deve-se notar, porém, que a ressalva do art. 26<sup>31</sup> não abrange as condições *personalísimas* que informam os chamados *delicta excepta*. Importam elas um *privilegium* em favor da pessoa a quem concernem. São conceitualmente nextensíveis e impedem, quando haja cooperação com o *beneficiário*, a unidade do título do crime. Assim, a “influência do estado puerperal” no infanticídio e a *causa honoris* no crime do art. 134: embora elementares, não se comunicam aos cooperadores, que responderão pelo tipo comum do crime.<sup>32</sup>

Para ele, na hipótese em que o pai ou qualquer outra pessoa auxiliasse a mãe, abafada pelo estado puerperal, a matar o próprio filho, durante o parto ou logo após, não seria justo nem correto que o terceiro fosse beneficiado pelo crime de infanticídio, pois o puerpério não lhe atinge. Portanto, somente a mãe responderia pelo crime previsto no art. 123 do Código Penal, imputando-se ao terceiro, coautor ou partícipe, a figura do homicídio.<sup>33</sup>

Humilde, porém, Néelson Hungria posteriormente constatou seu equívoco e alterou o seu entendimento, levando em consideração a redação do Código Penal: “salvo quando elementares do crime”. Concluiu, então, que todos os terceiros que concorrem para um infanticídio por ele também respondem.<sup>34</sup>

Destarte, justa ou não a situação, a lei fala em elementares, e, seja qual for sua natureza, é necessário que se estendam a todos os coautores e partícipes. Essa é a posição atualmente pacífica, que somente será modificada com eventual alteração legislativa.

### 31.10 O EXCESSO NO MANDATO CRIMINAL

O mandato guarda íntima relação com a figura do autor intelectual, em que alguém (partícipe) delibera sobre a prática de uma infração penal e transmite a outrem (autor) a tarefa de executá-lo. Nesse contexto, pode ocorrer falta de coincidência entre a vontade do partícipe e o comportamento do autor.

O art. 19 do Código Penal de 1890 assim dispunha: “Aquelle que mandar, ou provocar alguém, a commeter crime, é responsável como autor: § 1.º Por qualquer outro crime que o executor commeter para

<sup>31</sup> Atual art. 30, após a reforma da Parte Geral do Código Penal pela Lei 7.209/1984.

<sup>32</sup> HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, v. 1, p. 574.

<sup>33</sup> Essa posição foi à época seguida por diversos autores, destacando-se Anibal Bruno, Bento de Faria, Heleno Cláudio Fragoso e Vicente Sabino.

<sup>34</sup> HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 5, p. 226.

executar o de que se encarregou; § 2.º Por qualquer outro crime que daquelle resultar”<sup>35</sup>

Essa regra, que na prática permitia a responsabilidade penal objetiva, foi repelida pela sistemática em vigor. Atualmente, a questão deve ser solucionada com base nas regras inerentes à cooperação dolosamente distinta e à comunicabilidade das elementares e circunstâncias, desde que tenham ingressado na esfera de conhecimento de todos os agentes (CP, arts. 29, § 2.º, e 30).

### 31.11. QUESTÕES DIVERSAS

#### 31.11.1. Autoria colateral

Também chamada de **coautoria imprópria** ou **autoria aparelha**, ocorre quando duas ou mais pessoas intervêm na execução de um crime, buscando igual resultado, embora cada uma delas ignore a conduta alheia. Exemplo: “A”, portando um revólver, e “B”, uma espingarda, escondem-se atrás de árvores, um do lado direito e outro do lado esquerdo de uma mesma rua. Quando “C”, inimigo de ambos, por ali passa, ambos os agentes contra ele efetuam disparos de armas de fogo. “C” morre, revelando o exame necroscópico terem sido os ferimentos letais produzidos pelos disparos originários da arma de “A”.

Não há concurso de pessoas, pois estava ausente o vínculo subjetivo entre “A” e “B”. Portanto, cada um dos agentes responde pelo crime a que deu causa: “A” por homicídio consumado, e “B” por tentativa de homicídio.

Se ficasse demonstrado que os tiros de “B” atingiram o corpo de “C” quando já estava morto, “A” responderia pelo homicídio, enquanto “B” ficaria impune, por força da caracterização do crime impossível (impropriedade absoluta do objeto – CP, art. 17).

#### 31.11.2. Autoria incerta

Surge no campo da autoria colateral, quando mais de uma pessoa é indicada como autora do crime, mas não se apura com precisão qual foi a conduta que efetivamente produziu o resultado. Conhecem-se os possíveis autores, mas não se conclui, em juízo de certeza, qual comportamento deu causa ao resultado.

Suponha-se que “A” e “B” com armas de fogo e munições idênticas escondam-se atrás de árvores para eliminar a vida de “C”. Quando este passa pelo local, contra ele atiram, e “C” morre. O exame pericial aponta ferimentos

<sup>35</sup> GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. 37. tir. São Paulo: Max Limonad, 1975. t. I, v. I, p. 370.

produzidos por um único disparo de arma de fogo como *causa mortis*. Os demais tiros não atingiram a vítima, e o laudo não afirma categoricamente quem foi o autor do disparo fatal.

Há, no caso, dois crimes praticados por “A” e “B”: um homicídio consumado e uma tentativa de homicídio. Qual é a solução?

Como não se apurou quem produziu a morte, não se pode imputar o resultado naturalístico para “A” e “B”. Um deles matou, mas o outro não. E, como não há concurso de pessoas, ambos devem responder por tentativa de homicídio.

Com efeito, ambos praticaram atos de execução de um homicídio. Tentaram matar, mas somente um deles, *incerto*, o fez. Para eles será imputada a tentativa, pois a ela deram causa. Quanto a isso não há dúvida. E por não se saber quem de fato provocou a morte da vítima, não se pode responsabilizar qualquer deles pelo homicídio consumado, aplicando-se o princípio *in dubio pro reo*.

Há casos, todavia, que causam estranheza ainda maior.

Imagine-se que “João”, casado com “Maria”, seja amante de “Tereza”. Todas as manhãs, juntamente com a esposa, toma café em casa. Em seguida, antes de ingressar no trabalho, passa na residência da amante, que não sabe ser ele casado, para com ela também fazer o desjejum. Em determinado dia, a esposa e a amante descobrem sobre a existência de outra mulher na vida de “João”. Revoltadas, compram venenos para matá-lo. Na manhã seguinte, o adúltero bebe uma xícara de café, envenenado, em sua casa. Parte para a residência da amante, e também bebe uma xícara de café com veneno. Morre algumas horas depois. Realiza-se perícia, e o laudo conclui pela existência de duas substâncias no sangue de “João”: veneno de rato e talco. “Maria” e “Tereza”, orgulhosas, confessam ter colocado veneno no café do falecido traidor.

A situação é a seguinte: uma das mulheres praticou homicídio, e a outra, crime impossível por ineficácia absoluta do meio (CP, art. 17). As provas colhidas durante o inquérito policial não apontam qual foi a conduta de cada uma delas. O que deve fazer o representante do Ministério Público ao receber o inquérito policial relatado? Deve denunciá-las?

A única solução é o arquivamento do inquérito policial. Há um homicídio, o pobre “João” está morto, mas às vingativas mulheres aplica-se o crime impossível. Uma matou, mas a outra nada fez. Como não há concurso de pessoas, por ausência do vínculo subjetivo, ambas devem ser beneficiadas pela dúvida.

Em resumo, se no bojo de uma autoria incerta todos os envolvidos praticaram atos de execução, devem responder pela tentativa do crime. Mas, se um deles incidiu em crime impossível, a causa de atipicidade a todos se estende.

### 31.11.3. Autoria desconhecida

Cuida-se de instituto ligado ao processo penal, que ocorre quando um crime foi cometido, mas não se sabe quem foi seu autor. Exemplo: “A” foi vítima de furto, pois todos os bens de sua residência foram subtraídos enquanto viajava. Não há provas, todavia, do responsável pelo delito.

É nesse ponto que se diferencia da autoria incerta, de interesse do Direito Penal, pois nela conhecem-se os envolvidos em um crime, mas não se pode, com precisão, afirmar quem a ele realmente deu causa.

## 31.12. CONCURSO DE PESSOAS E CRIMES MULTITUDINARIOS

A relação entre o concurso de pessoas e os crimes praticados pelas multidões ganha força a cada dia, presente que se encontra esse fenômeno em diversos casos inerentes à vida moderna, tais como a violência comumente praticada pelas torcidas organizadas nos estádios de futebol, rebeliões em presídios e invasões de propriedades rurais por movimentos criados para esta finalidade.

Em situações deste nível o concurso de pessoas inexoravelmente se reveste de maior gravidade, pois o resultado criminoso, além de ser facilmente alcançado, assume maiores proporções, por ser a incitação à violência transmitida velozmente entre os indivíduos situados à sua volta. Como bem pontua René Ariel Dotti:

Fala-se então do fenômeno conhecido como a *multidão criminosa* que constitui uma espécie de alma nova dos movimentos de massa que em momentos de grande excitação anulam ou restringem sensivelmente o autocontrole e a capacidade individual de se governar segundo padrões éticos ou sociais.<sup>36</sup>

O Código Penal, atento a essas peculiaridades, cuidou de regular o assunto: quem provoca o tumulto tem a pena agravada, enquanto que quem age sob o influxo da multidão, se não a iniciou, merece o abrandamento da punição.

Com efeito, dispôs em seu art. 65, III, “e”, que a pena será **atenuada** em relação ao agente que cometeu o crime sob a influência da multidão em tumulto, se não o provocou.

E, por outro lado, estabeleceu no art. 62, I, uma **agravante genérica** para o sujeito que promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes.

Mas a doutrina discorda sobre um ponto, qual seja, se a integração a uma multidão criminosa é, por si só, suficiente para demonstrar o vínculo subjetivo entre os agentes, caracterizando o concurso de pessoas.

<sup>36</sup> DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 363.

Para Mirabete, todos respondem pelo resultado produzido.<sup>37</sup> É também a posição de Cezar Roberto Bitencourt:

A prática coletiva de delito, nessas circunstâncias, apesar de ocorrer em situação normalmente traumática, não afasta a existência de *vinculos psicológicos* entre os integrantes da multidão, caracterizadores do concurso de pessoas. Nos crimes praticados por *multidão delinqüente* é desnecessário que se descreva minuciosamente a participação de cada um dos *intervenientes*, sob pena de inviabilizar a aplicação da lei.<sup>38</sup>

Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Nos crimes multitudinários, ou de autoria coletiva, a denúncia pode narrar genericamente a participação de cada agente, cuja conduta específica é apurada no curso do processo. A exigência de indicação na denúncia de “todas as circunstâncias do fato criminoso” (CPP, art. 41) vem sendo mitigada pelos pretórios quando se trata de crime de autoria coletiva, desde que se permita o exercício do direito de defesa.<sup>39</sup>

E também o Superior Tribunal de Justiça:

Em faltando à acusação pública, no ensejo do oferecimento da denúncia, elementos bastantes ao rigoroso atendimento do seu estatuto legal, como por vezes ocorre nos casos de concurso de agentes, é válida a imputação do fato-crime sem a particularização das condutas dos agentes, co-autores e partícipes, até porque a lei processual penal admite que as suas omissões possam ser supridas a todo tempo antes da sentença final (Código de Processo Penal, art. 569).<sup>40</sup>

De outro lado, sustenta Rogério Greco que os crimes multitudinários dependem, para a configuração do concurso de pessoas, da comprovação efetiva da contribuição causal de cada envolvido no tumulto. São suas palavras:

(...) somos da opinião de que nos crimes multitudinários não podemos presumir o vínculo psicológico entre os agentes. Tal liame deverá ser demonstrado no caso concreto, a fim de que todos possam responder pelo resultado advindo da soma das condutas.<sup>41</sup>

Há também orientação do Supremo Tribunal Federal nesse sentido:

<sup>37</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. Parte Geral. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1, p. 242.

<sup>38</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 428.

<sup>39</sup> HC 78.937/MG, rel. Min. Maurício Corrêa, 2.ª Turma, j. 18.05.1999.

<sup>40</sup> RHC 18.257/PE, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6.ª Turma, j. 25.09.2007.

<sup>41</sup> GRECO, Rogério. *Curso de direito penal* – parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 472.

É gravemente inepta a denúncia que, a título de imputação de crimes praticados em concurso de agentes, não descreve nenhum fato capaz de corresponder às figuras de co-autoria ou de participação de um dos denunciados.<sup>42</sup>

### 31.13. CONCURSO DE PESSOAS E CRIMES CULPOSOS

Crime culposo é o que se verifica quando o agente, deixando de observar o dever objetivo de cuidado, por imprudência, negligência ou imperícia, realiza voluntariamente uma conduta que produz um resultado naturalístico indesejado, não previsto nem querido, mas objetivamente previsível, e excepcionalmente previsto e querido, que podia, com a devida atenção, ter evitado.

Para facilitar o estudo do assunto é razoável abordar o cabimento do concurso de pessoas nessa categoria de delitos com amparo em suas duas modalidades: coautoria e participação.

#### 31.13.1. Coautoria e crimes culposos

A doutrina nacional é tranqüila ao admitir a coautoria em crimes culposos, quando duas ou mais pessoas, conjuntamente, agindo por imprudência, negligência ou imperícia, violam o dever objetivo de cuidado a todos imposto, produzindo um resultado naturalístico.

Imagine-se o exemplo em que dois indivíduos, em treinamento, efetuam disparos de arma de fogo em uma propriedade rural situada próxima a uma estrada de terra pouco movimentada. Atiram simultaneamente, atingindo um pedestre que passava pela via pública, o qual vem a morrer pelos ferimentos provocados pelas diversas munições. Há coautoria em um homicídio culposo.

Veja-se, a propósito, o clássico exemplo de E. Magalhães Noronha:

Suponha-se o caso de dois pedreiros que, numa construção, tomam uma trave e a atiram à rua, alcançando um transeunte. Não há falar em autor *principal* e *secundário*, em realização e instigação, em ação e auxílio, etc. Oficiais do mesmo ofício, incumbia-lhes aquela tarefa, só realizável pela conjugação das suas forças. Donde a ação única – apanhar e lançar o madeiro – e o resultado – lesões ou morte da vítima, também uno, foram praticados por duas pessoas, que uniram seus esforços e vontades, resultando assim co-autoria. Para ambos houve vontade atuante e ausência de previsão.<sup>43</sup>

<sup>42</sup> HC 86.520/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 2.ª Turma, j. 06.02.2007.

<sup>43</sup> NORONHA, E. Magalhães. *Do crime culposo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966. p. 103.

### 31.13.2. Participação e crimes culposos

Firmou-se a doutrina pátria no sentido de rejeitar a possibilidade de participação em crimes culposos.

Com efeito, o crime culposo é normalmente definido por um tipo penal aberto, e nele se encaixa todo o comportamento que viola o dever objetivo de cuidado. Por corolário, é autor todo aquele que, desrespeitando esse dever, contribui para a produção do resultado naturalístico. Nos ensinamentos de Damásio E. de Jesus:

Todo grau de causação a respeito do resultado típico produzido não dolosamente, mediante uma ação que não observa o cuidado requerido no âmbito de relação, fundamenta a autoria do respectivo delito culposo. Por essa razão, não existe diferença entre autores e partícipes nos crimes culposos. Toda classe de causação do resultado típico culposo é autoria.<sup>44</sup>

Frise-se, por oportuno, que a unidade de elemento subjetivo exigida para a caracterização do concurso de pessoas impede a participação dolosa em crime culposo. Na hipótese em que alguém, dolosamente, concorre para que outrem produza um resultado naturalístico culposo, há dois crimes: um doloso e outro culposo. Exemplo: “A”, com a intenção de matar “B”, convence “C” a acelerar seu carro em uma curva, pois sabe que naquele instante “B” por ali passará de bicicleta. O motorista atinge velocidade excessiva e atropela o ciclista, matando-o. “A” responde por homicídio doloso (CP, art. 121), e “C” por homicídio culposo na direção de veículo automotor (Lei 9.503/1997 – CTB, art. 302).

### 31.14. QUESTÕES

1. (Magistratura/MG – FUNDEP/2009) Deoclides e Odilon deliberam a prática conjunta de furto a uma residência. Sem o conhecimento de Odilon, Deoclides, para a segurança de ambos, arma-se de um revólver carregado com 02 cartuchos. Os dois entram na casa. Enquanto Odilon furtava os bens que se encontravam na área externa, Deoclides é surpreendido com a presença de um morador que reage e acaba sendo morto por Deoclides. Marque a alternativa CORRETA.
  - (A) Deoclides responderá pelo latrocínio e pelo furto, enquanto Odilon apenas pelo furto.
  - (B) Os dois responderão por latrocínio.
  - (C) Deoclides responderá por latrocínio e Odilon pelo crime de furto.
  - (D) Deoclides responderá pelo latrocínio, pelo furto e pelo porte ilegal de arma, enquanto Odilon apenas pelo furto.

<sup>44</sup> JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. Parte geral. 28. ed. 2.<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 422.



2. (MP/ES – CESPE/2010) A respeito do concurso de agentes em eventos delituosos, assinale a opção correta.
- (A) Considere que um guarda-vidas e um banhista, ambos podendo agir sem perigo pessoal, tenham presenciado o afogamento de uma pessoa na piscina do clube onde o guarda-vidas trabalha e não tenham prestado socorro a ela. Nesse caso, na hipótese de morte da vítima, os dois agentes devem responder pelo delito de omissão de socorro.
  - (B) Com relação à autoria delitiva, a teoria extensiva considera que todos os participantes do evento delituoso são autores, não admitindo a existência de causas de diminuição de pena nem de diferentes graus de autoria, compatibilizando-se, apenas, com a figura do cúmplice (autor menos relevante), que deve receber pena idêntica à dos demais agentes.
  - (C) Segundo o critério objetivo-formal da teoria restritiva, somente é considerado autor aquele que pratica o núcleo do tipo; partícipe é aquele que, sem realizar a conduta principal, concorre para o resultado, auxiliando, induzindo ou instigando o autor.
  - (D) No ordenamento jurídico brasileiro, apenas o homem pode ser autor do delito de estupro; a mulher pode apenas ser partícipe de tal crime, uma vez que, biologicamente, não pode ter conjunção carnal com outra mulher.
  - (E) Em relação à natureza jurídica do concurso de agentes, o CP adotou a teoria unitária ou monista, segundo a qual cada um dos agentes (autor e partícipe) responde por um delito próprio, havendo pluralidade de fatos típicos, de modo que cada agente deve responder por um crime diferente.
3. (IV Defensoria Pública/MT – FCC/2009) A respeito do concurso de pessoas, é correto afirmar que
- (A) é necessário o ajuste prévio no concurso de pessoas.
  - (B) o Direito Penal brasileiro adotou a teoria unitária.
  - (C) o concurso de agentes pode verificar-se após a consumação do delito.
  - (D) pode ocorrer coautoria sem vínculo subjetivo entre os coautores.
  - (E) é necessária a presença no local do crime para a configuração do concurso de agentes.
4. (Defensoria Pública/MA – FCC/2009) Os requisitos para a ocorrência do concurso de pessoas no cometimento de crime são:
- (A) pluralidade de comportamentos, nexo de causalidade entre o comportamento do partícipe e o resultado do crime e vínculo objetivo-subjetivo entre autor e partícipe.
  - (B) presença física de autor e partícipe, nexo de causalidade entre o comportamento do coautor e o resultado do crime; vínculo subjetivo entre autor e partícipe e identidade do crime.
  - (C) presença física de autor e partícipe, pluralidade de comportamentos, nexo de causalidade entre o comportamento do partícipe e o resultado do crime; vínculo subjetivo entre autor e partícipe e identidade do crime.
  - (D) pluralidade de comportamentos, nexo de causalidade entre o comportamento do partícipe e o resultado do crime; vínculo objetivo entre autor e partícipe e identidade do crime.
  - (E) pluralidade de comportamentos, nexo de causalidade entre o comportamento do partícipe e o resultado do crime; vínculo subjetivo entre autor e partícipe e identidade do crime.
5. (Magistratura/RS – 2009) Considere as assertivas abaixo sobre concurso de agentes.
- 1 – Quando um dos concorrentes quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída até a metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido.

- II – Quando o agente, no cometimento de um crime, ostentar atuação que o identifique como líder dentre os demais participantes, sua pena deverá ser agravada de um sexto a um terço.
- III – Quando a participação do agente no cometimento de um crime for de menor importância, a pena poderá ser reduzida de um sexto a um terço.

Quais são corretas?

- (A) Apenas I  
(B) Apenas II  
(C) Apenas III  
(D) Apenas I e II  
(E) I, II e III

6. (Magistratura/RS – 2009) Considere as assertivas abaixo sobre concurso de pessoas.

- I – Na doutrina nacional, os crimes funcionais próprios constituem infrações penais em que a qualidade de funcionário público do agente é elementar do tipo legal de delito, assim como ocorre na concussão ou na corrupção passiva.
- II – Os crimes funcionais impróprios são identificáveis porque o fato punível é incriminado, mesmo quando não praticado por funcionário público, como acontece com o delito de peculato.
- III – Sabendo-se que não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime, segue-se que o particular que se beneficia do desvio de rendas públicas praticado pelo Prefeito Municipal não responde pelo crime de peculato definido no Decreto-Lei n.º 201/1967, mas sim por peculato previsto no Código Penal.

Quais são corretas?

- (A) Apenas I  
(B) Apenas II  
(C) Apenas III  
(D) Apenas I e II  
(E) I, II e III

7. (Magistratura/MT – VUNESP/2009) Para solucionar os vários problemas referentes ao concurso de pessoas, Roxin, jurista alemão, idealizou a teoria do domínio do fato, que

- (A) entende como autor quem domina a realização do fato, quem tem poder sobre ele, bem como quem tem poder sobre a vontade alheia; partícipe é quem não domina a realização do fato, mas contribui de qualquer modo para ele.
- (B) entende como autores todos aqueles que intervenham no processo causal de realização do tipo, independentemente da importância que a sua colaboração possua dentro da totalidade do fato, questão que só tem interesse no momento da fixação da pena.
- (C) distingue a autoria da participação em função da prática dos atos executórios do delito.
- (D) é aceita pelos doutrinadores nacionais embora não seja aceita pela jurisprudência.
- (E) não tem aplicação prática no direito penal brasileiro.

8. (MP/PR 2009) Sobre o tema *autoria* e *participação*, assinale a alternativa correta:

- (A) ocorre a autoria colateral quando ações paralelas de agentes diversos lesionam um mesmo bem jurídico, como resultado de prévio planejamento conjunto.

- (B) na autora mediata, o terceiro utilizado como instrumento pelo autor mediato para a prática do crime, pode ser um sujeito imputável ou imputável, conforme a hipótese concreta.
- (C) no crime de peculato (Código Penal, art. 312), a qualidade de funcionário público do autor não se comunica ao partícipe que não é funcionário público, ainda que aquela qualidade seja de pleno conhecimento deste último.
- (D) A, B e C resolvem praticar furto noturno em residência, quando então A, por decisão e execução exclusiva, pratica estupro contra a vítima D, que acordara durante a execução do crime patrimonial. Assim, a prática do crime sexual também é imputável a B e C, ainda que não tenha ingressado na esfera de previsibilidade destes últimos.
- (E) a punibilidade da participação, segundo a teoria da acessoriedade limitada, exige que a ação principal, além de típica e antijurídica, também seja culpável.
9. (PGE/PE – CESPE/2009) Com relação a concurso de pessoas, assinale a opção correta.
- (A) Ser coautor de um crime significa ter sido um agente de menor participação na empreitada criminosa.
- (B) O partícipe, para ser considerado como tal, não pode realizar diretamente ato do procedimento típico, tampouco ter o domínio final da conduta.
- (C) A participação maior ou menor do agente no crime não influencia na pena.
- (D) Não existe a possibilidade de coautoria em crime culposos.
- (E) O autor intelectual é assim chamado por ter sido quem planejou o crime, não é necessariamente aquele que tem controle sobre a consumação do crime.
10. (MP/SE – CESPE/2010) Marcelo, Rubens e Flávia planejaram praticar um crime de roubo. Marcelo forneceu a arma e Rubens ficou responsável por transportar em seu veículo os corréus ao local do crime e dar-lhes fuga. A Flávia coube a tarefa de atrair e conduzir a vítima ao local onde foi praticado o crime. Nessa situação hipotética, conforme entendimento do STJ, Rubens
- (A) foi partícipe e não coautor do crime de roubo, considerando que não executou o núcleo do tipo.
- (B) foi coautor do crime, mas sua atuação foi de somenos importância, donde fazer jus as benesses legais respectivas.
- (C) não responderá pelo crime de roubo, mas somente por favorecimento pessoal.
- (D) foi partícipe do crime, pois não possuía o controle da conduta, conforme a teoria do domínio do fato, adotada pelo CP.
- (E) foi coautor funcional ou parcial do crime, não sendo a sua participação de somenos importância.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

Obs.: Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no site [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

PARTE III  
TEORIA GERAL DA PENA

## PENA: ASPECTOS GERAIS

Sumário: 32.2. Conceito – 32.3. Princípios – 32.4. Teorias e finalidades: 32.4.1. Teoria absoluta e finalidade retributiva; 32.4.2. Teoria relativa e finalidades preventivas; 32.4.3. Teoria mista ou unificadora e dupla finalidade: retribuição e prevenção – 32.5. Função social da pena – 32.6. Fundamentos da pena – 32.7. Cominação das penas – 32.8. Classificação das penas: 32.8.1. Quanto ao bem jurídico do condenado atingido pela pena; 32.8.2. Quanto ao critério constitucional; 32.8.3. Quanto ao critério adotado pelo Código Penal – 32.9. Abolicionismo penal – 32.10. Justiça restaurativa – 32.11. Teoria das janelas quebradas ("broken windows theory") – 32.12. Questão.

### 32.1. SANÇÃO PENAL

Sanção penal é a resposta estatal, no exercício do *ius puniendi* e após o devido processo legal, ao responsável pela prática de um crime ou de uma contravenção penal. Divide-se em duas espécies: penas e medidas de segurança.

As penas têm como pressuposto a culpabilidade. Com efeito, crime é o fato típico e ilícito, e a culpabilidade funciona como pressuposto de aplicação da pena. Destinam-se aos imputáveis e aos semi-imputáveis não perigosos.

Já as medidas de segurança têm como pressuposto a periculosidade, e dirigem-se aos inimputáveis e aos semi-imputáveis dotados de periculosidade, pois necessitam, no lugar da punição, de especial tratamento curativo. Serão estudadas detalhadamente no capítulo 43.

### 32.2. CONCEITO

Pena é a reação que uma comunidade politicamente organizada opõe a um fato que viola uma das normas fundamentais da sua estrutura e, assim, é definido na lei como crime.

Como reação contra o crime, isto é, contra uma grave transgressão das normas de convivência, ela aparece com os primeiros agregados humanos. Violenta e impulsiva nos primeiros tempos, exprimindo o sentimento natural de vingança do ofendido ou a revolta de toda a comunidade social, ela se vai disciplinando com o progresso da cultura, abandonando os seus apoios extrajurídicos e tomando o sentido de uma instituição de Direito posta nas mãos do poder público para a manutenção da ordem e segurança social.<sup>1</sup>

Destarte, pena é a espécie de sanção penal consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, com as finalidades de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, mediante a intimidação endereçada à sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções penais.

O bem jurídico de que o condenado pode ser privado ou sofrer limitação pode ser a liberdade (pena privativa de liberdade), o patrimônio (pena de multa), a vida (pena de morte, na excepcional hipótese prevista no art. 5.º, XLVII, “a”, da CF) ou outro direito qualquer, em conformidade com a legislação em vigor (penas restritivas de direitos).

### 32.3. PRINCÍPIOS

Aplicam-se às penas os seguintes princípios:

a) **Princípio da reserva legal ou da estrita legalidade:** emana do brocardo *nulla poena sine lege*, ou seja, somente a lei pode cominar a pena. Foi previsto como cláusula pétrea no art. 5.º, XXXIX, da Constituição Federal, e também encontra amparo no art. 1.º do Código Penal.

b) **Princípio da anterioridade:** a lei que comina a pena deve ser anterior ao fato que se pretende punir. Não basta, assim, o *nulla poena sine lege*. Exige-se um reforço, a lei deve ser prévia ao fato praticado: *nulla poena sine praevia lege* (CF, art. 5.º, XXXIX, e CP, art. 1.º).

c) **Princípio da personalidade, intransmissibilidade, intranscendência ou responsabilidade pessoal:** a pena não pode, em hipótese alguma, ultrapassar a pessoa do condenado (CF, art. 5.º, XLV). É vedado alcançar, portanto, familiares do acusado ou pessoas alheias à infração penal. Em síntese, esse postulado impede que sanções e restrições de ordem jurídica superem a dimensão estritamente pessoal do infrator.<sup>2</sup> É possível, porém, que a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens, compreendidos como efeitos da condenação, sejam, nos termos da lei, estendidas

<sup>1</sup> BRUNO, Anibal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 10.

<sup>2</sup> STF: AgR-QO 1.033/DF, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 25.05.2006.

aos sucessores e contra eles executadas até o limite do valor do patrimônio transferido (CF, art. 5.º, XLV). A pena de multa não poderá ser cobrada dos sucessores do condenado.

**d) Princípio da inderrogabilidade ou inevitabilidade:** esse princípio é consectário lógico da reserva legal, e sustenta que a pena, se presentes os requisitos necessários para a condenação, não pode deixar de ser aplicada e integralmente cumprida. É, contudo, mitigado por alguns institutos penais, dos quais são exemplos a prescrição, o perdão judicial, o *sursis*, o livramento condicional etc.

**e) Princípio da intervenção mínima:** a pena é legítima unicamente nos casos estritamente necessários para a tutela de um bem jurídico penalmente reconhecido. Dele resultam dois outros princípios: fragmentariedade ou caráter fragmentário do Direito Penal e subsidiariedade (ver Capítulo 2, itens 2.2.8, 2.2.9 e 2.2.10).

**f) Princípio da humanidade ou humanização das penas:** a pena deve respeitar os direitos fundamentais do condenado enquanto ser humano. Não pode, assim, violar a sua integridade física ou moral (CF, art. 5.º, XLIX). Da mesma forma, o Estado não pode dispensar nenhum tipo de tratamento cruel, desumano ou degradante ao preso. Com esse propósito, o art. 5.º, XLVII, da Constituição Federal proíbe as penas de morte, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis, bem como a prisão perpétua.

**g) Princípio da proporcionalidade:** a resposta penal deve ser justa e suficiente para cumprir o papel de reprovação do ilícito,<sup>3</sup> bem como para prevenir novas infrações penais. Concretiza-se na atividade legislativa, funcionando como barreira ao legislador, e também ao magistrado, orientando-o na dosimetria da pena. De fato, tanto na cominação como na aplicação da pena deve existir correspondência entre o ilícito cometido e o grau da sanção penal imposta, levando-se ainda em conta o aspecto subjetivo do condenado (CF, art. 5.º, XLVI).

**h) Princípio da individualização:** foi inicialmente previsto pelo Código Criminal do Império de 1830. A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréu. Sua finalidade e importância residem na fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, que prescindida da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> STJ: HC 84.427/RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª Turma, j. 28.02.2008.

<sup>4</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: RT: 2007. p. 30.

Esse princípio, que foi expressamente indicado pelo art. 5.º, XLVI, da Constituição Federal, repousa no ideal de justiça segundo o qual se deve distribuir, a cada indivíduo, o que lhe cabe, de acordo com as circunstâncias específicas do seu comportamento – o que em matéria penal significa a aplicação da pena levando em conta não a norma penal em abstrato, mas, especialmente, os aspectos subjetivos e objetivos do crime.<sup>5</sup>

Na célebre definição de Néelson Hungria:

A fórmula unitária foi assim fixada: *retribuir o mal concreto do crime com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso*. Ao ser cominada *in abstracto*, a pena é individualizada objetivamente; mas, ao ser aplicada *in concreto*, não prescinde da sua individualização subjetiva. Após a individualização convencional da lei, a individualização experimental do juiz, ao mesmo tempo objetiva e subjetiva. É conservada a prefixação de *minima* e *maxima* especiais; mas, suprimida a escala legal de graus intermédios, o juiz pode mover-se livremente entre aqueles, para realizar a “justiça do caso concreto”.<sup>6</sup>

Desenvolve-se em três planos: legislativo, judicial e administrativo.

No prisma **legislativo**, o princípio é respeitado quando o legislador descreve o tipo penal e estabelece as sanções adequadas, indicando precisamente os seus limites, mínimo e máximo, e também as circunstâncias aptas a aumentar ou diminuir as reprimendas cabíveis.

A individualização **judicial** complementa a legislativa, pois esta não pode ser extremamente detalhista, nem é capaz de prever todas as situações da vida concreta que possam aumentar ou diminuir a sanção penal. É efetivada pelo juiz quando aplica a pena utilizando-se de todos os instrumentais fornecidos pelos autos da ação penal, em obediência ao sistema trifásico delineado pelo art. 68 do Código Penal (pena privativa de liberdade), ou ainda ao sistema bifásico inerente à sanção pecuniária (CP, art. 49).

Finalmente, a individualização **administrativa** é efetuada durante a execução da pena, quando 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.

## 32.4. TEORIAS E FINALIDADES

O estudo das teorias relaciona-se intimamente com as finalidades da pena. Podemos ir ainda mais longe. Na verdade, as teorias inerentes aos fins da

<sup>5</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 145.

<sup>6</sup> HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v. 1, p. 86.



pena relacionam-se com a própria origem do Direito Penal. Nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias:

O problema do fins (*rectus*, das finalidades) da pena criminal é tão velho quanto a própria história do direito penal; e, no decurso desta já longa história, ele tem sido discutido, vivamente e sem soluções de continuidade, pela filosofia (tanto pela filosofia geral, como pela filosofia do direito), pela doutrina do Estado e pela ciência (global) do direito penal. A razão de um tal interesse e da sua persistência ao longo dos tempos está em que, à sombra dos problemas dos fins das penas, é no fundo toda a teoria do direito penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal. Por isso se pode dizer, sem exagero, que a questão dos fins da pena constitui, no fundo, a *questão do destino* do direito penal e, na plena acepção do termo, do seu *paradigma*.<sup>7</sup>

Para a teoria absoluta, a finalidade da pena é retributiva. Por sua vez, para a teoria relativa, os fins da pena são estritamente preventivos. E, finalmente, para a teoria mista ou unificadora, a pena tem dupla finalidade: retributiva e preventiva.

#### 32.4.1. Teoria absoluta e finalidade retributiva

De acordo com esta teoria, a pena desponta como a retribuição estatal justa ao mal injusto provocado pelo condenado, consistente na prática de um crime ou de uma contravenção penal (*punitur quia peccatum est*). Não tem finalidade prática, pois não se preocupa com a readaptação social do infrator da lei penal. Pune-se simplesmente como retribuição à prática do ilícito penal.

A pena atua como **instrumento de vingança do Estado contra o criminoso**, com a finalidade única de castigá-lo, fator esse que proporciona a justificação moral do condenado e o restabelecimento da ordem jurídica.<sup>8</sup>

A teoria absoluta e a finalidade retributiva da pena ganharam destaque com os estudos de Georg Wilhelm Friedrich Hegel e de Emmanuel Kant, que exemplificava:

O que se deve acrescentar é que se a sociedade civil chega a dissolver-se por consentimento de todos os seus membros, como se, por exemplo, um povo que habitasse uma ilha se decidisse a abandoná-la e se dispersar, o último assassino preso deveria ser morto antes da dissolução a fim de que cada um sofresse

<sup>7</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Temas básicos da doutrina penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 65-66.

<sup>8</sup> "Dizem uns que a justiça penal, não podendo desinteressar-se da falta moral, deve aplicar a todo delinquente, com capacidade para compreender as disposições da lei, uma pena afliativa, isto é, um castigo que importe em retribuição proporcional à falta moral. A consciência pública sente a sua necessidade e o legislador não pode deixar de levar em conta esse estado de alma coletivo" (LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. II, p. 43).

a pena de seu crime e para que o crime de homicídio não recaísse sobre o povo que descuidasse da imposição dessa punição; porque então poderia ser considerada como cúmplice de tal violação pública da Justiça.<sup>9</sup>

### 32.4.2. Teoria relativa e finalidades preventivas

Para essa variante, a finalidade da pena consiste em prevenir, isto é, **evitar a prática de novas infrações penais** (*punitur ne peccetur*). É irrelevante a imposição de castigo ao condenado.

Adota-se uma posição absolutamente contrária à teoria absoluta. Destarte, a pena não está destinada à realização da justiça sobre a terra, servindo apenas para a proteção da sociedade. A pena não se esgota em si mesma, despontando como meio cuja finalidade é evitar futuras ações puníveis.<sup>10</sup>

A prevenção de novas infrações penais atende a um aspecto dúplice: geral e especial.

A **prevenção geral** é destinada ao controle da violência, na medida em que busca diminuí-la e evitá-la. Pode ser negativa ou positiva.

A **prevenção geral negativa**, idealizada por J. P. Anselm Feuerbach com arrimo em sua teoria da coação psicológica, tem o propósito de criar no espírito dos potenciais criminosos um contraestímulo suficientemente forte para afastá-los da prática do crime.<sup>11</sup>

Busca intimidar os membros da coletividade acerca da gravidade e da imperatividade da pena, retirando-lhes eventual incentivo quanto à prática de infrações penais. Demonstra-se que o crime não compensa, pois ao seu responsável será inevitavelmente imposta uma pena, assim como aconteceu em relação ao condenado punido. Nas palavras de Anabela Miranda Rodrigues:

Os motivos pelos quais a pena deve ser aplicada *quia peccatum est* são, pois, em Feuerbach, de duas ordens de razões: da exigência de tornar séria – isto é, portadoras de conseqüências efetivas – a ameaça contida na lei penal, de tornar operante a coação psicológica que deve ser o efeito daquela ameaça, e da exigência de garantir a legalidade e a certeza do direito.<sup>12</sup>

Atualmente, a finalidade de prevenção geral negativa manifesta-se rotineiramente pelo **direito penal do terror**. Instrumentaliza-se o condenado, na medida em que serve ele de exemplo para coagir outras pessoas do corpo social com a ameaça de uma pena grave, implacável e da qual não

<sup>9</sup> KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Icone, 1993. p. 178-179.

<sup>10</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Parte general. 5. ed. Trad. espanhola Miguel Olmedo Cardanete. Granada: Comares, 2002. p. 77.

<sup>11</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999. p. 99.

<sup>12</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 170.

se pode escapar. Em verdade, o ponto de partida da prevenção geral possui normalmente uma tendência para o terror estatal. Quem pretende intimidar mediante a pena, tenderá a reforçar esse efeito, castigando tão duramente quanto possível.<sup>13</sup>

**Prevenção geral positiva**, de outro lado, consiste em demonstrar e reafirmar a existência, a validade e a eficiência do Direito Penal. **Almeja-se demonstrar a vigência da lei penal.** O efeito buscado com a pena é romper com a ideia de vigência de uma “lei particular” que permite a prática criminosa, demonstrando que a lei geral – que impede tal prática e a compreende como conduta indesejada – está em vigor.<sup>14</sup>

Em suma, o aspecto positivo da prevenção geral repousa na conservação e no reforço da confiança na firmeza e poder de execução do ordenamento jurídico. A pena tem a missão de demonstrar a inviolabilidade do Direito diante da comunidade jurídica e reforçar a confiança jurídica do povo.<sup>15</sup>

Mas não para por aí. A pena ainda é dotada de **prevenção especial**, direcionada exclusivamente à pessoa do condenado. Subdivide-se também a prevenção especial em negativa e positiva.

Para a **prevenção especial negativa**, o importante é intimidar o condenado para que ele não torne a ofender a lei penal. Busca, portanto, **evitar a reincidência.**

Finalmente, a **prevenção especial positiva** preocupa-se com a **ressocialização** do condenado, para que no futuro possa ele, com o integral cumprimento da pena, ou, se presentes os requisitos legais, com a obtenção do livramento condicional, retornar ao convívio social preparado para respeitar as regras a todos impostas pelo Direito. A pena é legítima somente quando é capaz de promover a ressocialização do criminoso.<sup>16</sup>

E, como tem se sustentado atualmente, antes de ser socializadora, a execução da pena de prisão deve ser não dessocializadora. Isto, num duplo sentido: por um lado, não se deve amputar o recluso dos direitos que a sua qualidade de cidadão lhe assegura; por outro lado, deve-se reduzir ao mínimo a marginalização de fato que a reclusão implica e os efeitos criminosos que lhe estão associados. Só a incorporação da não dessocialização no conceito de socialização permitirá cumprir a Constituição e dissolver o paradoxo de se pretender preparar a reinserção social em um contexto, por definição, antissocial.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal. Parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 58-59.

<sup>14</sup> JUNQUEIRA, Gustavo Oclaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri/SP: Manole, 2004. p. 69.

<sup>15</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte geral. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução para o espanhol de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 2006. t. 1, p. 91.

<sup>16</sup> HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 104.

<sup>17</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 52.

### 32.4.3. Teoria mista ou unificadora e dupla finalidade: retribuição e prevenção

A pena deve, simultaneamente, castigar o condenado pelo mal praticado e evitar a prática de novos crimes, tanto em relação ao criminoso como no tocante à sociedade. Em síntese, fundem-se as teorias e finalidades anteriores. A pena assume um tríptico aspecto: retribuição, prevenção geral e prevenção especial.

Foi a teoria acolhida pelo art. 59, *caput*, do Código Penal, quando dispõe que a pena será estabelecida pelo juiz “conforme seja necessário e suficiente para reprobção e prevenção do crime”. É também chamada de teoria eclética, intermediária, conciliatória ou unitária.

E, se não bastasse, o direito penal brasileiro aponta, em diversos dispositivos, a sua opção pela teoria mista ou unificadora.

De fato, o Código Penal aponta o acolhimento da finalidade retributiva nos arts. 121, § 5.º, e 129, § 8.º, quando institui o perdão judicial para os crimes de homicídio culposo e lesões corporais culposas. Nesses casos, é possível a extinção da punibilidade quando as “conseqüências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária”. Fica claro, pois, ser cabível o perdão judicial quando o agente já foi punido, quando já foi castigado pelas conseqüências do crime por ele praticado. Já houve, portanto, a retribuição.

Por sua vez, em diversos dispositivos a Lei 7.210/1984 – Lei de Execução Penal – dá ênfase à finalidade preventiva da pena, em suas duas vertentes, geral e especial.

Nesse sentido, estabelece o seu art. 10, *caput*: “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”. E, ainda, o art. 22: “A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade”. O trabalho do preso tem finalidade educativa (art. 28).

E, finalmente, a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, incorporada ao direito pátrio pelo Decreto 678/1992, estatui em seu art. 5.º, item “6”, no tocante ao direito à integridade pessoal, que “as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”.

No sistema penal brasileiro as finalidades da pena devem ser buscadas pelo condenado e pelo Estado, com igual ênfase à retribuição e à prevenção. Na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Se é assim – vale dizer, se a Constituição mesma parece conferir à execução das penalidades em foco uma paralela função de reabilitação individual, na perspectiva de um saneado retorno do apenado à vida societária –, esse mister reeducativo é de ser desempenhado pelo esforço conjunto da pessoa

encarcerada e do Estado-carcereiro. Esforço conjunto que há de se dar segundo pautas adrede fixadas naquilo que é o próprio cerne do regime que a lei designa como de execuções penais. Um regime necessariamente concebido para fazer da efetiva constrição da liberdade topográfica de ir e vir um mecanismo tão eficiente no plano do castigo mesmo quanto no aspecto regenerador que a ela é consubstancial.<sup>18</sup>

### 32.5. FUNÇÃO SOCIAL DA PENA

Fala-se atualmente em função social da pena, e, conseqüentemente, em função social do Direito Penal, direcionada eficazmente à sociedade a qual se destina, pois no tocante a ela a pena tem as tarefas de protegê-la e pacificar seus membros após a prática de uma infração penal.

Não basta a retribuição pura e simples, pois, nada obstante a finalidade mista acolhida pelo sistema penal brasileiro, a crise do sistema prisional transforma a pena em castigo e nada mais. A pena deve atender aos anseios da sociedade, consistentes na tutela dos bens jurídicos indispensáveis para a manutenção e o desenvolvimento do indivíduo e da coletividade, pois só assim será legítima e aceita por todos em um Estado Democrático de Direito, combatendo a impunidade e recuperando os condenados para o convívio social.

Em sua aplicação prática, a pena necessita passar pelo crivo da racionalidade contemporânea, impedindo se torne o delinquente instrumento de sentimentos ancestrais de represália e castigo. Só assim o Direito Penal poderá cumprir a sua função preventiva e socializadora, com resultados mais produtivos para a ordem social e para o próprio transgressor.<sup>19</sup>

### 32.6. FUNDAMENTOS DA PENA

Fundamentos da pena não se confundem com finalidades da pena. Aqueles se relacionam com os motivos que justificam a existência e a imposição de uma pena; estes dizem respeito ao objetivo que se busca alcançar com sua aplicação.

Apontam-se seis principais fundamentos da pena: retribuição, reparação, denúncia, incapacitação, reabilitação e dissuasão.

a) **Retribuição:** confere-se ao condenado uma pena proporcional e correspondente à infração penal na qual ele se envolveu. É a forma justa e humana que tem a sociedade para punir os criminosos, com proporção entre o ilícito penal e o castigo. O mal que a pena transmite ao condenado deve

<sup>18</sup> HC 91.874/RS, decisão monocrática do Min. Carlos Brito, j. 31.08.2007.

<sup>19</sup> MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 110.

ser equivalente ao mal produzido por ele à coletividade. O crime deve ter a pena que merece (desvalor do criminoso), semelhante ao desvalor social da conduta.

**b) Reparação:** consiste em conferir algum tipo de recompensa à vítima do delito. Relaciona-se com a **vitimologia**, notadamente com a assistência à vítima e à reparação do dano, como forma de recompor o mal social causado pela infração penal.

**c) Denúncia:** é a reprovação social à prática do crime ou da contravenção penal. A necessidade de aplicação da pena justifica-se para exercer a prevenção geral por meio da intimidação coletiva, e não para desfazer o equilíbrio causado pelo crime.

**d) Incapacitação:** priva-se a liberdade do condenado, retirando-o do convívio social, para a proteção das pessoas de bem. Para Garofalo, a pena é um mal necessário à reparação do dano provocado pela conduta criminosa. E, embora na aparência o fim da pena seja a vingança social ou o desejo de fazer sofrer ao culpado um mal análogo ao que ele produziu, na realidade o que se deseja é isto: em primeiro lugar, excluir do meio coletivo os delinquentes inassimiláveis; depois constringer o autor de um mal a repará-lo, tanto quanto possível.<sup>20</sup>

**e) Reabilitação:** deve recuperar-se o penalmente condenado. A pena precisa restaurar o criminoso, tornando-o útil à sociedade. Funciona como meio educativo, de reinserção social, e não punitivo.

**f) Dissuasão:** busca convencer as pessoas em geral, e também o condenado, de que o crime é uma tarefa desvantajosa e inadequada. A pena insere-se como atividade destinada a impedir o culpado de tornar-se nocivo à sociedade, bem como instrumento para afastar os demais indivíduos de práticas ilícitas perante o Direito Penal.

## 32.7. COMINAÇÃO DAS PENAS

Nos moldes do art. 53 do Código Penal: “As penas privativas de liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal de crime”.

Esse dispositivo é desnecessário no tocante às penas privativas de liberdade, pois já são cominadas por cada tipo legal de crime ou contravenção penal nos limites mínimo e máximo. Exemplificativamente, o art. 155 do

<sup>20</sup> GAROFALO, Raffaele. *Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal*. São Paulo: Teixeira e Irmão, 1893. p. 114.

Código Penal prevê, para o furto simples, o limite mínimo de 1 (um) e máximo de 4 (quatro) anos de reclusão.

Entretanto, a função substitutiva atribuída às penas restritivas de direitos e a cominação indeterminada das penas de multa explicam a introdução no Código Penal dessas regras de cominação, evitando uma cansativa e indevida repetição em cada tipo legal.<sup>21</sup>

Em nosso sistema penal as penas podem ser cominadas em abstrato por diversas modalidades:

a) **isoladamente:** cuida-se da cominação única de uma pena, prevista com exclusividade pelo preceito secundário do tipo incriminador. Exemplo: art. 121, *caput*, do Código Penal, com pena de reclusão.

b) **cumulativamente:** o tipo penal prevê, em conjunto, duas espécies de penas. Exemplo: art. 157, *caput*, do Código Penal, com penas de reclusão e multa.

c) **paralelamente:** cominam-se, alternativamente, duas modalidades de penas. Exemplo: art. 235, § 1.º, do Código Penal, com penas de reclusão ou detenção.

d) **alternativamente:** a lei coloca à disposição do magistrado a aplicação única de duas espécies de penas. Há duas opções, mas o julgador somente pode aplicar uma delas. Exemplo: art. 140, *caput*, do Código Penal, com penas de detenção ou multa.

## 32.8. CLASSIFICAÇÃO DAS PENAS

As penas podem ser classificadas com base em variados critérios: quanto ao bem jurídico do condenado atingido pela reação estatal (pena), quanto ao critério constitucional e quanto ao critério adotado pelo Código Penal.

### 32.8.1. Quanto ao bem jurídico do condenado atingido pela pena

A pena pode ser dividida em cinco espécies:

a) **Pena privativa de liberdade:** retira do condenado o seu direito de locomoção, em razão da prisão por tempo determinado. Não se admite a privação perpétua da liberdade (CF, art. 5.º, XLVII, “b”), mas somente a de natureza temporária, pelo período máximo de 30 (trinta) anos para crimes (CP, art. 75) ou de 5 (cinco) anos para contravenções penais (LCP, art. 10).

<sup>21</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal – Parte geral*. 2. ed. Curitiba: JCP; Lumen Juris, 2007. p. 549.

**b) Pena restritiva de direitos:** limita um ou mais direitos do condenado, em substituição à pena privativa de liberdade. Está prevista no art. 43 do Código Penal e por alguns dispositivos da legislação extravagante.

**c) Pena de multa:** incide sobre o patrimônio do condenado.

**d) Pena restritiva da liberdade:** restringe o direito de locomoção do condenado, sem privá-lo da liberdade, isto é, sem submetê-lo à prisão. É o caso da pena de banimento, consistente na expulsão de brasileiro do território nacional, vedada pelo art. 5.º, XLVII, “d”, da Constituição Federal. É possível a instituição, por lei, de pena restritiva da liberdade, em face de autorização constitucional (art. 5.º, XLVI, “a”). Exemplo: proibir o condenado por crime sexual de aproximar-se da residência da vítima. A deportação, a expulsão e a extradição de estrangeiros são admissíveis, uma vez que têm natureza administrativa, e não penal, e encontram-se previstas no art. 57 e seguintes da Lei 6.815/1980 – Estatuto do Estrangeiro.

**e) Pena corporal:** viola a integridade física do condenado, tal como ocorre nas penas de açoite, de mutilações e de marcas de ferro quente. Essas penas são vedadas pelo art. 5.º, XLVII, “e”, da Constituição Federal, em face da crueldade de que se revestem. Admite-se, excepcionalmente, a pena de morte, em caso de guerra declarada contra agressão estrangeira (CF, art. 5.º, XLVII, “a”), nas hipóteses previstas no Decreto-lei 1.001/1969 – Código Penal Militar.

### 32.8.2. Quanto ao critério constitucional

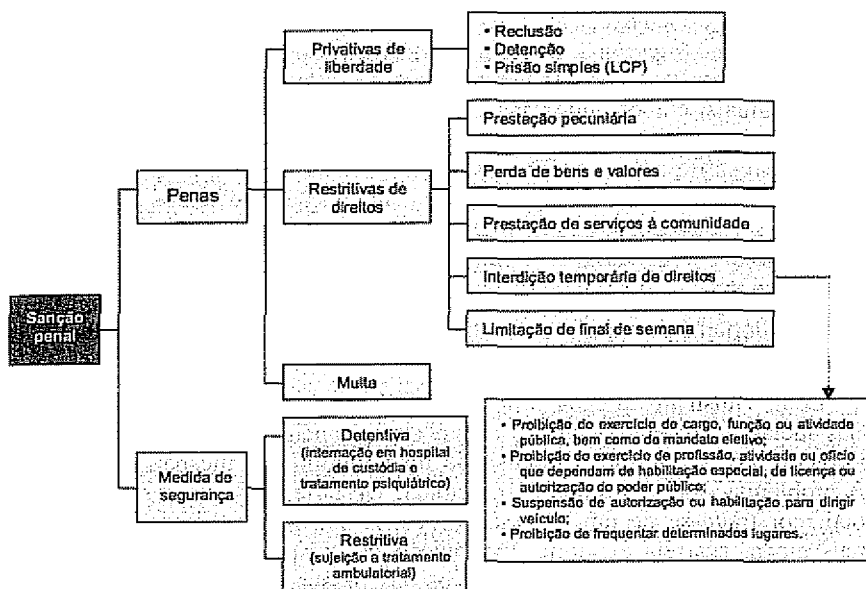
A classificação constitucional das penas está definida pelo art. 5.º, XLVI, da Constituição Federal. O rol é **exemplificativo**, pois se admitem, dentre outras, as penas de privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos.

Por outro lado, não são permitidas penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis.

### 32.8.3. Quanto ao critério adotado pelo Código Penal

As penas previstas no Código Penal, em seu art. 32, são: privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa.





### 32.9 ABOLICIONISMO PENAL

O movimento abolicionista encontra sua origem na Holanda, nos estudos de Louk Hulsman, e na Noruega, nos pensamentos de Nils Christie e Thomas Mathiesen.

Consiste em uma nova forma de pensar o Direito Penal, mediante o debate crítico do fundamento das penas e das instituições responsáveis pela aplicação desse ramo do Direito. Para enfrentar a crise penitenciária que cresce a cada dia, nos mais variados cantos do mundo, propõe-se a **descriminalização** de determinadas condutas (o crime deixa de existir) e a **despenalização** de outros comportamentos (subsiste o crime, mas desaparece a pena). Em casos residuais, atenuam-se consideravelmente as sanções penais dirigidas às condutas ilícitas de maior gravidade.

O abolicionismo penal parte da seguinte reflexão: a forma atual de punição, escolhida pelo Direito Penal, é falha, pois a reincidência aumenta diariamente. Além disso, a sociedade não sucumbe à prática de infrações penais, mormente se for considerada a **cifra negra** da justiça penal, ou seja, nem todos os crimes praticados são conhecidos e apurados pelos operadores do Direito. E, dentre os apurados, somente alguns resultam em condenações, e, mesmo no grupo dos condenados, poucos indivíduos cumprem integralmente a pena imposta.

Portanto, a sociedade, ao contrário do que comumente se sustenta, tem capacidade para suportar a maioria das infrações penais, sem submeter-se a prejuízos irreparáveis. Para os defensores desse movimento, é o que já ocorre nos dias atuais, embora informalmente. Assim sendo, o problema penal poderia ser adequadamente solucionado por outros meios, notadamente com o atendimento prioritário à vítima, pois seria mais eficaz empregar os valores utilizados com a construção de prisões e manutenção de detentos para reparar os danos a ela proporcionados. Defende-se ainda a legalização das drogas e a mudança do tratamento do criminoso, que não pode ser marginalizado e encarado diversamente das demais pessoas.

É importante ressaltar que o abolicionismo penal possui variantes entre seus partidários.

Louk Hulsman apregoa um **abolicionismo fenomenológico**, e ampara suas ideias no entendimento de que o sistema penal constitui-se como um problema em si mesmo. Cuida-se de uma inutilidade, incapaz de resolver os problemas que se propõe a solucionar. Destarte, sustenta a sua abolição total, por tratar-se de um sistema que causa sofrimentos desnecessários, e, mais ainda, acarreta em uma distribuição de “justiça” socialmente injusta, pois produz inúmeros efeitos negativos nas pessoas a ele submetidas, apresentando completa ausência de controle por parte do Estado.

O penalista holandês prega, então, a abolição imediata do sistema penal, afastando o Poder Público de todo e qualquer conflito, solucionando-se os problemas sociais por instâncias intermediárias sem natureza penal.<sup>22</sup> Além disso, propõe a eliminação de nomenclaturas utilizadas na justiça penal, eliminando, dentre outros, os termos “crime” e “criminoso”. Trata o fenômeno crime como um problema social, o que enseja a pacificação dos conflitos em um ambiente diverso do atualmente existente.

Já Thomas Mathiesen e Nils Christie compartilham de um **abolicionismo fenomenológico-historicista**. Vinculam o sistema penal à estrutura do sistema capitalista, razão pela qual, além da sua eliminação, defendem o fim de todo e qualquer método de repressão existente na sociedade. Destarte, a luta pelo direito deve se concentrar num esforço de limitação da dor.<sup>23</sup>

Em face de sua proposta central – eliminar o sistema penal, descriminalizar condutas e acabar com penas –, o abolicionismo penal é considerado uma **utopia** até mesmo pelos representantes do direito penal mínimo e do garantismo penal.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> HULSMAN, Louk. *Sistema penal y seguridad ciudadana, hacia una alternativa*. Trad. espanhola Sergio Polloff. Barcelona: Ariel, 1984, p. 31.

<sup>23</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: RT, 2002. p. 140.

<sup>24</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006. p. 317-318.

Nada obstante, esse movimento recebeu na América Latina a simpatia de Eugenio Raúl Zaffaroni, levando-o inclusive a escrever toda uma obra sobre o assunto.<sup>25</sup>

## 32.10 JUSTIÇA RESTAURATIVA

Desde sua origem, o Direito Penal sempre se pautou pelo castigo da conduta criminosa praticada por alguém com a imposição de uma pena. Buscou-se e busca-se, incansavelmente, a retribuição do mal praticado com a aplicação concreta de outro mal, embora legítimo, representado pela pena. Daí falar-se que o Direito Penal enseja a configuração de uma **justiça retributiva**.

Atualmente, entretanto, surge uma nova proposta, consistente na **justiça restaurativa**, fundada basicamente na restauração do mal provocado pela infração penal. Essa vertente parte da seguinte premissa: o crime e a contravenção penal não necessariamente lesam interesses do Estado, difusos e indisponíveis. Tutela-se com maior intensidade a figura da **vítima**, historicamente relegada a um segundo plano no Direito Penal. Dessa forma, relativizam-se os interesses advindos com a prática da infração penal, que de difusos passam a ser tratados como individuais, e, conseqüentemente, disponíveis.

A partir daí, o litígio – antes entre a justiça pública e o responsável pelo ilícito penal – passa a ter como protagonistas o ofensor e o ofendido, e a punição deixa de ser o objetivo imediato da atuação do Direito Penal. Surge a possibilidade de **conciliação** entre os envolvidos (autor, coautor ou partícipe e vítima), mitigando-se a persecução penal, uma vez que não é mais obrigatório o exercício da ação penal.

A justiça restaurativa tem como principal finalidade, portanto, não a imposição da pena, mas o **reequilíbrio das relações entre agressor e agredido**, contando para tanto com o auxílio da comunidade, inicialmente atacada, mas posteriormente desempenhando papel decisivo na restauração da paz social. Nesse contexto, vislumbra-se a justiça com ênfase na **reparação do mal proporcionado pelo crime**, compreendido como uma violação às pessoas e aos relacionamentos coletivos, e não como uma ruptura com o Estado.

Em verdade, o crime deixa de constituir-se em ato contra o Estado para ser ato contra a comunidade, contra a vítima e ainda contra o seu próprio autor, pois ele também é agredido com a violação do ordenamento jurídico. E, se na justiça retributiva há interesse público na atuação do Direito Penal, na justiça restaurativa tal interesse pertence às pessoas envolvidas no episódio criminoso.

Não mais se imputa a responsabilidade pelo crime pessoalmente ao seu autor, coautor ou partícipe. Ao contrário, todos os membros da sociedade são responsáveis pelo fato praticado, já que falharam na missão de viverem

<sup>25</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

pacificamente em grupo. Os procedimentos formais e rígidos da justiça retributiva cedem espaço, na justiça restaurativa, a **meios informais e flexíveis**, prevalecendo a disponibilidade da ação penal.

Proporciona coragem ao agressor para responsabilizar-se pela conduta danosa, refletindo sobre as causas e os efeitos do seu comportamento em relação aos seus pares, para então modificar o seu modo de agir e ser posteriormente aceito de volta na comunidade. Como resultado, a justiça restaurativa pode acarretar em perdão recíproco entre os envolvidos, bem como em reparação à vítima, em dinheiro ou até mesmo com prestação de serviços em geral, a ela ou à sociedade.

Esse método tende a criar um ambiente seguro no qual o ofendido pode aproximar-se do autor da conduta ilícita. Além disso, a justiça restaurativa oferece à comunidade uma oportunidade de articular seus valores e expectativas acerca do entendimento das causas subjacentes do crime e determinar o que pode ser feito para reparar o mal provocado e restabelecer a tranquilidade outrora existente. Assim agindo, contribui para o bem coletivo e colabora potencialmente para a diminuição do índice de criminalidade.

E se a todos incumbe a restauração da paz pública, as penas privativas de liberdade abrem passagem para a reparação do dano e para as medidas substitutivas da pena privativa de liberdade, como decorrência da incessante atividade conciliatória característica da justiça restaurativa. Seu foco principal é a assistência à vítima.

Um primeiro passo no Brasil para a implantação da justiça restaurativa operou-se com a Lei 9.099/1995, notadamente quando se dispõe a evitar a aplicação da pena privativa de liberdade, seja com a composição dos danos civis, seja com o instituto da transação penal. Mas os seus partidários desejam ampliar seu raio de incidência, e a amoldam a alguns **princípios básicos e regras procedimentais de segurança**, quais sejam:

1. A participação da vítima e do agressor na justiça restaurativa depende do consentimento válido de ambas as partes, devendo cada uma delas receber explicações claras acerca da natureza do procedimento e de suas consequências. Em qualquer momento os envolvidos podem desistir da participação na justiça restaurativa.
2. A vítima e o agressor precisam aceitar como verdadeiro o episódio criminoso, e o agressor deve reconhecer sua responsabilidade pela prática do fato debatido.
3. As partes têm o direito de aconselharem-se juridicamente em todas as etapas do procedimento.
4. O encaminhamento de um caso iniciado na justiça retributiva à justiça restaurativa pode ocorrer em qualquer momento, desde a investigação criminal até o trânsito em julgado da condenação.

5. O trâmite do procedimento deve considerar as diferenças eventualmente existentes entre a vítima e o agressor, causadas por motivos de idade, de maturidade, de capacidade intelectual, situação econômica etc.
6. Todas as discussões, salvo as eminentemente públicas, devem ser confidenciais, exceto se as partes convencionarem de outro modo, ou se a publicidade para os agentes públicos responsáveis pela persecução penal for exigida por lei, ou se as discussões revelarem ameaça potencial ou real à segurança ou à vida de qualquer dos envolvidos.
7. A aceitação da responsabilidade penal pelo agressor não pode ser utilizada como prova contra ele em futuro e possível processo judicial.
8. Todos os acordos devem ser voluntários e livres de qualquer tipo de coação, e precisam conter apenas termos claros e facilmente compreensíveis por qualquer pessoa de inteligência mediana.
9. O descumprimento de um acordo alcançado na justiça restaurativa não pode ser usado em ação penal em juízo, seja para reconhecimento de culpa, seja para fundamentar punição mais severa ao ofensor.
10. O procedimento deve ser conduzido por pessoa preparada, aceita pela coletividade e revestida de imparcialidade.
11. Todo programa de justiça restaurativa deve ser constantemente avaliado e aperfeiçoado, visando satisfazer aos interesses sociais de restabelecimento do mal causado pelo crime e proporcionar o reequilíbrio da paz pública.

### 32-11. TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS ("BROKEN WINDOWS THEORY")

Em 1969, na Universidade de Stanford, nos Estados Unidos da América, Phillip Zimbardo (acompanhado de sua equipe) realizou uma experiência mítica no campo da psicologia social. Seu estudo consistiu em abandonar dois automóveis idênticos em vias públicas, um no Bronx, zona pobre e problemática de Nova York, e outra em Palo Alto, local rico e tranquilo da Califórnia. Carros iguais, mas populações, culturas e realidades sociais diversas.

O automóvel abandonado no Bronx foi rapidamente destruído pela ação de vândalos, e subtraíram-se vários dos seus componentes. Por sua vez, o carro deixado em Palo Alto permaneceu intacto. Concluiu-se, em análise inicial, ser a pobreza um fator determinante da criminalidade.

Os pesquisadores, então, decidiram quebrar uma das janelas do automóvel que se encontrava íntegro. Rapidamente instalou-se idêntico processo ao ocorrido no Bronx, com a completa destruição do veículo. Logo percebeu-se não ser a pobreza, por si só, a causa fomentadora de infrações penais, e sim a **sensação**

**de impunidade.** De fato, uma janela quebrada em um automóvel transmite o sentimento de desinteresse, de deterioração, de despreocupação com as regras de convivência, com a ausência do Estado. E cada novo ataque reafirma e multiplica essa ideia, até que a prática de atos ilícitos se torna incontrolável.

No ano de 1982, James Q. Wilson e George L. Kelling desenvolveram, agora no terreno da criminologia, a “teoria das janelas quebradas” (*broken windows theory*),<sup>26</sup> sustentando a maior incidência de crimes e contravenções penais nos locais em que o descuido e a desordem são mais acentuados. Com efeito, quando se quebra a janela de uma casa e nada se faz, implicitamente se estimula a destruição do imóvel como um todo. De igual modo, se uma comunidade demonstra sinais de deterioração e isto parece não importar a ninguém, ali a criminalidade irá se instalar.

Nesse sentido, se são cometidos “pequenos” delitos (lesões corporais leves, furtos etc.), sem a imposição de sanções adequadas pelo Estado, abre-se espaço para o cometimento de crimes mais graves, tais como: homicídios, roubos, latrocínios e tráfico de drogas.

A teoria das janelas quebradas foi inicialmente aplicada na década de 1980 no metrô de Nova York, que havia se convertido no ponto mais perigoso da cidade, mediante o combate às pequenas infrações, a exemplo das pichações deteriorando as paredes e os vagões, sujeira nas estações, consumo de álcool pelos usuários e não pagamento de passagens. A estratégia foi certa e eficaz, e em pouco tempo constatou-se profunda melhora, convertendo-se o metrô em local limpo e seguro.

Em 1994, Rudolph Giuliani, então prefeito de Nova York, acolhendo as premissas da teoria das janelas quebradas e a experiência do metrô, implantou a política de “tolerância zero”, com a finalidade de vedar qualquer violação da lei, independentemente do seu grau. Os adeptos dessa linha de pensamento destacam que não se trata de tolerância zero no tocante à pessoa do responsável pelo delito, mas em relação ao próprio delito.

### 32.12. QUESTÃO

1. (MP/TO – 2004) As espécies de pena previstas na lei penal vigente incluem a(s):
- (A) restritivas de direitos, a multa e a prestação de serviços à comunidade.
  - (B) privativas de liberdade, a interdição temporária de direitos e a multa.
  - (C) restritivas de direitos, a multa e o regime fechado.
  - (D) reclusão, a detenção e a prisão simples.
  - (E) privativas de liberdade, as restritivas de direitos e a multa.

<sup>26</sup> WILSON, James Q., e KELLING, George L. *Broken windows. The police and neighborhood safety.* Atlantic Monthly Magazine. Washington D.C., março de 1982.

2. (3.º Concurso Defensoria Pública/SP – FCC) A expressão “cifra negra” ou oculta refere-se

- (A) às discriminantes putativas, nos casos em que não há tipo culposo do crime cometido.
- (B) ao fracasso do autor na empreitada em que a maioria tem êxito.
- (C) à porcentagem de presos que não voltam da saída temporária do semiaberto.
- (D) à porcentagem de crimes não solucionados ou punidos porque, num sistema seletivo, não caíram sob a égide da polícia ou da justiça ou da administração carcerária, porque nos presídios “não estão todos os que são”.
- (E) à porcentagem de criminalização da pobreza e a globalização, pelas quais o centro exerce seu controle sobre a periferia, cominando penas e criando fatos típicos de acordo com seus interesses econômicos, determinando estigmatização das minorias.

3. (87.º MP/SP – 2010) A exposição de motivos da Parte Geral do Código Penal Brasileiro, ao referir-se à finalidade da individualização da pena, à vista de sua necessidade e eficácia para *reprovação e prevenção do crime*, afirma que “nesse conceito se define a Política Criminal preconizada no Projeto, da qual se deverão extrair todas as suas lógicas consequências”. A partir de tal afirmativa, assinale a alternativa correta:

- (A) o Código Penal Brasileiro adotou a concepção da pena como imperativo categórico, a qual se amolda à teoria da prevenção geral negativa.
- (B) o procedimento de aplicação da pena adotado pelo Código Penal (art. 59) tem como fundamento único o princípio da retribuição.
- (C) a concepção da pena como medida de prevenção de delitos, acolhida pelo Código Penal (art. 59), amolda-se às chamadas teorias absolutas.
- (D) o procedimento de aplicação da pena adotado pelo Código Penal (art. 59) tem como fundamento único o princípio da prevenção especial.
- (E) o Código Penal adotou como um dos fundamentos da aplicação da pena o princípio da prevenção geral (art. 59), preconizado pelas teorias relativas.

4. (3.º Concurso Defensoria Pública/SP – FCC) Considere as seguintes afirmações:

- I. É com base na teoria da prevenção geral negativa que o legislador aumenta penas na crença de conter a criminalidade com a ajuda do Código Penal.
- II. Além de atribuir à pena privativa de liberdade a inalcançável finalidade reeducadora, atrás das ideias utilitárias da prevenção especial sempre há uma confusão entre direito e moral e entre crime e pecado.
- III. A teoria retributiva parte da ideia da compensação da culpa, do pressuposto de que a justa retribuição ao fato cometido se dá através da individualização e diferenciação da pena.

Está correto o que se afirma SOMENTE em

- (A) I.
- (B) II.
- (C) III.
- (D) I e II.
- (E) II e III.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

**Obs.:** Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no site [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

## PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

**Sumário:** 33.1. Conceito – 33.2. Espécies – 33.3. Regimes penitenciários – 33.4. Fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade: 33.4.1. Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e crimes hediondos ou equiparados – 33.5. Competência para execução da pena privativa de liberdade – 33.6. Jursdiconalização da execução penal – 33.7. Pena de reclusão – 33.8. Pena de detenção – 33.9. Pena de prisão simples – 33.10. Diferenças entre reclusão e detenção – 33.11. Pena privativa de liberdade aplicada no mínimo legal e regime prisional mais rigoroso – 33.12. Impossibilidade de modificação, pelo juízo da execução, do regime prisional equivocadamente fixado na decisão condenatória – 33.13. Obrigatoriedade de prévia execução das penas mais graves – 33.14. Progressão de regimes: 33.14.1. Proibição da progressão "por saltos"; 33.14.2. Progressão e crimes contra a Administração Pública; 33.14.3. Progressão e crimes hediondos ou equiparados; 33.14.4. Requisito temporal para progressão em caso de execução conjunta por crime hediondo e crime comum; 33.14.5. Progressão e nova condenação; 33.14.6. Processamento do pedido de progressão; 33.14.7. Progressão e prática de falta grave; 33.14.8. Progressão e *habeas corpus*; 33.14.9. Progressão e vinculação com o crime organizado; 33.14.10. Progressão de regime prisional, condenado estrangeiro e processo de expulsão em trâmite – 33.15. Regressão: 33.15.1. Regressão "por saltos"; 33.15.2. Regressão a regime mais grave do que o fixado na sentença condenatória; 33.15.3. Regressão cautelar – 33.16. Execução provisória: 33.16.1. Execução provisória e réu em liberdade; 33.16.2. Execução provisória de penas restritivas de direitos; 33.16.3. Execução provisória e prisão especial – 33.17. Autorizações de saída: 33.17.1. Permissão de saída; 33.17.2. Saída temporária – 33.18. Regras do regime fechado: 33.18.1. Local de cumprimento da pena; 33.18.2. Regime disciplinar diferenciado (RDD) – 33.19. Regras do regime semiaberto: 33.19.1. Falta de vagas no regime semiaberto – 33.20. Regras do regime aberto: 33.20.1. Regime aberto e prestação de serviços à comunidade; 33.20.2. Legislação local; 33.20.3. Prisão albergue domiciliar; 33.20.4. Regime aberto e ausência de Casa do Albergado; 33.20.5. Regime aberto e crimes militares – 33.21. Regime especial: 33.21.1. Execução penal, mães presas e filhos recém-nascidos – 33.22. Direitos do preso: 33.22.1. A questão da visita íntima; 33.22.2. Limitação ao uso de algemas – 33.23. Trabalho do preso – 33.24. Legislação especial – 33.25. Remição: 33.25.1. Prática de falta grave e perda dos dias remidos; 33.25.2. Ausência de trabalho por inexistência de condições no estabelecimento prisional; 33.25.3. Estudo e remição – 33.26. Detração penal: 33.26.1. Competência para aplicação da detração penal; 33.26.2. Detração penal e penas restritivas de direitos; 33.26.3. Detração penal e pena de multa; 33.26.4. Detração penal e suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade (*sursis*); 33.26.5. Detração penal e prescrição; 33.26.6. Detração penal e regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; 33.26.7. Detração penal e prisão provisória em outro processo – 33.27. Questões.



### 33.1. CONCEITO

Pena privativa de liberdade é a modalidade de sanção penal que retira do condenado seu direito de locomoção, em razão da prisão por tempo determinado.

### 33.2. ESPÉCIES

O direito penal brasileiro admite três espécies de penas privativas de liberdade: reclusão e detenção, relativas a crimes (CP, art. 33, *caput*), e prisão simples, inerente às contravenções penais (LCP, art. 5.º, I).

### 33.3. REGIMES PENITENCIÁRIOS

Regime ou sistema penitenciário é o meio pelo qual se efetiva o cumprimento da pena privativa de liberdade. O art. 33, § 1.º, do Código Penal elenca três regimes:

- a) **fechado**: a pena privativa de liberdade é executada em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) **semiaberto**: a pena privativa de liberdade é executada em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e
- c) **aberto**: a pena privativa de liberdade é executada em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

### 33.4. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A leitura do art. 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal revela que três fatores são decisivos na escolha do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade: reincidência, quantidade da pena e circunstâncias judiciais. Nesse sentido:

O regime inicial de cumprimento da pena deve considerar a quantidade de pena imposta e a análise das circunstâncias judiciais, assim como eventual reincidência. A gravidade abstrata do crime, por si só, não pode levar à determinação do regime fechado inicialmente, pois esta já foi considerada na escala penal a ele cominada.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> STJ, HC 97.656/SP, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 6.ª Turma, j. 03.04.2008.

É o juiz sentenciante quem fixa o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (CP, art. 59, III). E, na hipótese de concurso de crimes, leva-se em conta o total das penas impostas, somadas (concurso material e concurso formal imperfeito) ou exasperadas de determinado percentual (concurso formal perfeito e crime continuado).

Mas se durante a execução penal surgirem outras condenações criminais transitadas em julgado, o juízo da execução deverá somar o restante da pena objeto da execução com as novas penas, estabelecendo, em seguida, o regime de cumprimento para o total das reprimendas.

### **33.4.1. Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e crimes hediondos ou equiparados**

Nos crimes hediondos, previstos taxativamente no art. 1.º da Lei 8.072/1990, e nos delitos a estes equiparados pela determinação expressa contida no art. 5.º, XLIII, da Constituição Federal (tráfico de drogas, tortura e terrorismo), a pena privativa de liberdade deve ser cumprida em **regime inicialmente fechado**, independentemente da sua quantidade e do perfil subjetivo do réu (primariedade ou reincidência e circunstâncias judiciais, favoráveis ou desfavoráveis).

Em síntese, não há discricionariedade reservada ao magistrado no tocante à fixação do regime prisional. É o que se extrai da regra delineada no art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/1990 – Lei dos Crimes Hediondos –, com a redação conferida pela Lei 11.464/2007.

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, já decidiu que tal regra é inconstitucional, por violação aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade:

Embora tenha sido vedado, expressamente, para os crimes hediondos ou a eles equiparados o regime inicial diverso do fechado, na fixação do regime prisional para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade, segundo o art. 2.º, § 1.º, da Lei n. 8.072/1990 (com a novel redação da Lei n. 11.464/2007), há de levar-se em consideração a quantidade de pena imposta, as circunstâncias judiciais desfavoráveis ou favoráveis, a presença de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou diminuição. Isso porque, no Estado democrático de direito, as normas devem mostrar-se ajustadas com o processo constitucional. Observe-se que a aplicação literal do artigo inserido pela Lei n. 11.464/2007 na Lei dos Crimes Hediondos sem considerar as peculiaridades do caso concreto acarretaria ofensa aos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da efetivação do justo. Ressalte-se que, em decisão plenária, em 2006, o STF declarou a inconstitucionalidade da proibição à progressão de regime (art. 2.º, § 1.º, na redação antiga da Lei dos Crimes Hediondos) por afronta ao princípio da individualização da pena e só depois a Lei n. 11.464/2007 derogou a vedação à progressão de regime. No entanto,

ainda persiste a ofensa ao princípio da individualização da pena, pois, se aquele dispositivo responsável por impor o integral cumprimento da reprimenda no regime fechado é inconstitucional, também o é aquele dispositivo que determina a todos, independente da pena ou das circunstâncias judiciais do caso concreto, que inicie a expiação no regime mais gravoso.<sup>2</sup>

### 33.5. COMPETÊNCIA PARA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

É do juízo das execuções penais (LEP, art. 1.º). E, nos termos da Súmula 192 do Superior Tribunal de Justiça: “Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual”.

### 33.6. JURISDICIONALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL

A execução da pena privativa de liberdade tem índole jurisdicional. Não se pode esquecer, porém, que também guarda em diversos momentos um aspecto administrativo.

Em face da sua cada vez mais crescente jurisdicionalização, as decisões proferidas pelo juízo da execução comportam o recurso de agravo, normalmente sem efeito suspensivo, previsto no art. 197 da Lei 7.210/1984 – Lei de Execução Penal.

Esse agravo segue o rito do recurso em sentido estrito, disciplinado no art. 581 e seguintes do Código de Processo Penal, notadamente pela identidade de prazos para a interposição de ambos. Como preceitua a Súmula 700 do Supremo Tribunal Federal: “É de 5 (cinco) dias o prazo para interposição de agravo contra decisão do juiz da execução penal”.

### 33.7. PENA DE RECLUSÃO

A pena de reclusão deve ser cumprida inicialmente em regime fechado, semiaberto ou aberto (CP, art. 33, *caput*, 1.ª parte). Os critérios para a determinação do regime são os seguintes, a teor das alíneas “a”, “b” e “c” do § 2.º do art. 33 do Código Penal:

<sup>2</sup> HC 149.807/SP, rel. Min. Og Fernandes, 6.ª Turma, j. 06.05.2010, noticiado no *Informativo* 433. Não concordamos com essa posição, pelos fundamentos indicados no item 33.14.3. Vale destacar que esse posicionamento encontra forte divergência no próprio STJ (HC 143.361/SP, rel. Min. Jorge Mussi, 5.ª Turma, j. 23.02.2010, noticiado no *Informativo* 424) e desponta, quicá, como contrário à Súmula Vinculante 26 do Supremo Tribunal Federal.

- a) o reincidente inicia o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime fechado, independentemente da quantidade da pena aplicada. Para amenizar essa regra o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 269: “É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”;
- b) o primário, cuja pena seja superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la no regime fechado;<sup>3</sup>
- c) o primário, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto; e
- d) o primário, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

É possível, todavia, seja imposto em relação ao condenado primário um regime inicial mais rigoroso do que o permitido exclusivamente pela quantidade da pena aplicada.<sup>4</sup> Com efeito, dispõe o art. 33, § 3.º, do Código Penal: “A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código”. Destarte, nada impede, exemplificativamente, a fixação do regime fechado a condenado primário condenado a 5 (cinco) anos de reclusão, se as circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, do Código Penal lhe forem desfavoráveis.<sup>5</sup>

Não basta, para tanto, o julgador reportar-se apenas à gravidade abstrata do crime, pois, como estatui a Súmula 718 do Supremo Tribunal Federal: “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”.

Para aplicar o regime mais severo, portanto, o magistrado necessita fundamentar exaustivamente sua escolha, com base em elementos sólidos e amparados pelo ordenamento jurídico. Como preceitua a Súmula 719 do Supremo Tribunal Federal: “A imposição de regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> O Código Penal presume, de forma absoluta, a incompatibilidade de execução da pena privativa de liberdade superior a 8 (oito) anos com os regimes semiaberto e aberto, independentemente da gravidade do crime e das condições pessoais do condenado.

<sup>4</sup> STF: HC 86.624/SP, rel. Min. Celso de Mello, 2.ª Turma, j. 13.12.2005. É também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “A jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que a escolha do regime prisional inicial não está vinculada de modo absoluto ao *quantum* da sanção imposta, devem-se considerar as demais circunstâncias do caso concreto” (HC 107.401/SP, rel. Min. Jorge Mussi, 5.ª Turma, j. 24.03.2009, noticiado no *Informativo* 388).

<sup>5</sup> Diversos penalistas sustentam que o reincidente condenado a pena de reclusão igual ou inferior a 4 (quatro) anos pode iniciar o seu cumprimento no regime aberto, desde que a condenação anterior tenha sido exclusivamente à pena de multa. Aplica-se analogicamente o art. 77, § 1.º, do Código Penal; se a condenação anterior à pena de multa não impede o *sursis*, também não pode vedar o regime inicial aberto.

<sup>6</sup> Para o STF, essa súmula somente se aplica às penas privativas de liberdade, não incidindo em relação às penas restritivas de direitos (HC 98.995/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.ª Turma, j. 19.10.2010, noticiado no *Informativo* 605).

Confira-se, a propósito, o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

Inexistência de direito subjetivo a regime de cumprimento penal mais brando. Possibilidade de imposição de regime mais gravoso. Réu primário e de bons antecedentes, condenado a pena não superior a 08 (oito) anos (CP, art. 33, § 2.º, “b”). Estipulação do cumprimento da pena em regime inicialmente fechado. Fundamentação baseada apenas nos aspectos inerentes ao tipo penal, no reconhecimento da gravidade objetiva do delito e na formulação de juízo negativo em torno da reprovabilidade da conduta delituosa. (...) Revela-se inadmissível, na hipótese de condenação a pena não superior a 08 (oito) anos de reclusão, impor, ao sentenciado, em caráter inicial, o regime penal fechado, com base, unicamente, na gravidade objetiva do delito cometido, especialmente se se tratar de réu que ostente bons antecedentes e que seja comprovadamente primário. O discurso judicial, que se apoia, exclusivamente, no reconhecimento da gravidade objetiva do crime – e que se cinge, para efeito de exacerbação punitiva, a tópicos sentenciasais meramente retóricos, eivados de pura generalidade, destituídos de qualquer fundamentação substancial e reveladores de linguagem típica dos partidários do “direito penal simbólico” ou, até mesmo, “do direito penal do inimigo” –, culmina por infringir os princípios liberais consagrados pela ordem democrática na qual se estrutura o Estado de Direito, expondo, com esse comportamento (em tudo colidente com os parâmetros delineados na Súmula 719/STF), uma visão autoritária e nulificadora do regime das liberdades públicas em nosso país.<sup>7</sup>

### 33.8. PENA DE DETENÇÃO

A pena de detenção deve ser cumprida inicialmente em regime semiaberto ou aberto (CP, art. 33, *caput, in fine*). Não se admite o início de cumprimento da pena privativa de liberdade no fechado, nada obstante seja possível a regressão a esse regime.

Até mesmo nos crimes definidos na Lei 9.455/1997 – Lei de Tortura –, constitucionalmente equiparados aos hediondos, não se permite o regime inicial fechado para o delito tipificado pelo art. 1.º, § 2.º (omissão de quem tinha o dever de evitar a prática da tortura), punido com detenção.

Nos crimes decorrentes de organização criminosa, porém, o cumprimento da pena privativa de liberdade, seja reclusão ou detenção, inicia-se no regime fechado (Lei 9.034/1995, art. 10).

Os critérios para fixação do regime inicial de cumprimento da pena de detenção são os seguintes:

- a) o condenado reincidente inicia o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime semiaberto, seja qual for a quantidade da pena aplicada;

<sup>7</sup> HC 85.531/SP, rel. Min. Celso de Mello, 2.ª Turma, j. 14.11.2007, noticiado no *Informativo* 488. A jurisprudência do STJ caminha na mesma direção: “A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento da pena. É indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos arts. 33, § 2.º, b, e § 3.º, do CP” (HC 131.655/SP, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 09.03.2010, noticiado no *Informativo* 426).

- b) o primário, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos, deverá cumpri-la no regime semiaberto; e
- c) o primário, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la no regime aberto.<sup>8</sup>

No mais, aplica-se o que foi dito no item anterior relativamente à possibilidade de determinação do regime semiaberto quando a pena imposta for igual ou inferior a 4 (quatro) anos.

### 33.9. PENA DE PRISÃO SIMPLES

A pena de prisão simples, cabível unicamente para as contravenções penais, deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto. O condenado à prisão simples fica sempre separado dos condenados à pena de reclusão ou de detenção (LCP, art. 6.º, *caput* e § 1.º).

Não há regime fechado, seja inicialmente, seja em decorrência de regressão. Além disso, o trabalho é facultativo, se a pena aplicada não excede a 15 (quinze) dias, nos termos do art. 6.º, § 2.º, do Decreto-lei 3.688/1941 – Lei das Contravenções Penais.

### 33.10. DIFERENÇAS ENTRE RECLUSÃO E DETENÇÃO

No Código Penal extraem-se **quatro diferenças fundamentais** entre as penas de reclusão e as de detenção.

Inicialmente, a reclusão pode ser cumprida nos regimes fechado, semiaberto ou aberto. Já a detenção, somente nos regimes semiaberto e aberto.

Em segundo lugar, no caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se aquela por primeiro (CP, art. 69, *caput, in fine*). Posteriormente, isto é, depois de executada integralmente a pena de reclusão, será cumprida a pena de detenção.

Em terceiro lugar, a reclusão pode ter como efeito da condenação a incapacidade para o exercício do pátrio poder (atualmente poder familiar), tutela ou curatela, nos crimes dolosos cometidos contra filho, tutelado ou curatelado (CP, art. 92, II). Esse efeito não é possível na pena de detenção.

Finalmente, a reclusão acarreta na internação em caso de imposição de medida de segurança, enquanto na detenção o juiz pode aplicar o tratamento ambulatorial (CP, art. 97, *caput*).

<sup>8</sup> Já decidiu o Supremo Tribunal Federal, entretanto, que não existe direito subjetivo ao cumprimento da pena no regime aberto (HC 84.306/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.ª Turma, j. 06.03.2007).

Existem ainda outras diferenças fora do Código Penal, destacando-se as seguintes:

- a) maior liberdade para decretação da prisão preventiva na pena de reclusão (CPP, art. 313, I e II);
- b) impossibilidade de concessão de fiança nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a dois anos (CPP, art. 323, I);
- c) concessão de fiança apenas pelo juiz, na pena de reclusão, e também pela autoridade policial, nas penas de detenção ou prisão simples (CPP, art. 322);
- d) possibilidade da interceptação de comunicações telefônicas de qualquer natureza como meio de prova somente nos crimes punidos com reclusão (Lei 9.296/1996, art. 2.º, III).

### 33.11. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APLICADA NO MÍNIMO LEGAL E REGIME PRISIONAL MAIS RIGOROSO

Coloca-se a seguinte indagação: Quando a pena privativa de liberdade for fixada no mínimo legal, é possível a aplicação de regime prisional inicial mais severo do que o admitido pela quantidade da pena?

Vimos que a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, além da reincidência e da quantidade da pena aplicada, também depende das circunstâncias judiciais que incidem no cálculo da pena-base. É o que consta do art. 33, § 3.º, do Código Penal. Qual é então a resposta adequada?

Formaram-se duas posições sobre o assunto:

**1.ª posição:** se a pena foi aplicada no mínimo legal, por serem favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59, *caput*, do Código Penal, não pode ser aplicado regime prisional mais gravoso. Situação contrária seria ilógica e incoerente. É a posição amplamente dominante, e inclusive consagrada na Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça: “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”.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> A propósito, confira o seguinte julgado: “Fixada a pena-base no mínimo legal, porquanto reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, o.c. o art. 59, ambos do Código Penal” (STJ: HC 101.085/RJ, rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 22.04.2008). É também o entendimento do Supremo Tribunal Federal: HC 85.108/SP, rel. Min. Eros Grau, 1.ª Turma, j. 15.02.2005.

**2.<sup>a</sup> posição:** o cálculo da pena privativa de liberdade no piso legal não induz, obrigatoriamente, à fixação do regime prisional mais suave, uma vez que as circunstâncias judiciais previstas no art. 59, *caput*, do Código Penal devem ser analisadas em dois momentos distintos: inicialmente para a dosimetria da pena, e, em seguida, para determinação do regime prisional.

### 33.12. IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO, PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO, DO REGIME PRISIONAL EQUIVOCADAMENTE FIXADO NA DECISÃO CONDENATORIA

Justifica-se essa proibição pelo respeito à coisa julgada e pela inadmissibilidade de revisão criminal contra o réu, mormente *ex officio*. Se, exemplificativamente, o juízo da condenação fixar ao autor de tráfico de drogas o regime prisional aberto, embora seja imposto o inicialmente fechado pelo art. 2.<sup>o</sup>, § 1.<sup>o</sup>, da Lei 8.072/1990, e transitar em julgado essa decisão, o juízo da execução nada poderá fazer.

### 33.13. OBRIGATORIEDADE DE PREVIA EXECUÇÃO DAS PENAS MAIS GRAVES

A execução penal tem início com a expedição de **guia de recolhimento**, incumbência conferida ao juiz em relação ao réu que estiver ou vier a ser preso após o trânsito em julgado da sentença que aplicar pena privativa de liberdade (LEP, art. 105).

Mas, independentemente da ordem de expedição das guias de recolhimento, e também da data da chegada de cada uma delas ao juízo da execução, as penas mais graves devem ser executadas previamente às penas menos graves. Nesse contexto, se o réu possui mais de uma condenação, e se uma delas for consequência da prática de crime hediondo ou equiparado, deve ser a pena resultante dessa condenação executada em primeiro lugar, por ser mais grave, o que se extrai da natureza do delito e dos prazos mais dilatados para a progressão de regime e para a concessão de livramento condicional.

### 33.14. PROGRESSÃO DE REGIMES

Existem três sistemas clássicos que disciplinam a progressão de regime de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Pelo **sistema da Filadélfia**, o preso fica isolado em sua cela, sem dela sair, salvo esporadicamente para passeios em pátios fechados.



Para o sistema de Auburn, por sua vez, o condenado, em silêncio, trabalha durante o dia com outros presos, e submete-se a isolamento no período noturno.

Finalmente, o sistema inglês ou progressivo baseia-se no isolamento do condenado no início do cumprimento da pena privativa de liberdade, mas, em um segundo momento, é autorizado a trabalhar na companhia de outros presos. E, na última etapa, é colocado em liberdade condicional.

No Brasil, o Código Penal e a Lei de Execução Penal adotaram o sistema progressivo ou inglês. De fato, o art. 33, § 2.º, do Código Penal diz que “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva”. E o art. 112 da Lei de Execução Penal preceitua que “a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso”.

Mas esse sistema não foi integralmente acolhido, pois a legislação brasileira lhe impôs algumas modificações.<sup>10</sup> Com efeito, no regime fechado o condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno. O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena (CP, art. 34, §§ 1.º e 2.º). Em seguida, se cumpridos os requisitos legais, passa ao regime semiaberto, com trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (CP, art. 35, § 1.º). É possível o alojamento do condenado em compartimento coletivo (LEP, art. 92, *caput*). Por fim, e se novamente satisfeitos os requisitos legais, o condenado é transferido ao regime aberto, fundado na autodisciplina e no senso de responsabilidade, no qual deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga (CP, art. 36, *caput* e § 1.º).

A progressão de regime prisional integra a individualização da pena, em sua fase executória, e destina-se ao cumprimento de sua finalidade de prevenção especial, mediante a busca da preparação do condenado para a sua reinserção na sociedade.

Esse benefício depende de dois requisitos cumulativos, um objetivo e outro subjetivo, previstos no art. 112, *caput*, da Lei de Execução Penal.

O requisito objetivo é o cumprimento de ao menos 1/6 da pena no regime anterior.<sup>11</sup> Exemplo: “A”, condenado a 12 (doze) anos de reclusão no regime inicial fechado, pode, depois de preso por 2 (dois) anos, pleitear a progressão para o regime semiaberto.

<sup>10</sup> Nada obstante não sejam seguidas na prática, como é público e notório.

<sup>11</sup> Como adiante veremos, o percentual de cumprimento da pena é distinto nos crimes hediondos e equiparados.

Se a execução da pena foi iniciada no regime fechado, para a segunda progressão, do regime semiaberto para o aberto, deve ser cumprido ao menos 1/6 do restante da pena, pois “pena cumprida é pena extinta”,<sup>12</sup> ou seja, o percentual já pago ao Estado não pode mais servir como parâmetro para o cálculo do período legalmente exigido. Como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal:

(...) a nova progressão no regime de cumprimento da pena se fará, ante o critério, considerado o percentual de um sexto a incidir sobre os anos que restam a cumprir e não sobre a totalidade resultante do somatório das penas das diversas condenações impostas ao paciente.<sup>13</sup>

Essa posição, contudo, não é pacífica, pois também se sustenta que toda e qualquer progressão deve obedecer ao cumprimento de 1/6 do total da pena.

Nas condenações superiores a 30 (trinta) anos, o montante de 1/6 deve ser calculado sobre o total da pena imposta, pois esse limite destina-se exclusivamente ao efetivo cumprimento da pena privativa de liberdade. Nos termos da Súmula 715 do Supremo Tribunal Federal: “A pena unificada para atender ao limite de 30 (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”. Assim, se alguém foi condenado a 60 (sessenta) anos de reclusão, a progressão somente será possível depois do cumprimento de pelo menos 10 (dez) anos no regime fechado.

Já o requisito subjetivo é o mérito, presente quando o condenado “ostentar bom comportamento carcerário” (LÉP, art. 112, *caput*). Esse requisito deve ser demonstrado pelo condenado, no curso da execução, para merecer a progressão. O mérito, nos termos da exposição de motivos, é “o critério que comanda a execução progressiva”.

É necessário que se reconheça a capacidade provável do condenado de adaptar-se ao regime menos rigoroso. Nesse contexto, o comportamento mau ou sofrível indica normalmente uma inaptidão para o regime mais suave. Não deve ser concedida a progressão quando se verificar que o apenado não apresenta condições para se ajustar ao novo regime.<sup>14</sup>

### 33.14.1. Proibição da progressão “por saltos”

O sistema progressivo acolhido pelo direito brasileiro é incompatível com a progressão “por saltos”, consistente na passagem direta do regime

<sup>12</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 262.

<sup>13</sup> RHC 89.031/RS, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. pl o acórdão Min. Carlos Brito, 1.ª Turma, j. 28.11.2006, noticiado no *Informativo* 450. Em igual sentido: HC 100.499/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 1.ª Turma, j. 26.10.2010, noticiado no *Informativo* 606.

<sup>14</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 264.

fechado para o aberto. Não se pode pular o estágio no regime semiaberto, em atenção à necessidade de recuperação gradativa do condenado para retorno à sociedade. Como bem acentua o item 120 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal:

Se o condenado estiver no regime fechado não poderá ser transferido diretamente para o regime aberto. Esta progressão depende do cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime semiaberto, além da demonstração do mérito, compreendido tal vocábulo como aptidão, capacidade e merecimento, demonstrados no curso da execução.

Somente se admite essa passagem direta em hipóteses teratológicas, tais como quando o condenado, depois de já ter cumprido 1/6 da pena no regime fechado e conseguido progressão para o regime semiaberto, não obtém vaga nesse regime, permanecendo mais 1/6 no regime fechado. Será possível, então, por ineficiência do Estado, o salto para o regime aberto.

### **33.14.2. Progressão e crimes contra a Administração Pública**

Nos crimes contra a Administração Pública, a progressão está condicionada, além do cumprimento de 1/6 da pena no regime anterior e do mérito do condenado, à reparação do dano causado ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais. É o que consta do art. 33, § 4.º, do Código Penal, acrescentado pela Lei 10.763/2003.

### **33.14.3. Progressão e crimes hediondos ou equiparados**

Na redação original da Lei 8.072/1990 – Lei dos Crimes Hediondos –, o seu art. 2.º, § 1.º, dispunha que a pena privativa de liberdade imposta pela prática de qualquer crime hediondo ou equiparado (tráfico de drogas, tortura e terrorismo) deveria ser cumprida em regime integralmente fechado. Tratava-se, portanto, de exceção legal ao sistema progressivo, pois o condenado iniciava e encerrava o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime fechado, sem possibilidade de passagem para regime mais brando.

Muito se discutiu sobre eventual inconstitucionalidade desse dispositivo. E, com a edição da Lei 9.455/1997, definindo os crimes de tortura, acentuou-se o debate, em razão de estatuir o seu art. 1.º, § 7.º, que o condenado por crime nela previsto iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

Efetou-se uma clara distinção. A pena privativa de liberdade obrigatoriamente deveria ser executada inicialmente no regime fechado, mas era possível a progressão. Reforçou-se o argumento da inconstitucionalidade da proibição de progressão nos crimes hediondos, no tráfico de drogas e no terrorismo, pois se a todos esses crimes, incluindo-se a tortura, a Constituição

Federal determinou igual tratamento (art. 5.º, XLIII), o legislador ordinário não poderia estabelecer distinção.

O Supremo Tribunal Federal, então, encerrou o conflito, editando a Súmula 698: “Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura”. Fundamentou essa posição no princípio da especialidade: o crime de tortura gozava de regra específica (progressão), e aos crimes hediondos, ao tráfico de drogas e ao terrorismo incidia a regra geral (regime integralmente fechado).

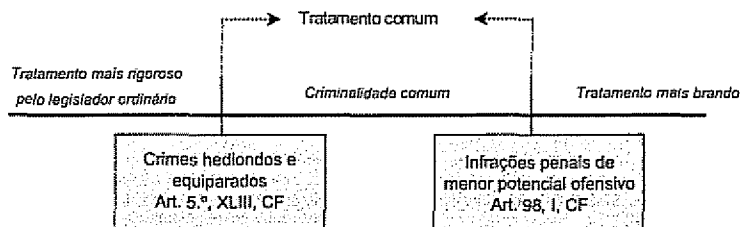
Mas no dia 20 de março de 2006, no julgamento do HC 82.959-SP, rel. Min. Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal alterou o seu entendimento e declarou a inconstitucionalidade da regra então prevista no art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/1990, que, ao instituir um **regime-padrão**, violava o princípio constitucional da **individualização da pena**.

Criou-se, destarte, um impasse. Com efeito, se o regime integralmente fechado para crimes hediondos e equiparados era inconstitucional, os condenados por tais delitos teriam direito à progressão, desde que respeitados os requisitos exigidos pelo art. 112, *caput*, da Lei de Execução Penal: cumprimento de ao menos 1/6 da pena no regime anterior e mérito. Mas, então, o que tais crimes teriam de hediondos, se estavam na mesma vala dos crimes comuns?

De fato, a Constituição Federal estabeleceu nitidamente dois polos distintos. De um lado, no art. 98, I, determinou aos entes federativos a criação de juizados especiais, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau; no polo oposto, o art. 5.º, XLIII, previu os crimes hediondos e equiparados, inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia.

Em suma, em um extremo dispensou tratamento amplamente favorável ao réu, buscando impedir a aplicação da pena privativa de liberdade, nos moldes da Lei 9.099/1995. Já no extremo oposto exigiu tratamento mais rigoroso aos condenados por crimes hediondos e equiparados. O que restar entre esses extremos encaixa-se na criminalidade comum.

#### Regra constitucional



E ai estava o problema. O regime integralmente fechado foi declarado inconstitucional, e, conseqüentemente, inaplicável. Restava, pois, dispensar aos crimes hediondos e assemelhados o tratamento reservado aos crimes comuns, o que era inaceitável por contrariar evidentemente o espírito da Constituição Federal.<sup>15</sup>

Felizmente o legislador agiu com celeridade, e em 29 de março de 2007 entrou em vigor a Lei 11.464/2007, alterando a redação do art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/1990, para estabelecer que a pena por crime hediondo ou equiparado será cumprida **inicialmente em regime fechado**. Desapareceu o regime integralmente fechado, entrando em seu lugar o regime **inicialmente** fechado, é dizer, a pena privativa de liberdade começa obrigatoriamente no regime fechado, mas é possível a progressão ao semiaberto e posteriormente ao aberto.

E, em seguida, dispôs o seu § 2.º que a progressão dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. O requisito objetivo, de natureza temporal, é diferente e mais severo do que o previsto na Lei de Execução Penal, em atenção à sistemática instituída pela Constituição Federal. Não dispensa, todavia, o requisito subjetivo (mérito do condenado).

Importante destacar, entretanto, que essa nova regra, aparentemente benéfica ao condenado, foi considerada mais gravosa pela jurisprudência. Nada obstante a decisão do Supremo Tribunal Federal tenha sido proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, com eficácia *inter partes*, é pacífico atualmente o entendimento de que a progressão com 2/5 ou 3/5 da pena tem aplicação unicamente aos crimes hediondos ou equiparados cometidos a partir do dia 29 de março de 2007, data da entrada em vigor da Lei 11.464/2007. Para os delitos anteriores a progressão obedece ao requisito temporal de cumprimento de 1/6 da pena, com fulcro no art. 112, *caput*, da Lei de Execução Penal.

Justifica-se essa posição com o seguinte raciocínio: o art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/1990, em sua redação original, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Logo, como não havia outra regra para disciplinar a progressão, os crimes anteriores à vigência da Lei 11.464/2007 seguem a sistemática da Lei de Execução Penal, bastando o cumprimento de 1/6 da pena e o mérito do condenado.

Como decidido pelo Supremo Tribunal Federal:

Asseverou-se que o reconhecimento da inconstitucionalidade do óbice à progressão de regime contido na redação original do § 1.º, do art. 2.º, da Lei 8.072/1990 impediria que esse dispositivo legal fosse utilizado como

<sup>15</sup> Nesse sentido: HC 92.960-SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª Turma, j. 11.12.2007, noticiado no Informativo 342.

“parâmetro de comparação” para o exame da norma penal aplicável ao caso. Assim, afirmou-se que essa verificação deveria ocorrer a partir da apreciação das demais normas validamente existentes no ordenamento jurídico e que tiveram vigência desde a prática do fato pelo qual o paciente fora condenado, a saber: a LEP e a Lei 11.464/2007, que entrou em vigor posteriormente, em 29.03.2007. Aduziu-se, entretanto, que esta última, no ponto em que disciplinou a progressão de regime, estabeleceu lapsos temporais mais gravosos do que os anteriormente fixados na LEP, constituindo-se, pois, verdadeira *novatio legis in pejus*. Concluiu-se, nesse sentido, que se o fato ocorreu antes de 29.03.2007, como na espécie, incidem as regras previstas na LEP, exigindo-se para a progressão, o cumprimento de, ao menos, 1/6 da pena (LEP, art. 112).<sup>16</sup>

Com o propósito de afastar qualquer embate doutrinário ou jurisprudencial sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 26, cuja redação é a seguinte:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2.º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

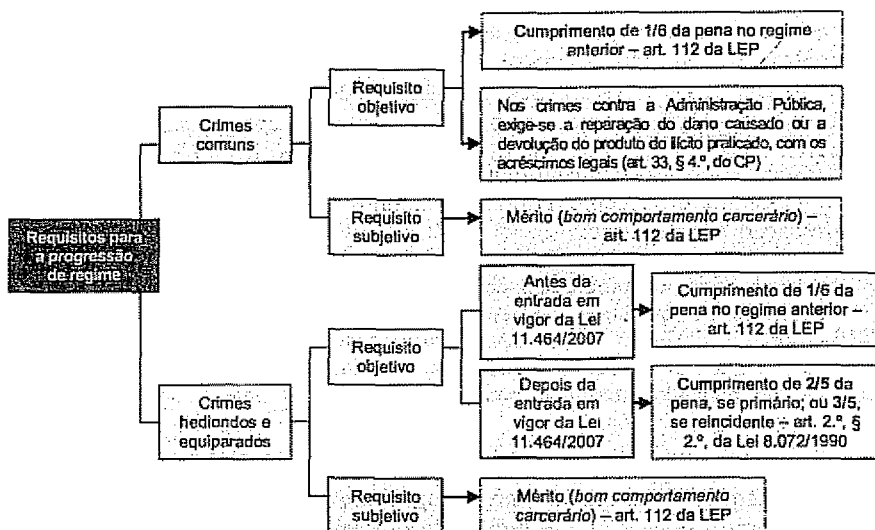
### 33.14.4. Requisito temporal para progressão em caso de execução conjunta por crime hediondo e crime comum

Em face dos requisitos temporais diversos – 2/5 ou 3/5 da pena para crimes hediondos ou equiparados e 1/6 da pena para crimes comuns –, a progressão de regime prisional em execução conjunta de penas impostas pela prática de crime hediondo (ou equiparado) e crime comum obedece a uma sistemática específica.

Para possibilitar a progressão, é preciso calcular, no tocante ao delito hediondo ou equiparado, os 2/5 para primários, ou 3/5 para reincidentes, para, somando-se ao restante da pena imposta, aferir se já foi cumprido 1/6 do total. A conta é simples: deve ter sido cumprido 2/5 (primário) ou 3/5 (reincidente) no tocante ao crime hediondo ou equiparado, e 1/6 do total da

<sup>16</sup> HC 91.631/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1.ª Turma, j. 16.10.2007, noticiado no *Informativo* 484. No mesmo sentido: RHC 91.300/DF, rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 05.03.2009, noticiado no *Informativo* 537; HC 94258/SP, rel. Min. Carlos Britto, 1.ª Turma, j. 04.11.2008, noticiado no *Informativo* 527, HC 93.669/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 22.04.2008. É também o entendimento assentado no Superior Tribunal de Justiça: AgRg no HC 96.226-SP, rel. Min. Nilson Naves, 6.ª Turma, j. 29.04.2008, noticiado no *Informativo* 354, HC 96.535-SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 11.03.2008, noticiado no *Informativo* 348, HC 93.718-MS, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 6.ª Turma, j. 04.03.2008, noticiado no *Informativo* 347, e HC 92.960-SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª Turma, j. 11.12.2007, noticiado no *Informativo* 342.

pena, relativamente ao delito comum. Exemplo: “A”, primário, foi condenado a 12 (doze) anos de reclusão por um homicídio qualificado (hediondo) e a mais 6 (seis) anos por um roubo, totalizando a pena de 18 (dezoito) anos. Depois de 5 (cinco) anos de prisão, pleiteia a progressão, que será possível se comprovado o mérito, pois terá cumprido mais de 2/5 da pena do crime hediondo e mais de 1/6 da pena total.



### 33.14.5. Progressão e nova condenação

A superveniência de condenação criminal impede a progressão de regime prisional, ainda que já deferida pelo juízo da execução, quando a nova pena tiver que ser cumprida em regime mais rigoroso. Exemplificativamente, se ao condenado já havia sido concedida a transferência para o regime semiaberto, mas surgiu nova pena a ser cumprida no regime fechado, estará inviabilizada a progressão. Na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

A unificação de penas decorrente de condenação transitada em julgado, durante o cumprimento de reprimenda atinente a outro crime, altera a data-base para a obtenção de benefícios executórios e progressão de regime, a qual passa a ser contada a partir da soma da nova condenação e tem por parâmetro o restante de pena a ser cumprido.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> HC 100.499/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 1.ª Turma, j. 26.10.2010, noticiado no *Informativo* 606.

### 33.14.6. Processamento do pedido de progressão

O pedido de progressão é endereçado ao juízo da vara das execuções penais. E, consoante o art. 112, § 1.º, da Lei de Execução Penal, “a decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor”.

Mas a questão a ser enfrentada é a seguinte: Se a progressão depende, além do cumprimento de determinado percentual da pena, também do mérito do condenado, esse procedimento é suficiente para a comprovação do requisito subjetivo?

De acordo com o art. 112, *caput*, da Lei de Execução Penal, com redação dada pela Lei 10.792/2003, o mérito é constatado pelo **diretor do estabelecimento**. Sua prova é feita, portanto, por simples atestado de boa conduta carcerária, emitido pelo diretor do estabelecimento prisional.

Essa alteração legislativa é, porém, alvo de diversas críticas. Vejamos.

A Lei 10.792/2003, em vigor desde o dia 2 de dezembro de 2003, foi editada com o propósito de aperfeiçoar a execução penal, mediante a criação do Regime Disciplinar Diferenciado para combater o crime organizado e to- lher sua atuação no interior dos estabelecimentos prisionais, bem como para restringir a participação da Comissão Técnica de Classificação na progressão de regimes. Essa última parte é a que ora nos interessa.

De fato, antes da entrada em vigor da nova lei, estabelecia o art. 112, parágrafo único, da Lei de Execução Penal: “A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário”. E o art. 6.º da LEP atribui à Comissão Técnica de Classificação a tarefa de elaborar o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório.

Nítida, portanto, a diferença: antes da entrada em vigor da Lei 10.792/2003, exigia-se a elaboração de parecer da Comissão Técnica de Classificação, e, quando necessário, exame criminológico para a demonstração do mérito. Agora, basta a comprovação do mérito pelo diretor do estabelecimento, e decisão motivada do juiz da execução depois da manifestação do Ministério Público e do defensor.

PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL	
Antes da Lei 10.792/2003	Após a Lei 10.792/2003
Prova do mérito dependia de parecer da Comissão Técnica de Classificação, e, quando necessário, de exame criminológico. Posteriormente, manifestavam-se o Ministério Público e o defensor.	Prova do mérito é feita pelo diretor do estabelecimento prisional. Em seguida manifestam-se o Ministério Público e o defensor.



O Ministério Público deve necessariamente manifestar-se acerca da progressão, sob pena de nulidade, por ser sua função a fiscalização da execução da pena.

A maior falha da Lei 10.792/2003 foi transferir a prova do mérito ao diretor do estabelecimento prisional, pois em diversas ocasiões, especialmente em crimes de elevada gravidade, o atestado de boa conduta carcerária é insuficiente para assegurar o preparo do condenado para ingressar em regime mais brando.

Por esse motivo, firmou-se a jurisprudência no sentido de que, nada obstante a atual redação do art. 112, § 1.º, da Lei de Execução Penal, com a redação conferida pela Lei 10.792/2003, não mais reclame o exame criminológico para a progressão, pode ser ele realizado por determinação judicial, quando for considerado necessário pelo magistrado em razão das peculiaridades do caso concreto. Confira-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

Entendeu-se que o aludido art. 112 da LEP, em sua nova redação, admite a realização facultativa do exame criminológico, desde que fundamentada e quando necessária à avaliação do condenado e de seu mérito para a promoção a regime mais brando. Ressaltou-se, ainda, que esse exame pode ser contestado, nos termos do § 1.º do próprio art. 112, o qual prevê a instauração de contraditório sumário. A partir da interpretação sistemática do ordenamento (CP, art. 33, § 2.º e LEP, art. 8.º), conclui-se que a citada alteração não objetivou a supressão do exame criminológico para fins de progressão do regime, mas, ao contrário, introduziu critérios norteadores à decisão do juiz para dar concreção ao princípio da individualização da pena.<sup>18</sup>

É também o entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça:

Para a concessão do benefício da progressão de regime, deve o acusado preencher os requisitos de natureza objetiva (lapso temporal) e subjetiva (bom comportamento carcerário) nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal, com redação dada pela Lei n. 10.792/2003. Pode o magistrado, excepcionalmente, determinar a realização do exame criminológico diante das peculiaridades da causa, desde que o faça em decisão concretamente fundamentada. Dessa forma, muito embora a nova redação do art. 112 da LEP não mais exija o exame criminológico, ele pode ser realizado se o juízo da execução, diante das peculiaridades da causa, assim o entender, servindo de base para o deferimento ou indeferimento do pedido.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> HC 86.631/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 05.09.2006, noticiado no *Informativo* 439.

<sup>19</sup> HC 100.900-RS, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 28.05.2000, noticiado no *Informativo* 357. No mesmo sentido: HC 91.543/RS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 5.ª Turma, j. 12.05.2009, noticiado no *Informativo* 394; HC 122.706/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 27.04.2009, noticiado no *Informativo* 392; HC 108.240/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 04.09.2008, noticiado no *Informativo* 366; HC 90.875-SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª Turma, j. 15.04.2008, noticiado no *Informativo* 352; e HC 92.669/RS, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 6.ª Turma, j. 12.02.2008, noticiado no *Informativo* 344.

Esse, portanto, é o entendimento amplamente dominante: embora o art. 112 da Lei de Execução Penal, com a redação dada pela Lei 10.792/2003, não exija mais o exame criminológico, essa providência pode ser determinada pelo juízo, em decisão fundamentada. É necessário, todavia, que as peculiaridades do caso concreto indiquem a pertinência dessa medida para a comprovação do mérito. Para espancar qualquer controvérsia, foi editada pelo Superior Tribunal de Justiça a Súmula 439: “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”.<sup>20</sup>

Se for realizado o exame criminológico, porém, a sua conclusão não vincula o juízo da execução, que pode livremente decidir em sentido contrário, desde que fundamentadamente. É o que se extrai, relativamente às perícias em geral, da simples leitura do art. 182 do Código de Processo Penal: “O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte”.<sup>21</sup>

Mas se presentes os requisitos objetivo e subjetivo elencados pelo art. 112, *caput*, da Lei de Execução Penal, a mera existência de inquérito policial instaurado para apurar eventual infração penal praticada pelo condenado não impede a progressão de regime prisional.

### 33.14.7. Progressão e prática de falta grave

A contagem do tempo para progressão de regime prisional é zerada se o preso comete falta grave, ou seja, deve reiniciar-se novo prazo para a contagem do benefício da progressão do regime prisional, uma vez que exclui o mérito legalmente exigido para a passagem ao regime mais brando.<sup>22</sup>

Destarte, o condenado precisa cumprir no mínimo mais 1/6 (crime comum) ou ao menos mais 2/5 ou 3/5 da pena imposta (crime hediondo ou equiparado, dependendo da condição de primário ou de reincidente), iniciando-se o prazo a partir da falta grave, pois seu cometimento interrompe o prazo anterior. Nessa linha de raciocínio encontra-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>23</sup> e do Superior Tribunal de Justiça.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> Igual conclusão pode ser extraída da parte final da Súmula Vinculante 26, do Supremo Tribunal Federal: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2.º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”.

<sup>21</sup> A propósito, STJ: HC 126.640/RS, rel. Min. Nilson Naves, 6.ª Turma, j. 23.04.2009, noticiado no *Informativo* 391.

<sup>22</sup> STF: HC 102.652/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.ª Turma, j. 29.06.2010, noticiado no *Informativo* 593; e HC 100.729/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 16.03.2010, noticiado no *Informativo* 579. O STJ já decidiu em sentido contrário: “O cometimento de falta grave, em tese, não interrompe o prazo para obtenção de futuros benefícios do apenado, pois isso foge totalmente ao espírito da execução penal” (HC 123.451/RS, rel. Min. Nilson Naves, 6.ª Turma, j. 17.02.2009, noticiado no *Informativo* 384).

<sup>23</sup> HC 94.820/MS, rel. Min. Ellen Gracie (decisão monocrática), j. 03.06.2008.

<sup>24</sup> HC 117.068/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 27.04.2009, noticiado no *Informativo* 392; HC 92.175-SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6.ª Turma, j. 08.04.2008, noticiado no *Informativo* 351; e HC 78.503/

Contudo, a contagem do novo período aquisitivo do requisito objetivo (quantidade da pena a ser cumprida) deverá, como já afirmado, iniciar-se na data do cometimento da última falta grave e incidir sobre o **remanescente da pena**, e não sobre a totalidade dela.<sup>25</sup>

### 33.14.8. Progressão e *habeas corpus*

Em face da necessidade de produção de provas para aferição do requisito subjetivo (mérito do condenado), não é possível postular a progressão de regime prisional por meio da via célere e estreita do *habeas corpus*.

### 33.14.9. Progressão e vinculação com o crime organizado

Não é possível a progressão, por ausência do requisito subjetivo (mérito), quando existentes fundadas suspeitas, consubstanciadas em relato da autoridade policial dando conta que o condenado comanda organização criminosa do interior do estabelecimento penal.<sup>26</sup>

### 33.14.10. Progressão de regime prisional, condenado estrangeiro e processo de expulsão em trâmite

Para o Supremo Tribunal Federal, é possível a progressão de regime prisional para cumprimento de pena privativa de liberdade imposta a estrangeiro que responde a processo de expulsão do território nacional. Em face da relevância do tema, é válido conferir os principais trechos do julgado:

Observou-se, inicialmente, que a questão estaria em saber se seria, ou não, admissível a progressão de regime para réus estrangeiros não residentes no país e que tal indagação remeteria logo ao disposto no art. 5.º, *caput*, da CF (“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:

Ressaltou-se que, em princípio, pareceria que a norma excluiria de sua tutela os estrangeiros não residentes no país, porém, numa análise mais detida, esta não seria a leitura mais adequada, sobretudo porque a garantia de inviolabilidade dos direitos fundamentais da pessoa humana não comportaria exceção baseada em qualificação subjetiva puramente circunstancial. Tampouco se compreenderia que, sem razão perceptível, o Estado deixasse de resguardar direitos inerentes

SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 21.02.2008. Em sentido contrário, STJ: HC 63.874/MS, rel. Min. Paulo Gallotti, 6.ª Turma, j. 17.04.2008.

<sup>25</sup> STJ: HC 122.860/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª Turma, j. 12.05.2009, noticiado no *informativo* 394.

<sup>26</sup> STJ: HC 89.851/RJ, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 6.ª Turma, j. 22.04.2008.

à dignidade humana das pessoas as quais, embora estrangeiras e sem domicílio no país, se encontrariam sobre o império de sua soberania.

Registrou-se que, superada essa objeção, ficaria por perquirir se a hipótese apresentaria alguma outra causa legitimante da quebra de tratamento isonômico entre brasileiros e estrangeiros quanto ao estatuto normativo da execução da pena, designadamente se haveria motivos idôneos para a vedação geral de progressão de regime a estrangeiros. (...) Concluiu-se não ser lícito cogitar de proibição genérica de progressão de regime a nenhuma pessoa pelo só fato de ser estrangeira, em particular à vista da cláusula constitucional que impõe a individualização da pena.

Em seguida, passou-se à análise dos fatores específicos que vedariam a progressão: a) impossibilidade de residência fixa; b) impossibilidade de obter ocupação lícita; c) pendência de procedimento de expulsão.

No tocante à necessidade de residência fixa, aduziu-se que não haveria por onde inferir, necessariamente, dessa condição circunstancial, que a paciente não pudesse providenciar residência para se estabelecer até o fim do cumprimento da pena, durante cujo período seria contra os princípios não lhe garantir tal oportunidade. Ademais, a Lei de Execução Penal — LEP estatui no art. 95 que “em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado”.

No que diz respeito à necessidade de ocupação lícita, sustentou-se ser mister estimar de maneira objetiva se estaria presente, ou não, eventual impedimento à progressão. Frisou-se que o art. 114, I, da LEP estabelece que somente ingressará no regime aberto o condenado que “estiver trabalhando ou comprovar possibilidade de fazê-lo imediatamente” e que — ainda que o texto possa sugerir que seria obrigatória a condição de trabalho — não se exauriria aí o alcance da norma. Com relação à sua primeira cláusula — a de que o condenado esteja trabalhando — consignou-se que não se aplicaria à situação, até porque a lei fora idealizada como um sistema, em que ao regime semiaberto deve seguir-se o regime aberto. No caso, salientou-se que, tendo em vista as deficiências do próprio Estado, se estaria a cogitar de progressão direta do regime fechado ao aberto, donde seria impertinente toda a referência à condição de a condenada já estar trabalhando. Entendeu-se que a mesma consequência tirar-se-ia, *mutatis mutandis*, à segunda locução, concernente à exigência de se comprovar a possibilidade imediata de trabalhar, dado que, estando a condenada encarcerada, sobretudo quando estrangeira, não manteria contato com o mundo exterior que lhe permitisse obter propostas imediatas de emprego. Acrescentou-se que, nos termos do art. 115, *caput*, da LEP, pode o juiz estabelecer outras condições que reputar necessárias, sendo que o mais curial seria fixar o magistrado, conforme lhe faculta a lei, prazos e condições para que, já estando em regime aberto, o condenado demonstre o cumprimento do requisito exigido, sob pena de regressão. Salientou-se que, na espécie, a paciente provara ser apta para o trabalho, pois remira dias em virtude de atividade laborativa no presídio.

Refutou-se, também, a tese de que o estrangeiro estaria proibido de encontrar trabalho, à luz do art. 98 do Estatuto do Estrangeiro, invocado pelo juízo de primeiro grau para negar o pedido (“Ao estrangeiro que se encontra no Brasil ao amparo de visto de turista, de trânsito ou temporário de que o art. 13, item

IV, bem como os dependentes de titulares de quaisquer vistos temporários é vedado o exercício de atividade remunerada. Ao titular de visto temporário de que trata o art. 13, item VI, é vedado o exercício de atividade remunerada por fonte brasileira.”). Entendeu-se que este dispositivo não traria proibição alguma de trabalho remunerado ao condenado estrangeiro, haja vista que sua situação não se subsumiria a nenhuma dessas hipóteses normativas, senão apenas pela força inexorável de sentença que é o título que lhe justifica e impõe a permanência no território nacional – e que seria desse mesmo título jurídico que lhe adviria a obrigação de trabalhar como uma das condições de cumprimento da pena. Enfatizou-se não se estar com isso professando que o estrangeiro não deva se submeter às limitações constantes do seu estatuto, senão apenas que a ele, de certo, não se lhe aplica a proibição de obter trabalho remunerado.

Repeliu-se, por fim, o óbice concernente à pendência de procedimento de expulsão. Em primeiro lugar, porque seria do Poder Executivo a prerrogativa de decidir o momento em que – por conveniência do interesse nacional – a expulsão deveria efetivar-se, independentemente da existência de processo ou condenação (Estatuto do Estrangeiro, art. 67), de modo que, se não o fizera até agora, seria porque reputara adequado que o cumprimento da pena ocorresse integralmente em território nacional – e, julgando assim, não poderia subtrair ao condenado estrangeiro nenhum de seus direitos constitucionais, que abrangem o da individualização da pena.

Ademais, asseverou-se que, entre nós, qualquer pessoa tem direito à progressão de regime nos termos do art. 112 da LEP, e que, desta forma, a só condição de estrangeiro não lhe retiraria a possibilidade de reinserção na sociedade. Em segundo lugar, salientou-se que o próprio Poder Executivo previra a possibilidade de cumprimento de pena em regime mais benéfico, consoante disposto no Decreto 98.961/90 – que trata da expulsão de estrangeiro condenado por tráfico de entorpecentes (“Art. 4.º. Nos casos em que o juízo de execução conceder ao estrangeiro de que trata este decreto regime penal mais benigno do que aquele fixado na decisão condenatória, caberá ao Ministério da Justiça requerer ao Ministério Público providências para que seja restabelecida a autoridade da sentença transitada em julgado.”). Não obstante sua redação pouco técnica, assinalou-se que da norma resultaria clara a possibilidade de concessão de regime mais benéfico e – se o entender inadmissível ou impróprio – o Ministério da Justiça pode requerer ao *Parquet* que lhe restabeleça a regressão, não havendo, pois, proibição teórica, ou *a priori*.<sup>27</sup>

Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

É cediço que este Superior Tribunal tem admitido ao estrangeiro condenado em situação irregular a progressão ao regime semiaberto. Justificam-se tais decisões porque o art. 114 da Lei de Execução Penal somente exige que o condenado esteja trabalhando ou possa trabalhar para a inserção no regime aberto, além de que o princípio constitucional da igualdade estabelece que os

<sup>27</sup> HC 97.147/MT, rel. orig. Min. Ellen Gracie, red. p/ o acórdão Min. Cezar Peluso, 2.ª Turma, j. 04.08.2009, noticiado no *Informativo* 554.

estrangeiros gozam dos mesmos direitos individuais que os brasileiros, entre os quais, do direito de individualização da pena.<sup>28</sup>

### 33.15. REGRESSÃO

É a transferência do condenado para regime prisional mais severo do que aquele em que se encontra. É o que se dá, exemplificativamente, quando o preso estava no regime semiaberto e é removido para o regime fechado.

As hipóteses em que se autoriza a regressão constam do art. 118, I e II, e § 1.º, da Lei de Execução Penal. Passemos à análise de cada uma delas.

#### *a) Prática de fato definido como crime doloso ou falta grave: art. 118, I*

A relação de faltas graves inerentes à pena privativa de liberdade está prevista no art. 50, *caput*, da Lei de Execução Penal, em rol taxativo, incompatível com a interpretação extensiva:<sup>29</sup>

**Art. 50.** Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;

II – fugir;<sup>30</sup>

III – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;

IV – provocar acidente de trabalho;

V – descumprir, no regime aberto, as condições impostas;

VI – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do art. 39 desta Lei;<sup>31</sup>

<sup>28</sup> HC 122.662/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5.ª Turma, j. 03.09.2009, noticiado no *Informativo* 405. No mesmo sentido: HC 129.994/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5.ª Turma, j. 15.09.2009, noticiado no *Informativo* 407; e HC 123.329/RN, rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 03.03.2009, noticiado no *Informativo* 385.

<sup>29</sup> “A conduta de o paciente, durante a execução da pena de reclusão, não ter comparecido perante o oficial de Justiça para ser citado não pode ser considerada como falta grave, uma vez que referida conduta não está propriamente ligada aos deveres do preso durante a execução penal. As faltas graves devem ser expressamente dispostas na Lei de Execução Penal, não cabendo interpretação extensiva quer do art. 39 quer do art. 50, para que sejam aplicadas” (STJ: HC 108.616/SP, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), 6.ª Turma, j. 05.02.2009, noticiado no *Informativo* 382).

<sup>30</sup> Na visão do STF, o condenado em regime semiaberto contemplado pelo benefício da permissão de saída para tratamento de dependência química continua sob a custódia do Estado. Consequentemente, subsiste a condição de preso, razão pela qual sua fuga da clínica caracteriza falta grave, com todos os efeitos daí decorrentes: perda dos dias remidos, regressão no regime de pena, reinício da contagem do prazo para futuros benefícios e cassação de saídas temporárias (HC 97.980/RS, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, 1.ª Turma, j. 23.02.2010, noticiado no *Informativo* 576).

<sup>31</sup> São eles: “obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deve relacionar-se”, e “execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas”.

VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.<sup>32</sup>

Praticada a falta grave, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme o regulamento do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, nele inserida a prévia oitiva do condenado.<sup>33</sup> E será motivada a decisão do responsável pelo local em que é cumprida a pena (LEP, arts. 59 e 118, § 2.º).

Mas já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que não existe qualquer irregularidade em determinar a regressão provisória do apenado foragido (falta grave), independentemente da oitiva prévia, uma vez que a fuga impede o procedimento legalmente previsto.<sup>34</sup>

No que concerne ao **crime doloso**, basta a sua prática para autorizar-se a regressão, não se reclamando a existência de condenação definitiva. É a jurisprudência consagrada no Supremo Tribunal Federal.<sup>35</sup> Aliás, a prática de crime doloso constitui, por si só, falta grave (LEP, art. 52, *caput*). E, em respeito à ampla defesa constitucionalmente assegurada, deve ser ouvido o condenado previamente à decisão judicial (LEP, art. 118, § 2.º).

Nessas duas hipóteses – prática de fato definida como crime doloso e falta grave –, exige-se a instauração de procedimento administrativo disciplinar, a ser acompanhado por defensor, para aferir a necessidade de regressão do condenado para regime prisional mais gravoso, em homenagem aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5.º, LIV e LV). Com efeito, não incide a Súmula Vinculante 5 do Supremo Tribunal Federal, aplicável somente aos procedimentos de natureza extrapenal. Como já se decidiu:

Asseverou-se que, não obstante a aprovação do texto da Súmula Vinculante 5 (“A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”), tal verbete seria aplicável apenas em procedimentos de natureza cível e não em procedimento administrativo disciplinar promovido para averiguar o cometimento de falta grave, tendo em vista estar em jogo a liberdade de ir e vir. Assim, neste caso, asseverou-se que o princípio do contraditório deve ser observado amplamente, com a presença de advogado constituído ou defensor público nomeado, impondo ser-lhe apresen-

<sup>32</sup> Para o STJ: “A apreensão, no interior da cela do paciente, de fone de ouvido para aparelho de telefonia móvel celular, por não estar relacionada no art. 50, VII, da Lei n. 7.210/84, não pode configurar falta grave, até mesmo porque esse acessório não é essencial ao funcionamento do aparelho celular” (HC 139.075/SP, rel. Min. Og Fernandes, 6.ª Turma, j. 17.12.2009, noticiado no *Informativo* 420).

<sup>33</sup> STJ: AgRg no REsp 962.518/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª Turma, j. 12.02.2008.

<sup>34</sup> HC 115.373-RJ, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), 6.ª Turma, j. 20.11.2008, noticiado no *Informativo* 377.

<sup>35</sup> HC 102.652/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.ª Turma, j. 29.06.2010, noticiado no *Informativo* 593; HC 97.218/RS, rel. Min. Ellen Gracie, 2.ª Turma, j. 12.05.2009, noticiado no *Informativo* 546; e HC 97.611/RS, rel. Min. Eros Grau, 2.ª Turma, j. 26.05.2009, noticiado no *Informativo* 548.

tada defesa, em obediência às regras específicas contidas na Lei de Execução Penal, no Código de Processo Penal e na Constituição.<sup>36</sup>

Em face da vedação de analogia *in malam partem* no Direito Penal, o cometimento de crime culposo ou de contravenção penal não permite a regressão de regime prisional.

*b) Sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime: art. 118, II*

Esse dispositivo resulta do teor do art. 111, parágrafo único, da Lei de Execução Penal: “Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime”. E, na esteira da orientação do Supremo Tribunal Federal: “A superveniência de nova condenação definitiva no curso da execução criminal altera a data-base para a concessão de benefícios futuros, sendo indiferente que o crime tenha ocorrido antes ou após o início do cumprimento da pena”.<sup>37</sup>

Imagine-se um réu que, condenado a 6 (seis) anos de reclusão, iniciou o cumprimento da pena no regime semiaberto, e logo em seguida a ele sobreveio, em razão de outro crime, condenação a nova pena, de 4 (quatro) anos de reclusão. Em face do total da pena resultante da soma (10 anos), será obrigatória a regressão para o regime fechado.

Nessa situação a regressão independe da prévia oitiva do condenado, pois nada de útil poderia ele apresentar em sua defesa. Com efeito, já foi condenado por sentença transitada em julgado, fruto de ação penal em que se respeitou o devido processo legal e lhe foram asseguradas a ampla defesa e o contraditório. Não poderia agora, pois, alterar a coisa julgada.

*c) O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta: art. 118, § 1.º*

Extraí-se rapidamente uma importante conclusão: os incisos I e II do art. 118 da Lei de Execução Penal são aplicáveis às penas privativas de liberdade cumpridas em qualquer regime (fechado, semiaberto ou aberto), enquanto o seu § 1.º tem incidência exclusivamente ao regime aberto.

Em primeiro lugar, é possível a regressão quando o condenado **frustrar os fins da execução**. O condenado assume conduta indicativa de sua incompatibilidade com o regime aberto, calcado na autodisciplina e no senso de responsabilidade (CP, art. 36, *caput*). Exemplo: condenado que abandona injustificadamente seu trabalho.

Permite-se, ainda, a regressão quando o condenado **não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta**. Essa hipótese somente é possível

<sup>36</sup> STF: RE 398.269/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.ª Turma, j. 15.12.2009, noticiado no *Informativo* 572.

<sup>37</sup> HC 102.492/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.ª Turma, j. 05.10.2010, noticiado no *Informativo* 603.



quando foi aplicada pena pecuniária simultaneamente com a pena privativa de liberdade. É imprescindível comprovar a solvência do condenado, compreendida como a capacidade para quitar de uma só vez ou mediante parcelas a pena de multa, sem privar-se dos recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família (CP, art. 50, § 2.º).

Existem, entretanto, vozes que alegam ter sido revogada tacitamente essa parte do dispositivo pela Lei 9.268/1996, que, ao alterar o art. 51 do Código Penal, vedou a conversão da pena de multa para pena privativa de liberdade, motivo pelo qual a sua inadimplência também não poderia ensejar restrições à liberdade do condenado. Em qualquer desses casos, exige-se previamente à regressão a oitiva do condenado (LEP, art. 118, § 2.º).

### 33.15.1. Regressão “por saltos”

É possível a regressão “por saltos”, isto é, a passagem direta do regime aberto para o fechado, uma vez que o art. 118, *caput*, da Lei de Execução Penal refere-se à “transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos”.

### 33.15.2. Regressão a regime mais grave do que o fixado na sentença condenatória

A sentença condenatória, no âmbito penal, transita em julgado com a cláusula *rebus sic stantibus*. Logo, a mudança da situação de fato no curso da execução, comparativamente ao substrato fático existente no início, impõe ao juiz da execução a adoção de medidas necessárias, de modo a adaptar a decisão à nova realidade.

Entende-se, portanto, que nos termos do art. 33, *caput*, do Código Penal (“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”), se em matéria de condenação e execução da pena de detenção revela-se possível a regressão para o regime fechado, esse raciocínio com maior razão deve ser seguido nas hipóteses de condenação e execução de pena de reclusão.

Dessa forma, a regra do art. 118, I, da Lei de Execução Penal (“A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I – praticar fato definido como crime doloso ou falta grave”), não é obstáculo à alteração do regime de cumprimento de pena privativa de liberdade para regime mais gravoso do que aquele fixado na sentença condenatória, desde que verificado algum dos pressupostos lá previstos.<sup>38</sup>

<sup>38</sup> STF: HC 93.761/RS, rel. Min. Eros Grau, 2.ª Turma, j. 10.06.2008, noticiado no *Informativo* 510.

### 33.15.3. Regressão cautelar

Nada obstante a omissão legislativa acerca do assunto, desponta como possível a regressão cautelar, isto é, a **suspensão judicial** do regime semiaberto ou aberto até que, em obediência ao art. 118, § 2.º, da Lei de Execução Penal, o condenado seja ouvido e possa defender-se acerca do descumprimento das condições do regime. Como destaca Guilherme de Souza Nucci:

A suspensão cautelar implica determinar o seu recolhimento ao regime fechado, onde, aliás, já poderia estar, caso tenha sido, por exemplo, autuado em flagrante pela prática de um crime. Se convincentes os argumentos dados pelo sentenciado, o juiz restabelecerá o regime anterior; caso contrário, confirmará a regressão definitiva.<sup>39</sup>

## 33.16. EXECUÇÃO PROVISÓRIA

É o instituto que permite ao condenado à pena privativa de liberdade e que se encontra preso cautelarmente pleitear a progressão de regime prisional e outros benefícios antes do trânsito em julgado da decisão judicial proferida em seu desfavor.

Essa situação desponta como possível quando o réu, preso provisoriamente e condenado pelo juízo natural, aguarda o julgamento do recurso pelo tribunal competente.

A execução provisória tem como pressuposto inafastável o **trânsito em julgado para a acusação em relação à pena aplicada**.<sup>40</sup> Com efeito, pode ocorrer de o Ministério Público ou o querelante ter interposto recurso contra parte da sentença condenatória, diversa da pena imposta (regime prisional, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou concessão de *sursis* etc.). É cabível também quando a pena tiver sido fixada no patamar máximo legalmente previsto.

Na linha de raciocínio do Supremo Tribunal Federal:

Incide, no caso, a jurisprudência prevalecente neste Supremo Tribunal, que não admite – enquanto pendente de julgamento a apelação interposta pelo Ministério Público com a finalidade de agravar a pena do réu – a progressão de regime prisional sem o cumprimento do lapso temporal necessário, segundo a

<sup>39</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual do processo e execução penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 1.022-1.023.

<sup>40</sup> STF: HC 90.893/SP, rel. Min. Cármen Lucia, 1.ª Turma, j. 05.06.2007, noticiado no *Informativo* 470, RHC 92.872, rel. Min. Cármen Lucia, 1.ª Turma, j. 16.10.2007, noticiado no *Informativo* 484, e HC 92.417/RJ, rel. Min. Eros Grau, 2.ª Turma, j. 11.12.2007, noticiado no *Informativo* 492. Já decidiu o STJ, contudo, ser possível a execução provisória mesmo quando existe recurso da acusação objetivando o aumento da pena: HC 100.234-SP, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 6.ª Turma, j. 08.04.2008, noticiado no *Informativo* 351.

pena atribuída em abstrato ao crime ou o máximo que se poderia alcançar se eventualmente provido o recurso da acusação.<sup>41</sup>

Nesses casos, a pena determinada na decisão contra a qual a defesa recorreu não poderá ser aumentada, seja em face da proibição da *reformatio in pejus* (CPP, art. 617), seja pelo fato de já ter sido aplicada no limite máximo cominado em abstrato. Portanto, a situação do réu não poderá ser agravada no julgamento do recurso: será ele favorecido, ou, na pior das hipóteses, ficará como já estava sua posição processual.

Vejamos um exemplo: “A” foi preso em flagrante pela prática de roubo com emprego de arma (CP, art. 157, § 2.º, I), e nessa situação permaneceu durante a ação penal. Depois de um ano foi proferida sentença, resultando em sua condenação à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado. O Ministério Público, intimado da sentença, não recorreu, enquanto a defesa interpôs apelação postulando a absolvição. Anote-se: “A” já está preso há um ano, isto é, já cumpriu um 1/6 da pena imposta (CP, art. 42). Presente, portanto, o requisito objetivo da progressão. Se comprovado o seu mérito, poderá progredir desde já para o regime semiaberto, sendo desnecessário aguardar, para essa finalidade, o trânsito em julgado da condenação.

Por outro lado, se a acusação tiver recorrido, postulando a majoração da reprimenda, será inviável a execução provisória, pois a pena poderá ser aumentada no julgamento do seu recurso.

Prevalece também no Supremo Tribunal Federal o entendimento de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo.<sup>42</sup>

Esse instituto é extremamente favorável ao réu, pois, ressalte-se, se for absolvido em grau recursal, não terá sofrido prejuízo algum. Pelo contrário, uma vez que já estará no regime semiaberto, ou quiçá no aberto, ao passo que, para os que refutam a execução provisória, teria ele aguardado o deslinde do recurso em posição mais gravosa no tocante à privação de sua liberdade. E, se for negado provimento ao recurso, já terá deixado para trás a parte mais severa do cumprimento da pena privativa de liberdade.

Aqueles que não admitem a execução provisória, buscam amparo no princípio da presunção de não culpabilidade (CF, art. 5.º, LVII), alegando que se o acusado deve ser tratado como inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não se poderia executar previamente a pena.<sup>43</sup> Essa posição, entretanto, é contraditória e insustentável, pois utiliza um

<sup>41</sup> HC 93.302/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1.ª Turma, j. 25.03.2008.

<sup>42</sup> HC 91.675/PR, rel. Min. Cármen Lúcia (decisão monocrática), noticiado no *Informativo* 491, HC 90.645/PE, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ o acórdão Min. Menezes Direlto, 1.ª Turma, j. 11.09.2007, noticiado no *Informativo* 479, e HC 91.676/RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 09.10.2007, noticiado no *Informativo* 483.

<sup>43</sup> Há decisões do Supremo Tribunal Federal nesse sentido: HC 87.108/PR, rel. Min. Marco Aurélio (decisão monocrática), noticiado no *Informativo* 467; e HC 91.232/PE, rel. Min. Eros Grau (decisão monocrática).

direito fundamental justamente para prejudicar o réu, e não para protegê-lo da atuação estatal.

Competente para a execução provisória é o **juízo da execução**, como se extrai dos arts. 2.º e seu parágrafo único, 65 e 66, da Lei de Execução Penal. Destarte, após a condenação, e desde que presente o trânsito em julgado para a acusação, ou se a pena tiver sido fixada no máximo legal, o juiz da ação penal expede **guia de recolhimento provisório**, encaminhando-a à vara das execuções penais.

Além da doutrina e da jurisprudência, que atualmente posicionam-se, majoritariamente, em direção favorável à execução provisória, o ordenamento jurídico também lhe fornece suficiente embasamento. Vejamos.

O art. 2.º, parágrafo único, da Lei de Execução Penal dispõe serem as suas disposições aplicáveis ao preso provisório. E, nesse sentido, uma das regras da LEP é a progressão. Se aplicável ao preso provisório a figura da progressão, correto falar-se em execução provisória.

No Estado de São Paulo, o Provimento 653/1999, do E. Conselho Superior da Magistratura estatui ser dever do magistrado expedir, após a condenação, guia de recolhimento provisório, determinando a sua remessa ao juízo das execuções penais competente para a execução provisória.

Além disso, no dia 9 de outubro de 2003 foi elaborada a Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal: “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”.

Se não bastasse, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 19, de 29 de agosto de 2006, com a finalidade de regulamentar a execução provisória. E no seu art. 1.º, com a redação alterada pela Resolução 57, de 24 de junho de 2008, preceitua que “a guia de recolhimento provisório será expedida quando da prolação da sentença ou acórdão condenatório, ressalvada a hipótese de possibilidade de interposição de recurso com efeito suspensivo por parte do Ministério Público, devendo ser prontamente remetida ao Juízo da Execução Criminal”.

Verifica-se, portanto, que essa resolução encerrou duas polêmicas. A primeira, relativa à admissibilidade da execução provisória, e a segunda, atinente ao juízo da execução como competente para decidir todas as questões a ela inerentes.

### **33.16.1. Execução provisória e réu em liberdade**

O início da execução provisória da pena é possível quando o agente se encontra cautelarmente constrito. Porém, se estiver em liberdade, tal instituto

não pode ser utilizado, por afrontar o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.<sup>44</sup>

### 33.16.2. Execução provisória de penas restritivas de direitos

O Supremo Tribunal Federal não admite a execução provisória de penas restritivas de direitos, pois o início do cumprimento dessas espécies de pena somente pode ocorrer com o trânsito em julgado da condenação.<sup>45</sup> Essa posição, entretanto, não é definitiva, pois emanada de Ministro contrário ao instituto da execução provisória, em oposição à maioria da Corte. Mas ainda não existe posicionamento dos demais magistrados acerca do assunto.

O Superior Tribunal de Justiça, todavia, já se manifestou em sentido diverso, isto é, favoravelmente à execução provisória das penas restritivas de direitos.<sup>46</sup>

### 33.16.3. Execução provisória e prisão especial

Não é impeditiva da execução provisória a circunstância de ter sido o acusado recolhido em prisão especial durante a prisão provisória. Calha, a propósito, a Súmula 717 do Supremo Tribunal Federal: “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”.

## 33.17. AUTORIZAÇÕES DE SAÍDA

A Lei de Execução Penal, ao disciplinar a execução das penas privativas de liberdade, prevê as autorizações de saída do estabelecimento prisional, consistentes em benefícios aplicáveis aos condenados inseridos nos regimes fechado ou semiaberto.<sup>47</sup> Dividem-se em **permissão de saída**, com fulcro na dignidade do condenado, e **saída temporária**, endereçada à **reinserção social** do preso.

### 33.17.1. Permissão de saída

Nos termos do art. 120 da Lei de Execução Penal, cuida-se de **benefício destinado aos condenados que cumprem pena em regime fechado ou semia-**

<sup>44</sup> STJ: HC 96.565/RS, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 6.ª Turma, j. 17.04.2008.

<sup>45</sup> HC: 88.741-PR, rel. Min. Eros Grau (decisão monocrática), noticiado no *Informativo* 434.

<sup>46</sup> HC 47.573-RS, rel. Min. Gilson Dipp, 5.ª Turma, j. 02.02.2006, noticiado no *Informativo* 272.

<sup>47</sup> Na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “O ingresso no regime prisional semiaberto é apenas um pressuposto que pode, eventualmente, legitimar a concessão de autorizações de saídas em qualquer de suas modalidades – permissão de saída ou saída temporária –, mas não garante, necessariamente, o direito subjetivo de obtenção dessas benesses. [...] Asseverou-se cumprir ao juízo das execuções criminais avellar em cada caso a pertinência e a razoabilidade da pretensão, observando os requisitos objetivos e subjetivos do paciente” (HC 102.773/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, 2.ª Turma, j. 22.06.2010, noticiado no *Informativo* 592).

**berto, e também aos presos provisórios.** A saída do estabelecimento se dará sempre mediante escolta, quando ocorrer um dos seguintes fatos: I – falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão; e II – necessidade de tratamento médico, nos casos em que o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária.

A permissão de saída será concedida pelo diretor do estabelecimento onde se encontra o preso (LEP, art. 120, parágrafo único). É possível a sua concessão pelo juízo da execução, se o pedido for recusado injustificadamente pela autoridade administrativa.

### 33.17.2. Saída temporária

É cabível aos condenados que cumprem pena em regime semiaberto, para saída do estabelecimento penal sem vigilância direta, nos seguintes casos: I – visita à família; II – frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do segundo grau ou superior, na comarca do Juízo da Execução; e III – participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social (LEP, art. 122). E, nos termos do art. 122, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, com a redação conferida pela Lei 12.258/2010, “a ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução”.

O benefício da saída temporária não pode ser aplicado ao preso provisório por dois motivos: não é condenado, nem cumpre pena privativa de liberdade em regime semiaberto.

Será concedida por ato motivado do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária, e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos cumulativos: I – comportamento adequado; II – cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente; e III – compatibilidade do benefício com os objetivos da pena (LEP, art. 123).<sup>48</sup>

No tocante ao percentual de cumprimento da pena (1/6 ou 1/4), o período já descontado no regime fechado – se era o regime inicial da pena privativa de liberdade –, será computado para fins de saída temporária. É o que estabelece a Súmula 40 do Superior Tribunal de Justiça: “Para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado”.

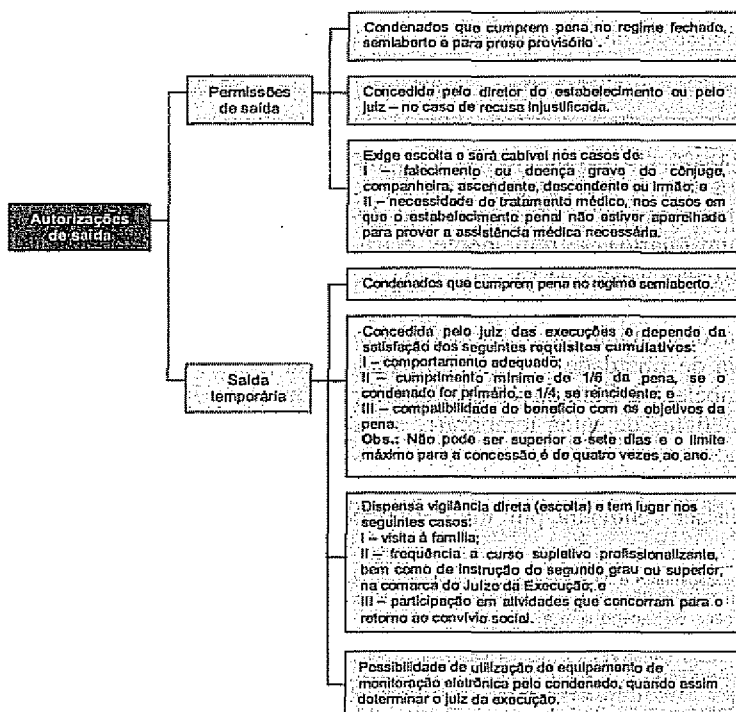
A autorização será concedida por prazo não superior a 7 (sete) dias, podendo ser renovada por mais quatro vezes durante o ano. E, quando se

<sup>48</sup> Este procedimento é de observância obrigatória. Na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “não é admissível a concessão automática de saídas temporárias ao condenado que cumpre pena em regime semiaberto sem a avaliação do juízo da execução e a manifestação do Ministério Público a respeito da conveniência da medida, sob pena de indevida delegação do exame do pleito à autoridade penitenciária” (REsp 762.453/RS, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma, j. 1.º.12.2009, noticiado no *Informativo* 418). E ainda: “As saídas temporárias para visitas ao lar somente devem ser concedidas aos apenados já próximos de alcançar a liberdade, para auxiliar sua readaptação ao convívio social” (HC 143.409/RJ, rel. Min. Og Fernandes, 6.ª Turma, j. 15.12.2009, noticiado no *Informativo* 420).

tratar de frequência a curso supletivo ou profissionalizante, de instrução de nível médio ou superior, o tempo de saída será o necessário para o cumprimento das atividades discentes (LEP, art. 124, § 2.º). Nos demais casos – visita à família e participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social –, as autorizações de saída somente poderão ser concedidas com prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias de intervalo entre uma e outra (LEP, art. 124, § 3.º).

E, como estatui o art. 124, § 1.º, da Lei de Execução Penal: “Ao conceder a saída temporária, o juiz imporá ao beneficiário as seguintes condições, entre outras que entender compatíveis com as circunstâncias do caso e a situação pessoal do condenado: I – fornecimento do endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o gozo do benefício; II – recolhimento à residência visitada, no período noturno; e III – proibição de frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres”.

O benefício será automaticamente revogado quando o condenado praticar fato definido como crime doloso, for punido por falta grave, desatender as condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso. Se revogado, a recuperação do direito à saída temporária dependerá da absolvição no processo penal, do cancelamento da punição disciplinar ou da demonstração do merecimento do condenado (LEP, art. 125 e parágrafo único).



### 33.17.2.1. Saída temporária e monitoração eletrônica

O art. 146-B, II, da Lei 7.210/1984 – Lei de Execução Penal – autorizou o juiz a definir a fiscalização do condenado mediante a monitoração eletrônica quando autorizar a saída temporária no regime semiaberto. Trata-se de recurso excepcional, não podendo ser utilizado como regra. O juiz deverá fundamentar sua decisão, e baseá-la sobretudo em questões de necessidade, adequação e proporcionalidade da medida, pois a regra é a saída temporária sem vigilância direta (LEP, art. 122, *caput*).

Nesse caso, o condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres: I – receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações; II – abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça (LEP, art. 146-C, I e II).

A violação comprovada de tais deveres poderá acarretar, a critério do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa: (a) a regressão do regime; (b) a revogação da autorização de saída temporária; ou (c) advertência, por escrito, se o juiz decidir não aplicar qualquer das sanções anteriores (LEP, art. 146-C, parágrafo único, I, II e VII). Exige-se, portanto, respeito à ampla defesa para imposição da sanção cabível.

A monitoração eletrônica poderá ser revogada quando se tornar desnecessária ou inadequada, ou se o condenado violar os deveres a que estiver sujeito durante sua vigência ou cometer falta grave (LEP, art. 146-D), sem prejuízo, nessa última hipótese, da imposição das sanções disciplinares previstas no art. 53 da Lei de Execução Penal.

### 33.17.2.2. Saídas temporárias automatizadas

O Supremo Tribunal Federal admite as “saídas temporárias automatizadas” nas situações em que o benefício já foi concedido ao condenado, razão pela qual dispensa-se a repetição do procedimento, especialmente a manifestação do Ministério Público,<sup>49</sup> para deferimento de nova saída temporária. Vale a pena conferir:

No caso, ante o caótico quadro penitenciário, a Corte local assentara a possibilidade de, após o exame do perfil do reeducando, conceder automaticamente aos encarcerados saídas temporárias, sem a necessidade de, em relação a cada um, acionar o Ministério Público e movimentar a máquina judiciária. Considerou-se que, uma vez observada a forma alusiva à saída temporária, gênero, manifestando-se os órgãos técnicos, o *parquet* e o Juízo da Vara de

<sup>49</sup> Esse raciocínio não agrada ao Ministério Público, pois coloca sua atuação durante a execução penal em plano secundário.



Execuções Criminais, as subsequentes mostrar-se-iam consecutórias legais, descabendo a burocratização a ponto de a cada uma delas — no máximo de 3 saídas temporárias — ter-se que formalizar novo processo, potencializando-se a forma pela forma. No ponto, enfatizou-se que a primeira decisão, não vindo o preso a cometer falta grave, respaldaria as saídas posteriores. Aduziu-se que se cuidaria de conferir interpretação teleológica à ordem jurídica em vigor, consentânea com a organicidade do Direito e com o princípio básico da República, a direcionar a preservação da dignidade do homem.<sup>50</sup>

### 33.18. REGRAS DO REGIME FECHADO

O local adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado é a **Penitenciária** (LEP, art. 87).

Pelo sistema legislativo, o condenado deve ser alojado em cela individual, que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Cada unidade celular depende dos seguintes requisitos básicos: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; e b) área mínima de seis metros quadrados (LEP, art. 88).

A Penitenciária de homens será construída em local afastado do centro urbano, à distância que não restrinja a visitação (LEP, art. 90).

Embora na realidade ocorra fenômeno diverso, a **Cadeia Pública destina-se exclusivamente ao recolhimento de presos provisórios** (LEP, art. 102).

No início do cumprimento da pena o condenado será obrigatoriamente submetido a exame criminológico de classificação para individualização da execução (CP, art. 34, *caput*, e LEP, art. 8.º, *caput*). Esse exame é realizado pela Comissão Técnica de Classificação, com vistas a definir o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado (LEP, art. 6.º).

O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno. É o que se convencionou chamar de “**período de silêncio**”.<sup>51</sup> O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena (CP, art. 34, §§ 1.º e 2.º). Esse trabalho é obrigatório (LEP, art. 31, *caput*).

Ressalte-se que na atribuição do trabalho deverão ser levadas em conta a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado. Deverá ser limitado, tanto

<sup>50</sup> HC 98.067/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 1.º Turma, j. 06.04.2010, noticiado no *Informativo* 581.

<sup>51</sup> COSTA, Alvaro Mayrink da. *Direito penal*: volume 3 – parte geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 148.

quanto possível, o artesanato sem expressão econômica, salvo nas regiões de turismo. Os maiores de 60 (sessenta) anos poderão solicitar ocupação adequada à sua idade, e os doentes ou deficientes físicos somente exercerão atividades apropriadas ao seu estado (LEP, art. 32 e §§ 1.º a 3.º).

É admissível o **trabalho externo**, desde que em serviços ou obras públicas (CP, art. 34, § 3.º). E, nos moldes do art. 36, *caput*, da Lei de Execução Penal, “o trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina”.

Devem ser observadas algumas regras quanto ao trabalho externo: a) o limite máximo do número de presos será de 10% (dez por cento) do total de empregados na obra; b) caberá ao órgão da administração, à entidade ou à empresa empreiteira a remuneração desse trabalho; e c) a prestação de trabalho a entidade privada depende do consentimento expresso do preso (LEP, art. 36, §§ 1.º a 3.º).

Além disso, a prestação de trabalho externo, a **ser autorizada pela direção do estabelecimento**, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena. E será revogada a autorização de trabalho externo ao preso que vier a praticar fato definido como crime, for punido por falta grave, ou faltar com aptidão, disciplina ou responsabilidade (LEP, art. 37, *caput* e parágrafo único).

É admissível o trabalho externo do condenado pela prática de **crime hediondo ou equiparado**, pois não há restrições legais. Logo, por cumprir parte da pena em regime fechado, aplicam-se as regras a ele inerentes. Deve ser tomada, porém, redobrada cautela no tocante à vigilância.

A jornada normal de trabalho não será inferior a 6 (seis), nem superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados. Aos presos designados para os serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal poderá ser atribuído horário especial de trabalho (LEP, art. 33).

O preso que desempenha atividade laborativa tem direito à remuneração, que não pode ser inferior a 3/4 do salário-mínimo (CP, art. 39, e LEP, art. 29, *caput*). Assiste-lhe, ainda, direito aos benefícios da Previdência Social (CP, art. 39, e LEP, art. 41, III).

A recusa injustificada do preso à execução do trabalho caracteriza falta grave (LEP, art. 50, IV, c/c o art. 39, V), acarretando na impossibilidade de obter a progressão de regime prisional ou o livramento condicional. Entretanto, o trabalho não é obrigatório ao preso provisório e ao preso político (LEP, arts. 31, parágrafo único, e 200).

No tocante às contravenções penais, o trabalho é facultativo se a pena de prisão simples aplicada não exceder a 15 (quinze) dias (Decreto-lei 3.688/1941 – LCP, art. 6.º, § 2.º).

### 33.18.1. Local de cumprimento da pena

O condenado à pena privativa de liberdade não tem o direito de cumpri-la na sua comarca, até porque nela não existe, obrigatoriamente, estabelecimento prisional.<sup>52</sup> Com efeito, é preferível que a pessoa processada ou condenada fique custodiada em presídio no local em que reside, inclusive para facilitar o exercício de seu direito à assistência familiar e promover sua ressocialização. Mas, se sua permanência em presídio local evidência-se impraticável ou inconveniente por qualquer motivo, tal como em razão da periculosidade do agente e de suas desavenças com os demais detentos, é mister pôr em ressalto a preponderância ao interesse social da segurança e da própria eficácia da segregação individual.<sup>53</sup>

Em regra, a execução da pena deve ocorrer na mesma comarca em que se consumou o crime. Entretanto, o art. 86 da Lei de Execução Penal admite exceções a essa regra, ou seja, a transferência de condenado para sistema penitenciário de outra unidade federativa em estabelecimento local ou da União, desde que fundamentada a decisão pelo juiz por motivação idônea e válida para justificá-la.

Destarte, ainda que seus parentes e as pessoas do seu convívio social residam em outra comarca ou mesmo em outro Estado, o condenado não tem direito à remoção do estabelecimento prisional quando preso em local diverso, especialmente quando ligado a organizações criminosas, hipótese em que a supremacia do interesse público indica ser o Estado em que se deu a condenação o menos apropriado para cumprimento da pena.<sup>54</sup>

Destaque-se, ainda, que a União está autorizada a construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher os condenados, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado (LEP, art. 86, § 1.º). E cabe ao juiz competente, a requerimento da autoridade administrativa, definir o estabelecimento prisional adequado para abrigar o preso provisório ou condenado, em atenção ao regime e aos requisitos estabelecidos (LEP, art. 86, § 3.º).

A transferência de condenado para estabelecimento prisional da União depende de decisão prévia fundamentada da Justiça Federal, nos termos da Lei 11.671/2008. Nesse caso, encontrando-se o preso em estabelecimento

<sup>52</sup> STJ: HC 116.610/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª Turma, j. 06.10.2009, noticiado no *Informativo* 410; e RHC 21.855-PR, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), 6.ª Turma, j. 19.08.2008, noticiado no *Informativo* 364.

<sup>53</sup> Para o Supremo Tribunal Federal, esse raciocínio se ampara no fato de a Constituição Federal classificar a família como a base da sociedade, e dotada de especial proteção por parte do Estado (HC 101.540/SP, rel. Min. Ayres Brito, 2.ª Turma, j. 19.10.2010, noticiado no *Informativo* 605, e HC 100.087/SP, rel. Min. Ellen Gracie, 2.ª Turma, j. 16.03.2010, noticiado no *Informativo* 579). STJ: HC 84.931-MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª Turma, j. 04.09.2008, noticiado no *Informativo* 366.

<sup>54</sup> STF: HC 88.508/RJ, rel. Min. Celso de Mello, 2.ª Turma, j. 05.09.2006, noticiado no *Informativo* 439, e STJ: HC 116.301/RJ, rel. Min. Jorge Mussi, 5.ª Turma, j. 10.11.2009, noticiado no *Informativo* 415, e HC 100.223-PR, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 6.ª Turma, j. 27.05.2008, noticiado no *Informativo* 357.

prisional pertencente à União, “a execução das penas é da competência do juízo federal em que se encontram os apenados transferidos, ou seja, o juízo do lugar onde a pena está sendo cumprida, de acordo com o disposto no art. 1.º, § 1.º, da Res. n. 557/2007 do Conselho da Justiça Federal, que tem redação similar ao art. 4.º, § 1.º, da Lei n. 11.671/2008, o que está de acordo com o art. 66 da LEP”.<sup>55</sup>

É também possível a transferência de presos em face do superpovoamento e de problemas estruturais no estabelecimento prisional, em atenção à dignidade da pessoa humana e ao princípio da humanidade da pena, bem como nos direitos dos presos expressamente assegurados no art. 5.º, XLIX, da Constituição Federal: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.<sup>56</sup>

### 33.18.2. Regime disciplinar diferenciado (RDD)

O regime disciplinar diferenciado foi inserido no art. 52 da Lei de Execução Penal pela Lei 10.792/2003. É aplicável ao preso provisório e ao condenado, nacionais ou estrangeiros, e tem cabimento em três hipóteses:

- 1) com a prática de fato previsto como crime doloso, que constitui falta grave, desde que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sem prejuízo da sanção penal correspondente (LEP, art. 52, *caput*);
- 2) quando o preso apresentar alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (LEP, art. 52, § 1.º); e
- 3) quando existirem fundadas suspeitas de envolvimento ou participação do preso provisório ou condenado, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando (LEP, art. 52, § 2.º).

Suas características são as seguintes (LEP, art. 52, I a IV):

- a) duração máxima de 360 (trezentos e sessenta) dias, sem prejuízo da repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de 1/6 da pena aplicada;
- b) recolhimento em cela individual;
- c) visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de 2 (duas) horas; e
- d) direito do preso de sair da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol.

<sup>55</sup> STJ: CC 90.702/PR, rel. Min. Og Fernandes, 3.ª Seção, j. 22.04.2009, noticiado no *Informativo* 391. Com igual conclusão: CC 110.576-AM, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 3.ª Seção, j. 09.06.2010, noticiado no *Informativo* 438.

<sup>56</sup> STJ: RMS 19.385/RJ, rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 26.04.2005.

A inserção do preso no regime disciplinar diferenciado depende de prévio e fundamentado despacho do juiz da execução competente, mediante requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa (exemplo: Secretário de Estado da Administração Penitenciária). A decisão judicial sobre a inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de 15 (quinze) dias (LEP, art. 54, e §§ 1.º e 2.º).

Destarte, para que haja a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado (RDD), é necessário ocorrer ao menos uma das hipóteses previstas no art. 52 da Lei de Execução Penal (*caput*, § 1.º ou § 2.º). Ademais, a decisão judicial sobre a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado depende de requerimento minucioso do diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa. Deverá ser fundamentada pelo juiz das execuções criminais e determinada no processo de execução penal, bem como precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa.<sup>57</sup>

Nos termos do art. 60 da Lei de Execução Penal, a autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até 10 (dez) dias. Trata-se de medida antecedente à inclusão do preso no RDD, e esse período será abatido do total do período de inserção do preso no regime disciplinar diferenciado.

Como mencionado, o regime disciplinar diferenciado foi introduzido na Lei de Execução Penal pela Lei 10.792/2003, que ainda determina em seu art. 4.º que “os estabelecimentos penitenciários, especialmente os destinados ao regime disciplinar diferenciado, disporão, dentre outros equipamentos de segurança, de bloqueadores de telecomunicação para telefones celulares, rádio-transmissores e outros meios”.

Ainda, o art. 3.º da Lei 10.792/2003, com o objetivo de combater cerradamente a criminalidade organizada, estatui que “os estabelecimentos penitenciários disporão de aparelho detector de metais, aos quais devem se submeter todos que queiram ter acesso ao referido estabelecimento, ainda que exerçam qualquer cargo ou função pública”.

O regime disciplinar diferenciado tem sido alvo de críticas, alegando-se sua inconstitucionalidade, notadamente por suposta violação à dignidade da pessoa humana e por se tratar de pena cruel. Essa posição tende a ser adotada em concursos públicos da Defensoria Pública, por ser mais favorável ao réu.

Entretanto, não nos parece seja esse o caminho correto. O regime é severo, rígido, eficaz ao combate do crime organizado, mas nunca desumano.

<sup>57</sup> STJ: HC 117.199/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª Turma, j. 15.09.2009, noticiado no *Informativo* 407; e HC 89.935/BA, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma, j. 06.05.2008, noticiado no *Informativo* 354.

Muito ao contrário, a determinação de isolamento em cela individual, antes de ofender, assegura a integridade física e moral do preso, evitando contra ele violências, ameaças, promiscuidade sexual e outros males que assolam o sistema penitenciário.

O tratamento legal mais rigoroso está em sintonia com a maior periculosidade social do seu destinatário. Quem busca destruir o Estado, criando governos paralelos tendentes ao controle da sociedade, deve ser enfrentado de modo mais contundente. Não se pode tratar de igual maneira um preso comum e um preso ligado a organizações criminosas. Além disso, o interesse público exige a proteção das pessoas de bem, mediante a efetiva segregação de indivíduos destemidos e incrédulos com a força dos poderes constituídos pelo Estado.

O preso não tem direito à fuga. O regime disciplinar diferenciado tem se mostrado seguro, sem rebeliões e sem evasões, e justamente por esse motivo se apregoa a sua justiça. A Constituição Federal assegura a todos o direito à segurança (art. 5.º, *caput*), e o legislador andou acertadamente ao instituir um regime capaz de efetivar esse direito inerente a todas as pessoas.

Embora longo, é válido citar julgado do Superior Tribunal de Justiça que, de modo exauriente, rebateu os argumentos da inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado:

Considerando-se que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são ilimitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), vislumbra-se que o legislador, ao instituir o regime disciplinar diferenciado, atendeu ao princípio da proporcionalidade. Legítima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei 10.792/2003, que alterou a redação do art. 52 da Lei de Execuções Penais, busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional – liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos – e, também, no meio social. (...) Assim, não há falar em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF), à proibição da submissão à tortura, a tratamento desumano e degradante (art. 5.º, III, da CF) e ao princípio da humanidade das penas (art. 5.º, XLVIII, da CF), na medida em que é certo que a inclusão no RDD agrava o cerceamento à liberdade de locomoção, já restrita pelas próprias circunstâncias em que se encontra o custodiado, contudo não representa, *per se*, a submissão do encarcerado a padecimentos físicos e psíquicos, impostos de modo vexatório, o que somente restaria caracterizado nas hipóteses em que houvesse, por exemplo, em celas insalubres, escuras ou sem ventilação. Ademais, o sistema penitenciário, em nome da ordem e da disciplina, bem como da regular execução das penas, há que se valer de medidas disciplinadoras, e o regime em questão atende ao primado da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a severidade da sanção. Outrossim, a inclusão no RDD não traz qualquer mácula à coisa julgada ou ao princípio da segurança jurídica, como

quer fazer crer o impetrante, uma vez que, transitada em julgado a sentença condenatória, surge entre o condenado e o Estado, na execução da pena, uma nova relação jurídica e, consoante consignado, o regime instituído pela Lei 10.792/2003 visa propiciar a manutenção da ordem interna dos presídios, não representando, portanto, uma quarta modalidade de regime de cumprimento de pena, em acréscimo àqueles previstos no Código Penal (art. 33 do CP). Pelo mesmo fundamento, a possibilidade de inclusão do preso provisório no RDD não representa qualquer ofensa ao princípio da presunção de inocência, tendo em vista que, nos termos do que estabelece o parágrafo único do art. 44 da Lei de Execução Penal, “estão sujeitos à disciplina o condenado à pena privativa de liberdade e o preso provisório”.<sup>58</sup>

### 33.19. REGRAS DO REGIME SEMIABERTO

A pena privativa de liberdade em regime prisional semiaberto deve ser cumprida em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (LEP, art. 91).

O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, com salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana. Além disso, as dependências coletivas devem ser dotadas dos seguintes requisitos básicos: a) seleção adequada dos presos; e b) o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena (LEP, art. 92, e parágrafo único).

De acordo com o art. 35, *caput*, do Código Penal, o exame criminológico, a exemplo do que ocorre no regime fechado, é obrigatório no início do cumprimento da pena no semiaberto. Prevalece, contudo, o entendimento de que esse exame é facultativo, nada obstante a posição contrária permita uma mais adequada individualização da pena, em face da regra prevista no art. 8.º, parágrafo único, da Lei de Execução Penal (princípio da especialidade): “Ao exame de que trata este artigo poderá ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semiaberto” (destacamos).

O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno. É admissível o trabalho externo, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (CP, art. 35, §§ 1.º e 2.º). Assim como no regime fechado, o trabalho externo deve ser efetuado sob vigilância.

#### 33.19.1. Falta de vagas no regime semiaberto

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que deve ser observado o cumprimento da pena privativa de liberdade na forma prevista

<sup>58</sup> HC 40.300-RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, 5.ª Turma, j. 07.06.2005.

no título judicial. Configurada a impossibilidade do imediato cumprimento da sanção penal em colônia penal agrícola, industrial ou em estabelecimento similar por deficiência do Estado, não se pode manter o condenado preso em regime mais rigoroso do que o imposto na sentença condenatória.<sup>59</sup>

É necessário assegurar ao sentenciado o direito de permanecer em liberdade, se por outro motivo não estiver preso, até que o Poder Público providencie vaga em estabelecimento apropriado. Para o Supremo Tribunal Federal, a ausência de vagas no regime semiaberto não implica a transmutação a ponto de alcançar a forma fechada. Assim, implicitamente, a consequência natural é a custódia em regime aberto ou, inexistente a casa de albergado, a prisão domiciliar.<sup>60</sup>

Deficiências estruturais do sistema penitenciário e a incapacidade do Estado de prover recursos materiais que viabilizem a implementação de determinações impostas pela Lei de Execução Penal, que constitui exclusiva obrigação do Poder Público, não podem frustrar o exercício, pelo condenado, de direitos subjetivos que lhe foram conferidos pelo ordenamento positivo, como o de começar, desde logo, quando assegurado por sentença penal já transitada em julgado, o cumprimento da pena em regime semiaberto.<sup>61</sup>

O cumprimento da pena obrigatoriamente há de ser efetuado em estabelecimento adequado. Por corolário, é impossível a execução da pena privativa de liberdade em regime fechado ou semiaberto em cadeia pública.<sup>62</sup>

### 33.20. REGRAS DO REGIME ABERTO

O regime aberto baseia-se na **autodisciplina e senso de responsabilidade** do condenado (CP, art. 36, *caput*).

Com o trânsito em julgado da sentença penal, o juízo expede mandado de prisão para encaminhar o condenado ao regime aberto.

A pena é cumprida na Casa do Albergado, cujo prédio necessita situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga. 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. O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados (LEP, arts. 93 a 95).

O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permane-

<sup>59</sup> HC 94.526/SP, rel. orig. Min. Cármen Lúcia, rel. pl o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 24.06.2008, noticiado no *Informativo* 512.

<sup>60</sup> HC 96.169/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 1.ª Turma, j. 25.8.2009, noticiado no *Informativo* 557.

<sup>61</sup> STF: HC 87.985/SP, rel. Min. Celso de Mello, 2.ª Turma, j. 20.03.2007, noticiado no *Informativo* 460.

<sup>62</sup> STF: HC 94810/SP, rel. Min. Cármen Lucia, 1.ª Turma, j. 28.10.2008, noticiado no *Informativo* 526.



cendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga (CP, art. 36, § 1.º).

O ingresso do condenado em regime aberto supõe a aceitação de seu programa e das condições impostas pelo juiz. Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente, e apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime (LEP, arts. 113 e 114).

Algumas pessoas, em virtude de sua condição especial, podem ser dispensadas do trabalho: maiores de 70 (setenta) anos de idade, portadores de doença grave, aqueles que possuam filho menor ou portador de deficiência física ou mental e gestante (LEP, art. 114, parágrafo único).

O regime aberto depende da obediência de condições, divididas em dois blocos:

- 1) **gerais ou legais:** previstas no art. 115 da Lei de Execução Penal. São elas: a) permanecer no local em que for designado, durante o repouso e nos dias de folga; b) sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados; c) não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial; e d) comparecer a juízo, para informar e justificar suas atividades, quando for determinado.
- 2) **especiais ou judiciais:** são as que podem ser estabelecidas discricionariamente pelo juízo da execução, sem prejuízo das condições gerais.

O juiz poderá modificar as condições estabelecidas para o regime aberto, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da autoridade administrativa ou do condenado, desde que as circunstâncias assim o recomendem (LEP, art. 116).

### 33.20.1. Regime aberto e prestação de serviços à comunidade

O Superior Tribunal de Justiça não é unânime no tocante à possibilidade de o juízo da execução impor a prestação de serviços à comunidade, típica pena restritiva de direitos, como condição do regime aberto. Já se decidiu que, “no âmbito do regime aberto, é possível estabelecer obrigatoriamente a prestação de serviços à comunidade, pois não se trata de comutação de pena, mas sim de condição especial (art. 115 da LEP)”.<sup>63</sup>

Entretanto, há pronunciamento pela impossibilidade da fixação da prestação de serviços à comunidade como condição do regime aberto, em face da

<sup>63</sup> HC 81.098/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 03.02.2009, noticiado no *Informativo* 382.

natureza autônoma e substitutiva das penas restritivas de direitos. Além disso, o magistrado só estaria autorizado a fixar condições relacionadas ao regime aberto, e não a aplicar cumulativamente outra sanção penal, evitando-se a dupla punição do mesmo fato (*bis in idem*). Nesse diapasão:

Apesar de poder ser cumulada com outra pena restritiva de direitos, a pena de prestação de serviços à comunidade, de caráter substitutivo e autônomo, não pode ser fixada como condição especial (arts. 115 e 119 da LEP) para o cumprimento de pena privativa de liberdade em regime aberto. Como cediço, as penas privativas de direitos aplicam-se alternativamente às privativas de liberdade, mas não podem ser cumuladas com elas, pois sequer há previsão legal nesse sentido. A intenção do legislador ao facultar a estipulação de condições especiais para o cumprimento do regime aberto foi englobar circunstâncias inerentes ao próprio regime que não constavam das condições obrigatórias previstas no art. 115 da LEP e não fixar outra pena, o que resultaria duplo apenamento para um mesmo ilícito penal sem autorização legal ou mesmo aval da sentença condenatória (*bis in idem*).<sup>64</sup>

### 33.20.2. Legislação local

Em se tratando o direito penitenciário de matéria de **competência concorrente** entre a União, os Estados e o Distrito Federal (CF, art. 24, I), estatui o art. 119 da Lei de Execução Penal que a legislação local poderá estabelecer **normas complementares** para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto.

### 33.20.3. Prisão albergue domiciliar

O art. 117 da Lei 7.210/1984 – Lei de Execução Penal – é **peremptório** ao admitir o recolhimento do condenado à pena privativa de liberdade no regime aberto<sup>65</sup> em residência particular exclusivamente nas hipóteses ali previstas, em **rol taxativo**.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> HC 164.056/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma, j. 10.06.2010, noticiado no *Informativo* 438.

<sup>65</sup> Mas, amparado na dignidade da pessoa humana, o STF já reconheceu o benefício da prisão domiciliar a preso provisório. Confira: "Em seguida, enfatizou-se que a situação do paciente não estaria entre aquelas listadas nas alíneas do art. 117 da LEP, mas a demonstração cabal de que o Estado não teria condições de prestar-lhe a assistência médica de que necessita, para não falecer no cárcere, justificaria a concessão de prisão domiciliar, tendo em conta o princípio da dignidade da pessoa humana" (HC 98.675/ES, rel. Min. Eros Grau, 2.ª Turma, j. 09.06.2009, noticiado no *Informativo* 550).

<sup>66</sup> O Supremo Tribunal Federal, entretanto, vem abrandando o rigor do art. 117 da LEP, interpretando-o como uma relação meramente exemplificativa. A propósito: "Na espécie, a impetração insurgia-se contra as precárias condições de higiene, bem como a superlotação na casa de albergado em que o paciente – condenado a cumprimento de pena em regime aberto – se encontrava, aduzindo que, no ponto, inexistiria separação entre condenados que cumprem pena em regime semiaberto e aberto. O pleito da defesa fora indeferido nas demais instâncias ao argumento de que não se enquadraria no rol do art. 117 da Lei de Execução Penal. Enfatizou-se o fato de o paciente estar em estabelecimento cuja população superaria o viável, além de haver a junção de presos que cumprem a pena em regime aberto e aqueles

**Art. 117.** Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

- I – condenado maior de 70 (setenta) anos;
- II – condenado acometido de doença grave;
- III – condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
- IV – condenada gestante.

No inciso I, a idade deve ser aferida ao tempo da execução da pena privativa de liberdade, independentemente do momento da infração penal ou mesmo da condenação. Portanto, nada impede o início do cumprimento da pena em casa do albergado e, ultrapassados os 70 (setenta) anos de idade, seja concedida a prisão domiciliar.

Assim como em outras hipóteses (exemplo: CP, arts. 65, I, 77, § 2.º, e 115), o legislador concede tratamento mais brando à pessoa que alcançou a senilidade, tendo em vista sua menor periculosidade e sua menor resistência em suportar os efeitos da pena. O Estatuto do Idoso em nada alterou essa regra.

No tocante ao inciso II do art. 117, entende-se por *doença grave* a moléstia de difícil cura, dependente de longo tratamento ou que coloca em risco a vida do doente, como o câncer e a AIDS. Mas não basta a simples constatação da doença. Para a incidência da benesse legal, é imprescindível não possa ser o condenado devidamente assistido pelo serviço médico da rede pública na casa do albergado, além de se encontrar no estágio terminal da doença.

O Superior Tribunal de Justiça, todavia, já se pronunciou no sentido de que “demonstrado o delicado estado de saúde do preso, acometido de doença grave (tuberculose), que exige tratamento contínuo e controlado, cabe cumprimento da pena em prisão domiciliar estabelecida mesmo em regime semiaberto, mormente pela falta de estrutura do sistema penitenciário”<sup>67</sup>

Em relação ao inciso III, é possível aplicá-lo analogicamente ao homem, se possuir filho menor ou portador de deficiência física ou mental. Esse benefício é deferido em prol da criança ou da pessoa portadora de deficiência, que precisam do amparo da mãe ou do pai.

Finalmente, a prisão domiciliar à gestante serve ao propósito de a ela proporcionar condições mais dignas, saudáveis e adequadas durante a gestação. O Superior Tribunal de Justiça, alargando a incidência do dispositivo legal, já reconheceu o benefício a uma condenada para fins de proteção do seu filho de tenra idade e desamparado:

---

que a cumprem no semiaberto. Ademais, asseverou-se que o STF tem afastado o caráter taxativo da LEP relativamente ao direito, em si, da custódia domiciliar e que o faz quando não se tem casa do albergado. Nesse sentido, afirmou-se que a situação concreta seria em tudo semelhante à inexistência da casa do albergado” (HC 95.334/RS, rel. org. Min. Ricardo Lewandowski, rel. p/o acórdão Min. Marco Aurélio, 1.ª Turma, j. 03.03.2009, noticiado no *Informativo* 537).

<sup>67</sup> HC 106.291/RS, rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 17.02.2009, noticiado no *Informativo* 384.

A Turma, prosseguindo o julgamento, por maioria, excepcionando, por analogia, a aplicação do art. 117 da Lei n. 7.210/1984, concedeu prisão domiciliar para exercício da maternidade, embora a paciente responda a vários processos em curso e já tenha sido superada a fase de amamentação. Malgrado não possa ser solucionada a questão social, dada a peculiaridade do caso, o *writ* foi concedido mormente devido à impossibilidade de transferência da ré para a comarca mais próxima de onde reside o filho de tenra idade, a exigir a proteção materna, por falta de parentes para cuidarem da criança: o avô faleceu e a avó estaria impossibilitada de ficar com a criança.<sup>68</sup>

#### 33.20.4. Regime aberto e ausência de Casa do Albergado

Sabe-se que são raríssimas as Casas do Albergado implantadas no território nacional. Surge, então, um impasse. O que há de fazer o juízo da execução em relação ao condenado a pena privativa de liberdade em regime aberto (inicial ou decorrente de progressão) quando não há vaga em Casa do Albergado?

Pela Lei de Execução Penal, como analisado, não é possível a prisão domiciliar, cabível somente nas hipóteses disciplinadas excepcional e taxativamente pelo seu art. 117.<sup>69</sup> Em face do seu texto, portanto, deveria permanecer o condenado em regime mais gravoso (semiaberto ou fechado).

Qual é então a solução?

Na linha do pensamento do Supremo Tribunal Federal, utilizando-se analogicamente o raciocínio empenhado na hipótese de falta de vaga no regime semiaberto, deve o condenado aguardar em liberdade a disponibilização de vaga pelo Poder Público em Casa do Albergado, respeitando-se o prazo da prescrição da pretensão executória da infração penal. Assim sendo, se, ultrapassado o prazo prescricional, não tiver se iniciado o cumprimento da pena no regime aberto, declara-se a extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, IV, do Código Penal.

Para o Superior Tribunal de Justiça, contudo, deve ser a pena cumprida em prisão domiciliar. Se, posteriormente, surgir vaga em Casa do Albergado, transfere-se o condenado para lá. Em caso negativo, a pena será integralmente executada na residência. Confira-se:

Se o sistema prisional mantido pelo Estado não possui meios para manter o detento em estabelecimento apropriado, é de se autorizar, excepcionalmente, que a pena seja cumprida em prisão domiciliar. O cidadão, mesmo condenado e cumprindo pena, é titular de direitos e estes não podem ser desrespeitados pelo próprio Estado que os conferiu.<sup>70</sup>

<sup>68</sup> HC 115.941/PE, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma, j. 02.04.2009, noticiado no *Informativo* 389.

<sup>69</sup> STF: HC 87.985/SP, rel. Min. Celso de Mello, 2.ª Turma, j. 20.03.2007, noticiado no *Informativo* 460.

<sup>70</sup> HC 96.719/RS, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 6.ª Turma, j. 15.04.2008. E ainda: HC 55.564-MG, rel. Min. Nilson Naves, 6.ª Turma, j. 09.05.2006, noticiado no *Informativo* 284.

### 33.20.4.1. Prisão domiciliar e monitoração eletrônica

O art. 146-B, IV, da Lei de Execução Penal, com a redação dada pela Lei 12.258/2010, admite a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando o juiz determinar a prisão domiciliar. E, como o art. 146-D, II, da Lei de Execução Penal autoriza a revogação da monitoração eletrônica quando o “acusado” violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência ou cometer falta grave, abriu-se espaço a esta forma de vigilância indireta no tocante aos presos provisórios.

É de se observar, por oportuno, ser cabível a revogação da prisão domiciliar na hipótese de violação comprovada nos deveres inerentes à monitoração eletrônica (LEP, art. 146-C, I e II, e parágrafo único, VI).<sup>71</sup>

### 33.20.5. Regime aberto e crimes militares

A pena aplicada em razão da condenação por crime militar será cumprida em estabelecimento militar adequado. Além disso, a hierarquia e a disciplina inerentes às instituições militares impõem tratamento diferenciado, e por esse motivo não se aplicam as disposições da Lei de Execução Penal aos condenados por crimes militares.<sup>72</sup>

	Regime fechado	Regime semiaberto	Regime aberto
Local de cumprimento	Estabelecimento de segurança máxima ou média (penitenciárias).	Colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.	Casa do albergado ou estabelecimento adequado.
Características principais	<ul style="list-style-type: none"> <li>• limitação das atividades em comum, dos presos;</li> <li>• maior controle e vigilância sobre o preso;</li> <li>• regime reservado ao preso de maior periculosidade;</li> <li>• o preso trabalha no período diurno e fica isolado no período noturno;</li> <li>• a realização de exame criminológico (para a verificação da periculosidade do agente) é obrigatória;</li> <li>• permissão de saída;</li> <li>• remição.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• trabalho em comum dos presos;</li> <li>• mínimo de segurança e vigilância sobre o preso;</li> <li>• regime reservado ao preso de menor periculosidade;</li> <li>• o preso trabalha em comum durante o período diurno;</li> <li>• a realização do exame criminológico é facultativa;</li> <li>• permissão de saída;</li> <li>• saída temporária;</li> <li>• remição.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• baseia-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade dos condenados;</li> <li>• o preso, fora do estabelecimento e sem vigilância, pode trabalhar, frequentar cursos ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga;</li> <li>• não existe previsão de exame criminológico nesse regime.</li> </ul>

<sup>71</sup> Para mais comentários sobre a monitoração eletrônica, remetemos o leitor ao item 33.17.2.1.

<sup>72</sup> STF: HC 85.054/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 1.ª Turma, j. 20.09.2005, noticiado no *Informativo* 402.

**33.21. REGIME ESPECIAL**

As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal (CP, art. 37). Os estabelecimentos penais destinados a mulheres deverão possuir, exclusivamente, agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas (LEP, art. 83, § 3.º, com a redação dada pela Lei 12.121/2009).

Essa regra coaduna-se com o art. 5.º, XLVIII, da Constituição Federal, pela qual “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”. Na mesma direção, estabelece o art. 82, § 1.º, da Lei de Execução Penal que “a mulher e o maior de 60 (sessenta) anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal”.

Assegura também a Lei Suprema, em seu art. 5.º, L, que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. E diz o art. 89 da Lei de Execução Penal: “(...) a penitenciária de mulheres poderá ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche com a finalidade de assistir ao menor desamparado cuja responsável esteja presa”.

**33.21.1. Execução penal, mães presas e filhos recém-nascidos**

A Lei 11.942/2009, em compasso com as determinações contidas no art. 5.º, XLVIII e L, da Constituição Federal, introduziu diversas modificações na Lei 7.210/1984 – Lei de Execução Penal, com a finalidade de assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. Destacam-se, entre tais alterações, as seguintes:

- a) será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido (LEP, art. 14, § 3.º);
- b) os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade (LEP, art. 83, § 2.º);
- c) a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir criança desamparada cuja responsável estiver presa (LEP, art. 89, *caput*); e
- d) a seção e a creche mencionadas devem possuir como requisitos básicos: I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e II –

horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável (LEP, art. 89, parágrafo único).

### 33.22. DIREITOS DO PRESO

Nos termos do art. 38 do Código Penal: “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

Esse dispositivo encontra-se em sintonia com o art. 5.º, XLIX, da Constituição Federal: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

Os arts. 40 e 41 da Lei de Execução Penal arrolam diversos direitos dos presos, tais como alimentação suficiente e vestuário, atribuição de trabalho e sua remuneração, assistência material, jurídica, educacional, social, religiosa e à saúde, entrevista direta com o advogado, chamamento nominal, avistar-se com o diretor do presídio, contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes, atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, etc.

Com a entrada em vigor da Lei 12.245/2010, foi acrescentado o § 4.º ao art. 83 da Lei 7.210/1984 – Lei de Execução Penal –, para o fim de impor ao Estado o dever de instalar nos estabelecimentos penais salas de aulas destinadas a cursos do ensino básico e profissionalizante.

E, nos termos do art. 83, § 5.º, da Lei de Execução Penal, com redação atribuída pela Lei 12.313/2010, nos estabelecimentos penais existirá, obrigatoriamente, instalação destinada à Defensoria Pública, instituição que, entre outras atribuições, “velará pela regular execução da pena e da medida de segurança, oficiando, no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, de forma individual e coletiva” (LEP, art. 81-A).

#### 33.22.1. A questão da visita íntima

O art. 41, X, da Lei de Execução Penal assegura ao preso o direito de visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados. Cuida-se de medida destinada a preparar o retorno do condenado ao convívio social, bem como a manter seus laços de matrimônio, parentesco e amizade.

Não foi previsto, todavia, o direito à visita íntima, isto é, encontro reservado no interior do estabelecimento penal com o cônjuge, companheira ou namorada para a realização de atos sexuais.

Embora sem previsão legal, essa prática é habitual nos presídios e tem sido autorizada pela direção dos estabelecimentos, destinada a controlar as sevícias sexuais entre os internos, bem como a preservar os laços de relacionamento afetivo entre casais separados pelo cumprimento da pena.

No tocante aos presídios federais, o Decreto 6.049/2007 previu expressamente o direito à visita íntima. Ressalte-se, porém, que por se tratar de matéria relacionada à execução da pena, a ordem constitucional reclama seja sistematizada por lei.

### 33.22.2. Limitação ao uso de algemas

**De acordo com a Súmula Vinculante 11, aprovada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 13 de agosto de 2008:**

Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.<sup>73</sup>

Para o Supremo Tribunal Federal, em posição bastante polêmica, o uso das algemas, como regra, encontra-se em confronto com a ordem jurídico-constitucional. O princípio da presunção de não culpabilidade impõe aos acusados em geral o tratamento devido aos humanos, aos que vivem em um Estado Democrático de Direito.

Além disso, o art. 1.º, III, da Constituição Federal aponta como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, e da leitura do rol das garantias constitucionais previstas no art. 5.º, incisos XIX, LXI, XLIX, LXI, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, XLVIII depreende-se a preocupação em se resguardar a figura do preso, repousando tais preceitos

<sup>73</sup> A jurisprudência tem recomendado cautela e bom senso na aplicação das sanções indicadas na Súmula Vinculante n.º 11 do Supremo Tribunal Federal, sem apego ao excessivo formalismo. Nesse sentido: STF: Rcl 6.565/DF, rel. Min. Cármen Lucia (decisão monocrática), j. 14.10.2009. De igual modo, confira-se o seguinte julgado do STJ: "O paciente foi preso em flagrante em uma localidade, mas foi transportado a delegacia de plantão situada em outra cidade (distante 190 km), local em que lavrado o flagrante. Ele foi mantido algemado por todo o trajeto; porém, só quando de seu transporte da delegacia para o presídio da mesma cidade, agentes de polícia asslnaram uma comunicação de serviço dirigida ao delegado, justificando o uso das algemas nesse percurso. Alega, na impetração, a nulidade de sua prisão em flagrante, porque a justificacão do uso de algemas só diz respeito a esse pequeno trajeto feito dentro da cidade, daí sua condução sob algemas no trajeto anterior ser indevida frente à Súm. Vinculante n. 11-STF, quanto mais se essa justificacão deveria ser feita pelo condutor no boletim de ocorrência. (...) Contudo, nesse contexto, é ilícito concluir que, se houve necessidade de algemar o paciente para o deslocamento dentro da própria cidade para a garantia da integridade física dos policiais e dele próprio, certamente o risco era bem maior no trajeto de uma cidade a outra, pois é inconcebível que o risco em sua condução só tenha surgido na delegacia" (HC 138.349/MG, Rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), 6.ª Turma, j. 27.10.2009, noticiado no *Infarmativo* 413).



no inafastável tratamento humanitário do cidadão, na imprescindibilidade de lhe ser preservada a dignidade.

E, nos palcos forenses, a manutenção do acusado algemado implicaria em colocar a defesa, antecipadamente, em patamar inferior, especialmente no Tribunal do Júri, composto por pessoas leigas que tiram ilações diversas acerca do contexto indicativo da periculosidade do réu.

Para fundamentar a Súmula Vinculante, o Supremo Tribunal Federal registrou que a proibição do uso de algemas e do uso da força já era previsto nos tempos do Império (Decreto de 23.5.1821 e Código de Processo Criminal do Império de 29.11.1832, art. 180) e que houve manutenção dessas normas no ordenamento jurídico brasileiro subsequente (Lei 261/1841; Lei 2.033/1871, regulamentada pelo Decreto 4.824/1871; Código de Processo Penal de 1941, arts. 284 e 292; Lei de Execução Penal – LEP 7.210/1984 –, art. 159; Código de Processo Penal Militar, arts. 234, § 1.º, e 242). Citou-se, ademais, o disposto no item 3 das regras da Organização das Nações Unidas – ONU – para o tratamento de prisioneiros, no sentido de que o emprego de algemas jamais poderá se dar como medida de punição.

Destarte, concluiu-se ser excepcional o uso de algemas, e por isso somente pode ocorrer nos casos em que realmente se mostre indispensável para impedir ou evitar a fuga do preso ou quando se cuidar comprovadamente de perigoso prisioneiro. Mencionou-se que a Lei 11.689/2008 tornou estre-ma de dúvidas a excepcionalidade do uso de algemas (“Art. 474. [...] § 3.º Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.”), e que caberia ao Supremo emitir entendimento sobre a matéria, a fim de inibir uma série de abusos notados na atual quadra, bem como tornar clara, inclusive, a concretude da Lei 4.898/1965, reguladora do instituto do abuso de autoridade, considerado o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal.

### 33.23. TRABALHO DO PRESO

O trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social (CP, art. 39).

O trabalho do preso, além de remunerado, é obrigatório. Sua negativa injustificada caracteriza falta grave (LEP, art. 51, III, c/c o art. 39, V), e impede a progressão de regime prisional e o livramento condicional. Revela-se como uma das principais formas de ressocialização do condenado, retirando-lhe do ócio e motivando-o à reinserção social mediante atividade honesta.

O fato de ser obrigatório, todavia, não equivale a dizer que o trabalho é forçado. Trabalho forçado, terminantemente proibido pelo art. 5.º, XLVII,

“c”, da Constituição Federal é o não remunerado e obtido do preso com o uso de castigos físicos.

### 33-24. LEGISLAÇÃO ESPECIAL

De acordo com o art. 40 do Código Penal, “a legislação especial regulará a matéria prevista nos arts. 38 e 39 deste Código, bem como especificará os deveres e direitos do preso, os critérios para revogação e transferência dos regimes e estabelecerá as infrações disciplinares e correspondentes sanções”.

Essa lei especial é a Lei 7.210/1984 – Lei de Execução Penal.

### 33-25. REMIÇÃO

Remição é o benefício, de competência do juízo da execução, conferido ao condenado que cumpre pena privativa de liberdade em regime **fechado ou semiaberto**, consistente no **abatimento de parte da pena na proporção de um dia de pena por três dias de trabalho**.

O instituto da remição não pode ser aplicado ao condenado que cumpre pena no regime aberto. Com efeito, além de ter o art. 126 da Lei de Execução Penal limitado seu campo de abrangência aos regimes fechado e semiaberto, o regime aberto pressupõe o trabalho do preso, e sua recusa autoriza até mesmo a regressão de regime prisional (CP, art. 36, §§ 1.º e 2.º). Em verdade, o condenado deverá, fora do estabelecimento carcerário e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo preso durante o período noturno e nos dias de folga. Destarte, atuando como seu pressuposto, não pode lhe proporcionar benefícios. Na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

O apenado que cumpre pena em regime aberto não tem *jus* à remição pelo trabalho, nos termos do art. 126 da Lei de Execução Penal. (...) Asseverou-se que a racionalidade disso estaria no art. 36, § 1.º, do CP, que aduz ser necessário que o apenado que cumpre pena em regime aberto trabalhe, frequente curso ou exerça outra atividade autorizada. Evidenciou-se, destarte, que a realização de atividade laboral nesse regime de cumprimento de pena não seria, como nos demais, estímulo para que o condenado, trabalhando, tivesse direito à remição da pena, na medida em que, nesse regime, o labor não seria senão pressuposto da nova condição de cumprimento de pena.<sup>74</sup>

<sup>74</sup> HC 98.261/RS, rel. Min. Cezar Peluso, 2.ª Turma, j. 02.03.2010, noticiado no *Informativo* 577. É também a posição do Superior Tribunal da Justiça: REsp 894.305-RS, rel. Min. Paulo Gallotti, 6.ª Turma, j. 04.09.2007, noticiado no *Informativo* 330.

É cabível a remição para os **presos provisórios**. Essa conclusão, amparada no art. 2.º, parágrafo único, da Lei de Execução Penal (“Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório...”), harmoniza-se com a execução provisória da pena privativa de liberdade. De fato, seria equivocada permitir o cumprimento da sanção penal antes do trânsito em julgado da condenação, para fins de progressão de regime, e, simultaneamente, impedir o trabalho do preso como forma de diminuir a duração da reprimenda.<sup>75</sup>

Além disso, o art. 31, parágrafo único, da Lei de Execução Penal admite o trabalho do preso provisório, desde que no interior do estabelecimento. Ora, se é possível seu trabalho (causa), não há como ser negada a remição (efeito).

Não há limite para a remição. Quanto mais trabalhar o preso, maior será o desconto da pena. Mas a atividade laborativa deve ser reconhecida e autorizada pela direção do estabelecimento prisional.

O benefício é passível de aplicação a todas as modalidades de crimes, inclusive aos hediondos e equiparados. Inexiste qualquer tipo de restrição legal.

Somente pode ser considerada, para fins de remição, a jornada completa de trabalho, ou seja, quem laborar menos de 6 (seis) horas em um dia não terá direito ao abatimento. E não é possível ao condenado aproveitar o excedente às 8 (oito) horas de trabalho em um dia. De fato, estabelece o art. 33 da Lei de Execução Penal que “a jornada normal de trabalho não será inferior a 6 (seis), nem superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados”.

Lembre-se que poderá ser atribuído horário especial de trabalho aos presos designados para os serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal (LEP, art. 33, parágrafo único).

O trabalho do preso deve ser descrito em relatório detalhado, indicando as atividades desempenhadas e seus respectivos horários. Como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

No caso, há indicação genérica de prestação de serviços, sem qualquer relatório dando conta de horários e atividades desempenhadas. Apenas faz menção à prestação de serviço entre grades, que consistia em limpeza pessoal e da própria cela. Quanto à prática de artesanato, ela foi desempenhada sem qualquer controle, não tendo como verificar o caráter ressocializador da atividade. Logo, não há como viabilizar a pretensão de remição de pena.<sup>76</sup>

O preso impossibilitado de prosseguir no trabalho, por acidente, continuará a beneficiar-se com a remição (LEP, art. 126, § 2.º).

<sup>75</sup> Com posição contrária: FUDOLI, Rodrigo do Abreu. *Da remição da pena privativa de liberdade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 178.

<sup>76</sup> HC 116.840/MG, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), 6.ª Turma, j. 06.02.2009, noticiado no *Informalivo* 382.

O tempo remido será computado para a concessão do livramento condicional e indulto (LEP, art. 128).

A remição depende do merecimento do condenado, pois não podem constar faltas graves em seu prontuário.

A autoridade administrativa encaminhará mensalmente ao Juízo da Execução cópia do registro de todos os condenados que estejam trabalhando e dos dias de trabalho de cada um deles. Ao condenado dar-se-á relação de seus dias remidos (LEP, art. 129 e parágrafo único).

### 33.25.1. Prática de falta grave e perda dos dias remidos

Nos termos do art. 127 da Lei de Execução Penal, “o condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar”.

Atente-se ao fato de referir-se a lei ao “condenado que for punido por falta grave”. Não basta a prática da falta grave. A decretação da perda dos dias remidos somente pode ocorrer depois de concluída a sindicância instaurada no âmbito do estabelecimento prisional, assegurando-se ao apenado a ampla defesa. Na sindicância apura-se a prática da falta grave. Mas é somente o juízo da execução que declara a perda dos dias trabalhados.

Na linha do entendimento do Supremo Tribunal Federal, é necessária a oitiva da defesa técnica em juízo antes da decretação da perda dos dias remidos, mesmo com a conclusão da sindicância em desfavor do reeducando. Vale a pena conferir:

Entendeu-se que o procedimento administrativo não seria suficiente para desencadear uma sanção penal e que o fato de o paciente ter sido ouvido na instância administrativa não dispensaria a manifestação da defesa no processo de execução. Assim, enfatizou-se que, em que pese ser prescindível a inquirição, em juízo, do próprio assistido, a manifestação de sua defesa no processo de execução, após o procedimento administrativo, é indispensável – o que não ocorrerá na espécie –, tendo em conta o caráter penal e processual da perda dos dias remidos.<sup>77</sup>

Esse dispositivo, durante muito tempo, foi alvo de intensa discussão doutrinária e jurisprudencial. Muitos sustentavam sua inconstitucionalidade, pois a perda dos dias já remidos em razão da prática de falta grave violaria o princípio da proporcionalidade, além de desconsiderar o direito adquirido e a coisa julgada (CF, art. 5.º, XXXVI).

<sup>77</sup> HC 95.423/RS, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/o acórdão Min. Eros Grau, 2.ª Turma, j. 03.03.2009, noticiado no *Informativo* 537.

Essa celeuma, entretanto, não subsiste mais. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal aprovou no dia 12 de junho de 2008 a Súmula Vinculante 9, a primeira medida dessa natureza em matéria penal: “O disposto no artigo 127 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no *caput* do artigo 58”.

Sua análise importa em duas conclusões: (1) é constitucional a perda dos dias remidos em decorrência da punição pela prática de falta grave; e (2) não se aplica a regra do art. 58, *caput*, da LEP, podendo ser declarada a perda de todos os dias remidos, independente da sua quantidade, e não do máximo de 30 dias.

A partir da sua publicação na imprensa oficial, essa súmula reveste-se de efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (CF, art. 103-A, *caput*).

Agiu acertadamente o Supremo Tribunal Federal. Interpretou corretamente o art. 127 da Lei de Execução Penal, acolhendo o entendimento outrora predominante em terreno jurisprudencial. O preso perde os dias remidos, contando-se novo período a partir da data da infração disciplinar. Não tem direito à remição, mas somente uma expectativa de direito, a qual será concretizada se cumpridos todos os requisitos legais.<sup>78</sup>

A remição é um benefício contabilizado à medida que o apenado trabalha. Essa contabilização deve operar no subjetivismo dele, apenado, como um estímulo para persistir enquadrado em boa conduta. E dizer: à medida que visualiza os dias que lhe são contabilizados favoravelmente, o condenado vai se convencendo de que não vale a pena delinquir, sob o risco de perder tudo o que já acumulou. O reconhecimento da remição da pena constitui expectativa de direito condicionada ao preenchimento dos outros requisitos legais.<sup>79</sup>

Em síntese, a concessão da remição se sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*. Assim, ocorrendo o cometimento de falta grave, o condenado perde o direito ao tempo já remido.<sup>80</sup>

### 33.25.1.1. Perda dos dias remidos e proporcionalidade

Para o Supremo Tribunal Federal, a decretação da perda dos dias remidos deve observar o princípio da proporcionalidade entre a infração do preso e a

<sup>78</sup> STF: HC 100.729/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 16.03.2010, noticiado no *Informativo* 579; HC 93.802/RS, rel. Min. Cezar Peluso, 2.ª Turma, j. 26.02.2008; e AI-Agr 513.810/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2.ª Turma, j. 25.09.2007.

<sup>79</sup> STF: HC 85.552-SP, rel. Min. Carlos Britto (decisão monocrática), noticiado no *Informativo* 394. No mesmo sentido: HC 92.791/RS, rel. Min. Menezes Direito, 1.ª Turma, j. 26.02.2008.

<sup>80</sup> STJ: HC 98.690/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª Turma, j. 08.04.2008.

decisão a esta correspondente.<sup>81</sup> A prática de falta grave, portanto, não pode acarretar automaticamente a perda de todos os dias armazenados em favor do detento e obtidos em decorrência do seu trabalho (ou estudo).

### 33.25.2. Ausência de trabalho por inexistência de condições no estabelecimento prisional

Se não há condições adequadas para o desempenho de atividade laborativa no estabelecimento penal, não se pode conceder ao condenado a remição, pois a Lei de Execução Penal condiciona o benefício ao efetivo e concreto trabalho para abatimento da pena privativa de liberdade.

### 33.25.3. Estudo e remição

A Lei de Execução Penal vincula a remição da pena privativa de liberdade ao trabalho do condenado. Não estendeu o benefício ao estudo.

Mas firmou-se a jurisprudência no sentido de que a frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto. A interpretação extensiva ou analógica do vocábulo “trabalho” para englobar o tempo de estudo não afronta o art. 126 da Lei de Execução Penal, em razão da necessidade de se ampliar o alcance da lei, uma vez que a atividade estudantil se amolda perfeitamente à finalidade do instituto da remição, qual seja a ressocialização do apenado.<sup>82</sup>

No dia 27 de junho de 2007, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 341: “A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto”.

Essa súmula traz duas notas marcantes. Inicialmente, restou decidido a impertinência da remição no regime aberto. Mas não foi só. Para descontar parte da pena mediante o estudo, exige-se frequência a curso de ensino formal, isto é, devidamente autorizado pelos órgãos competentes. Destarte, não cabe o benefício para as atividades estudantis realizadas no interior do estabelecimento prisional e sem qualquer tipo de controle ou fiscalização.

## 33.26. DETRAÇÃO PENAL

Como determina o art. 42 do Código Penal, “computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória,

<sup>81</sup> HC 94.701/RS, rel. orig. Min. Menezes Direito, rel. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 1.ª Turma, j. 05.8.2008, noticiado no *Informativo* 514. Na mesma direção: HC 100.545/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 27.04.2010, noticiado no *Informativo* 584.

<sup>82</sup> STJ: HC 94.841/SP, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 6.ª Turma, j. 17.04.2008.

no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior”.

Detração penal é o **desconto**, na pena privativa de liberdade ou na medida de segurança, do tempo de prisão provisória ou de internação já cumprido pelo condenado. Evita-se o *bis in idem* na execução da pena privativa de liberdade. Exemplificativamente, se alguém foi preso em flagrante pela prática de estupro, e permaneceu segredoado por 2 (dois) anos até o trânsito em julgado da sentença condenatória, que lhe impôs pena de 8 (oito) anos, restará a ele cumprir mais 6 (seis) anos, em face da regra prevista no art. 42 do Código Penal.

Na expressão “prisão provisória” compreende-se toda e qualquer prisão processual e cautelar, ou seja, não decorrente de pena, consistente na privação da liberdade antes do trânsito em julgado da condenação.

Na medida de segurança, o tempo de prisão processual deve ser subtraído do **prazo mínimo** da internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou do tratamento ambulatorial, que varia de 1 (um) a 3 (três) anos, como se extrai do art. 97, § 1.º, do Código Penal. Exemplo: “A”, depois de ser preso em flagrante, foi mantido nessa situação por 1 (um) ano. Durante a instrução criminal, restou comprovada sua inimputabilidade, motivo pelo qual o magistrado o absolveu e impôs medida de segurança de internação, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos. Com a aplicação do instituto da detração penal, a perícia médica de cessação da periculosidade será realizada depois de 2 (dois) anos da internação do agente no hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.

### 33.26.1. Competência para aplicação da detração penal

É do **juízo da execução penal**, a teor do art. 66, III, “c”, da Lei de Execução Penal.

### 33.26.2. Detração penal e penas restritivas de direitos

É possível a incidência da detração penal nas penas restritivas de direitos de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana, pois são aplicáveis em substituição às penas privativas de liberdade pelo mesmo tempo de sua duração (CP, art. 55).

### 33.26.3. Detração penal e pena de multa

Não se admite a detração penal no campo da pena de multa, diante da vedação legal da conversão desta última em pena privativa de liberdade.

Ademais, o art. 42 do Código Penal excluiu a incidência do instituto para a sanção pecuniária. Finalmente, a pena privativa de liberdade e a pena pecuniária têm finalidades diferentes e não há um critério legal capaz de expressar em dias-multa o tempo de prisão provisória.<sup>83</sup>

#### 33.26.4. Detração penal e suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade (*sursis*)

Não tem cabimento a detração penal no período de prova do *sursis*, que em regra varia de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. Assim, se a pena privativa de liberdade de 2 (dois) foi suspensa condicionalmente por outros 2 (dois) anos, a circunstância de ter o condenado permanecido preso provisoriamente por 1 (um) ano, por exemplo, em nada interferirá no período de prova, que subsistirá pelo tempo de 2 (dois) anos. A propósito, esse prazo poderia ser fixado ainda que fosse menor à sanção imposta.

Mas será aplicável esse instituto na hipótese de ser revogado o *sursis*, pois aí restará ao condenado a obrigação de cumprir integralmente a pena que lhe foi imposta. No exemplo acima, faltaria somente 1 (um) ano para a satisfação total da pena privativa de liberdade.

#### 33.26.5. Detração penal e prescrição

Discute-se se a detração penal influencia ou não no cálculo do prazo prescricional.

Para quem admite essa possibilidade, fundada na aplicação analógica do art. 113 do Código Penal, a prescrição deveria ser computada com base no tempo restante da pena, ou seja, somente com o tempo ainda não cumprido pelo condenado. Exemplo: “A” foi condenado a seis anos. Provisoriamente (antes do trânsito em julgado), contudo, ficou preso por três anos. Logo, a prescrição deveria ser calculada sobre a pena faltante, isto é, três anos, e não sobre a pena total.

O Supremo Tribunal Federal, fundado no princípio da estrita legalidade, de observância cogente em matéria penal, tem posição diversa:

O art. 113 do Código Penal tem aplicação vinculada às hipóteses de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional, não se referindo ao tempo de prisão cautelar para efeito do cálculo da prescrição (CP: “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”).<sup>84</sup>

<sup>83</sup> MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*. 10. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008. p. 185.

<sup>84</sup> Cf. RHC 85.026/SP, rel. Min. Eros Grau, j. 26.04.2005. No mesmo sentido: HC 100.001/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 1.ª Turma, j. 11.05.2010, noticiado no *Informativo* 586.



### 33.26.6. Detração penal e regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade

A detração penal não produz qualquer efeito na fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade. Destarte, se, exemplificativamente, um réu primário permaneceu preso por 2 (dois) anos antes da condenação definitiva, e ao final foi aplicada pena de 5 (cinco) anos de reclusão, deverá, em tese, começar a cumpri-la no regime semiaberto, e não em regime aberto, por força da inaplicabilidade do instituto previsto no art. 42 do Código Penal, que não foi previsto no legislador para essa finalidade.

Se não bastasse, os momentos de tais acontecimentos são completamente distintos. Enquanto o regime inicial de cumprimento da pena é estipulado pelo juiz da ação penal (processo de conhecimento), a detração penal é matéria de competência do juiz da execução e que deve ser apreciada somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (processo de execução).<sup>85</sup>

### 33.26.7. Detração penal e prisão provisória em outro processo

A questão que se coloca é a seguinte: Quando a prisão provisória opera-se em um processo, no qual o réu é absolvido, é possível utilizar esse período para fins de detração penal em outro processo, em que foi condenado?

A doutrina não é pacífica sobre o assunto. Ora se exige a conexão ou continência entre a infração penal, a prisão provisória e a pena imposta, ora esse requisito afigura-se como dispensável. Em qualquer caso, porém, é necessário tenha sido praticada a infração penal pela qual o agente foi condenado anteriormente à infração penal em que houve a prisão provisória e posterior absolvição.

A jurisprudência estabeleceu-se no sentido de que não se reclama qualquer tipo de vínculo entre as infrações penais. Confira-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Não é possível creditar-se ao réu, para fins de detração, tempo de encarceramento anterior à prática do crime que deu origem à condenação atual. Com base nessa jurisprudência, a Turma indeferiu *habeas corpus* em que se pretendia abater da pena aplicada ao paciente período em que este estivera anteriormente custodiado. Asseverou-se que, se acolhida a tese da defesa, considerando esse período como “crédito” em relação ao Estado, estar-se-ia concedendo ao paciente um “bill” de indenidade.<sup>86</sup>

<sup>85</sup> É também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: HC 37.107/SP, rel. Min. Hamilton Carvalho, 6.ª Turma, j. 01.04.2008.

<sup>86</sup> HC 93.979/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, 1.ª Turma, j. 22.04.2008, noticiado no *Informativo* 503.

É também a posição do Superior Tribunal de Justiça: “Na linha de precedentes desta Corte, é inviável aplicar-se a detração em relação aos crimes cometidos posteriormente à custódia cautelar”.<sup>87</sup>

Essa conclusão, além de sintonizar-se com o art. 111 da Lei de Execução Penal, impede a ocorrência da chamada “**conta corrente penal**”, isto é, a constituição de saldo credor em favor do condenado que lhe daria um cheque em branco para cometer crimes e contravenções penais e abrigar-se sob o manto da impunidade.

### 33-27. QUESTÕES

1. (MP/SE – CESPE/2010) Afonso, condenado pela prática de determinado crime a regime aberto de cumprimento da pena, obteve do juízo das execuções permissão de saída para tratamento de dependência química e fugiu da clínica na qual estava internado para esse fim. Nessa situação hipotética,
  - (A) Afonso praticou falta grave, o que acarreta perda dos dias remidos, regressão no regime de pena, reinício da contagem do prazo para futuros benefícios e cassação de saídas temporárias.
  - (B) Afonso não praticou falta grave, considerando que a evasão de clínica de tratamento não se equipara à fuga prevista na LEP, a qual pressupõe que o condenado esteja em estabelecimento prisional.
  - (C) Afonso praticou falta grave, mas, como não estava em estabelecimento prisional, não sofrerá as consequências próprias dessa falta, que são a perda dos dias remidos, a regressão no regime de pena, o reinício da contagem do prazo para futuros benefícios e a cassação de saídas temporárias.
  - (D) Afonso praticou falta média, conforme previsto na LEP, já que a evasão se deu de estabelecimento não prisional.
  - (E) Afonso não praticou falta grave, considerando que sua condição de dependente químico lhe retira a capacidade de entender o caráter do ilícito.
  
2. (Magistratura/MG – FUNDEP/2009) Sobre o regime inicial de cumprimento de pena, marque a alternativa **CORRETA**.
  - (A) É possível a imposição do regime fechado para o início do cumprimento da pena ao condenado à pena de detenção.
  - (B) A gravidade do crime em abstrato, por si só, não se presta à adoção de regime inicial diverso do sugerido em lei.
  - (C) A circunstância agravante da reincidência não guarda correlação com a estipulação do regime inicial para o cumprimento de pena.
  - (D) Ao condenado à prisão simples, pela prática de contravenção penal, é vedada, regra geral, a adoção do regime inicialmente fechado, o que, todavia, poderá ocorrer excepcionalmente, desde que devidamente fundamentado pelo juiz.
  
3. (Juiz de Direito – TJ/TO 2007) Considere que Waleska tenha sido condenada pela prática de crime de roubo, com sentença transitada em julgado, à pena de 5 anos e 4 meses a ser cumprida em regime semiaberto. Considere, ainda, a

<sup>87</sup> REsp 848.531/RS, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 26.06.2007.

**Inexistência de vaga em colônia agrícola ou em colônia penal industrial ou em estabelecimento similar. Nesse caso, Waleska deve**

- (A) permanecer em liberdade, se por outro motivo não se encontrar presa, até que surja vaga em estabelecimento adequado.
- (B) aguardar em regime fechado o surgimento de vaga em estabelecimento adequado à execução do regime semiaberto.
- (C) ser submetida a prisão domiciliar.
- (D) cumprir pena em colônia agrícola ou colônia penal industrial ou em estabelecimento similar na comarca mais próxima, dentro do mesmo estado.

**4. (87.º MP/SP – 2010) Assinale a alternativa correta:**

- (A) a pena de detenção não pode ser cumprida em regime inicialmente fechado.
- (B) o condenado, não reincidente, a pena superior a oito anos de reclusão pode começar a cumpri-la em regime semiaberto.
- (C) na hipótese de concurso formal imperfeito, aplica-se ao agente a pena mais grave das cabíveis ou, se iguais, só uma delas, aumentada de 1/6 até 1/2.
- (D) a prescrição intercorrente tem como baliza a pena aplicada na sentença condenatória, podendo abranger o período entre a sentença e o recebimento da denúncia.
- (E) é facultado ao juiz substituir a pena privativa de liberdade não superior a quatro anos, imposta ao réu reincidente pela prática do mesmo crime ou de diversa espécie, se constituir medida socialmente recomendável.

**5. (XIII Juiz Federal – TRF/3.ª Região 2006) Examine os itens abaixo e assinale a alternativa correta:**

- I – De menor potencial ofensivo é, além de todas as contravenções, indistintamente o crime a que a norma incriminadora comine pena máxima não superior a dois anos ou multa consoante o parágrafo único da Lei 10.259 de 12.07.2001 (Juizado Especial Federal). No caso de concurso de crimes, a pena a ser 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, de modo que, se resultar disso um apenamento superior a 2 anos fica afastada a competência do Juizado Especial para todas as instalações, consideradas. A competência do Juizado Especial Criminal é contemporânea de sua instalação, de modo que não serão para ele remetidas as ações penais que até então tramitavam na Vara Criminal;
- II – O perdão do ofendido é ato bilateral, mas o perdão judicial independe da vontade do réu. O primeiro é possível em todas as infrações sujeitas a ação penal exclusivamente privada e se estende a todos os querelados que o aceitarem; o segundo é possível apenas quando a lei quer e se trata de benefício personalíssimo. Na medida em que o Superior Tribunal de Justiça (súmula 18) afirma que a sentença que aplica perdão judicial é declaratória de extinção de punibilidade, ela não pode ser executada no Juízo Cível para reparação de dano;
- III – A proibição legal do cumprimento de pena por mais de 30 anos (artigo 75 do Código Penal) não tem nenhum efeito quanto a tomar esse *quantum* o limite da base de cálculo para fins de livramento condicional ou progressão de regime. Quanto ao livramento condicional, o reincidente específico em tráfico ilícito de entorpecentes não tem direito ao benefício; já o condenado por crime doloso praticado com violência ou grave ameaça contra pessoa só poderá merecer o benefício se houver perícia atestando ausência de periculosidade;
- IV – A progressão de regime de cumprimento de pena exige três pressupostos (desconto de 1/6 da reprimenda no regime fixado; atestado de bom comportamento

carcerário; prévia manifestação ministerial e de defensor do condenado) a serem considerados pelo juiz da execução; tratando-se de questão que envolve trânsito em julgado de condenação, a progressão é estranha à situação do preso provisório, que, portanto, a ela não tem direito. É direito do condenado evoluir do regime fechado para o aberto se a passagem para o regime semiaberto é inviável por ausência de vaga.

- (A) O item III não é inteiramente verdadeiro;
- (B) Os itens I, II e IV são inteiramente verdadeiros;
- (C) O item IV não é inteiramente verdadeiro;
- (D) Os itens III e IV não são inteiramente verdadeiros.

**6. (135.º OAB/SP): De acordo com a Lei de Execução Penal, assinale a opção correta.**

- (A) Aquele que cumpre pena no regime semiaberto e preenche os requisitos objetivo e subjetivo para a progressão de regime tem direito a progredir para o regime aberto, mesmo que esteja desempregado e sem qualquer proposta de trabalho.
- (B) O detento que cumpre pena em regime fechado pode obter permissão para sair do estabelecimento, mediante escolta, no caso de falecimento de companheira, por exemplo.
- (C) O recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular não é admitido quando se tratar de condenado acometido de doença grave.
- (D) O condenado que cumpre pena em regime fechado pode obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, no caso de visita à família.

**7. (128.º OAB/SP): Sobre a pena, é correto afirmar que**

- (A) computam-se, na pena privativa de liberdade, o tempo de prisão provisória, no Brasil, não no estrangeiro.
- (B) o condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime de pena privativa de liberdade condicionada à reparação do dano que causou.
- (C) no cálculo da pena privativa de liberdade será seguido o critério bifásico.
- (D) a unificação de penas no limite de 30 (trinta) anos, conforme orientação dos Tribunais Superiores, serve como parâmetro para a progressão de regime e para o livramento condicional.

**8. (Defensoria Pública/MA – FCC/2009) A pena privativa de liberdade deve ser substituída por restritiva de direitos quando não for superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça contra a pessoa. O réu foi condenado a pena de um ano e oito meses pelo delito de tráfico de entorpecentes, temos então que**

- (A) o crime de tráfico de entorpecentes não contém elemento de violência e grave ameaça à pessoa e o quantum da pena não atinge quatro anos sendo, portanto, permitida a substituição da pena.
- (B) a substituição da pena no caso de tráfico de entorpecentes é expressamente vedada por lei.
- (C) a substituição da pena é vedada por lei, salvo se o réu colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação de coautores ou partícipes do crime.
- (D) a pena privativa de liberdade poderá ser substituída desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

(E) a pena privativa de liberdade poderá ser substituída desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa, devendo colaborar na investigação policial.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

**Obs.:** Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no site [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

## APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

**Sumário:** 34.1. Conceito – 34.2. Pressuposto – 34.3. Sistemas ou critérios para aplicação da pena – 34.4. Elementares e circunstâncias: 34.4.1. Classificação das circunstâncias – 34.5. Agravantes genéricas e causas de aumento da pena – 34.6. Causas de aumento da pena e qualificadoras – 34.7. Atenuantes genéricas e causas de diminuição da pena – 34.8. O critério trifásico – 34.9. A primeira fase da dosimetria da pena: fixação da pena-base; 34.9.1. Culpabilidade; 34.9.2. Antecedentes; 34.9.3. Conduta social; 34.9.4. Personalidade do agente; 34.9.5. Motivos do crime; 34.9.6. Circunstâncias do crime; 34.9.7. Consequências do crime; 34.9.8. Comportamento da vítima – 34.10. A segunda fase da dosimetria da pena: agravantes e atenuantes genéricas: 34.10.1. Reincidência (art. 61, I, do CP); 34.10.2. Ter o agente cometido o crime (art. 61, II, do CP); 34.10.3. Agravantes no concurso de pessoas (art. 62 do CP); 34.10.4. Atenuantes genéricas (arts. 65 e 66 do CP); 34.10.5. Concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas – 34.11. A terceira fase da dosimetria da pena: causas de aumento (majorantes) e de diminuição (minorantes) – 34.12. Questões.

### 34.1. CONCEITO

A atividade de aplicar a pena, **exclusivamente judicial**, consiste em fixá-la, na sentença, depois de superadas todas as etapas do devido processo legal, em quantidade determinada e respeitando os requisitos legais, em desfavor do réu a quem foi imputada a autoria ou participação em uma infração penal.

Cuida-se de **ato discricionário juridicamente vinculado**. O juiz está preso aos parâmetros que a lei estabelece. Dentro deles poderá fazer as suas opções, para chegar a uma aplicação justa da pena, atento às exigências da espécie concreta, isto é, às suas singularidades, às suas nuances objetivas e principalmente à pessoa a quem a sanção se destina. Todavia, é forçoso reconhecer estar habitualmente presente nesta atividade do julgador um coeficiente criador, e mesmo

irracional, em que, inclusive inconscientemente, se projetam a personalidade e as concepções da vida e do mundo do juiz.<sup>1</sup>

## 34.2. PRESSUPOSTO

A aplicação da pena tem como pressuposto a **culpabilidade** do agente, constituída por imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Ausente a culpabilidade, será impossível a imposição de pena, qualquer que seja a sua modalidade (privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa). Mas, na hipótese de inadequação da pena, poderá o réu suportar uma medida de segurança, se for maior de 18 anos de idade e dotado de periculosidade.

Conclui-se, pois, que enquanto a culpabilidade é pressuposto de aplicação da pena, a periculosidade funciona como pressuposto de aplicação da medida de segurança.

A pena, no direito brasileiro, deve ser aplicada mesmo quando o condenado, posteriormente ao crime e por qualquer motivo, não mais dependa de ressocialização. Justifica-se esse posicionamento pela adoção da teoria mista ou unificadora da pena, que possui, além da finalidade preventiva especial, a prevenção geral como objetivo (intimidação da coletividade) e, principalmente, o caráter retributivo (obrigatoriedade de punição).

## 34.3. SISTEMAS OU CRITÉRIOS PARA APLICAÇÃO DA PENA

A história recente do Direito Penal brasileiro indica a existência de dois sistemas principais para a aplicação da pena privativa de liberdade: um bifásico e outro trifásico.

Para o **critério bifásico**, idealizado por Roberto Lyra, a pena privativa de liberdade deveria ser aplicada em duas fases distintas. Na primeira fase, o magistrado calcularia a pena-base levando em conta as circunstâncias judiciais e as atenuantes e agravantes genéricas. Em seguida, incidiriam na segunda fase as causas de diminuição e de aumento da pena.<sup>2</sup>

Esse sistema encontrou ressonância nos pensamentos de José Frederico Marques e de Basileu Garcia.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003. p. 54.

<sup>2</sup> LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. II, p. 172.

<sup>3</sup> "Parece-nos haver inaceitável artificialismo na separação do trabalho do julgador em três fases. Duas, sem dúvida, serão imprescindíveis, sempre que existir causa de aumento ou de diminuição a atender. Só então surgirá a contingência de fixar-se uma pena-base. Essa designação, corrente em nosso meio, como entre os comentadores Italianos, pode ser mantida sem desvantagem. Expressará a quantidade fundamental da pena, sobre a qual se computarão os aumentos e diminuições. Não queremos dizer que a verificação não possa tripartir-se, mas, tão-só, que não há necessidade. (...) Nada impede que o

Por sua vez, o **critério trifásico**, elaborado por Néelson Hungria, sustenta a dosimetria da pena privativa de liberdade em três etapas. Na primeira, o juiz fixa a pena-base, com apoio nas circunstâncias judiciais. Em seguida, aplica as atenuantes e agravantes genéricas, e, finalmente, as causas de diminuição e de aumento da pena.

O art. 68, *caput*, do Código Penal filiou-se ao critério trifásico. De fato, “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”. E na visão do Supremo Tribunal Federal: “As circunstâncias judiciais são colhidas dos elementos fáticos trazidos pelo processo para a fixação da pena-base, sobre a qual serão aplicadas as agravantes e atenuantes e, após, as causas de aumento e diminuição”.<sup>4</sup>

Entretanto, para a pena de multa adotou-se o sistema bifásico<sup>5</sup> (CP, art. 49, *caput* e § 1.º). Fixa-se inicialmente o número de dias-multa, e, após, calcula-se o valor de cada dia-multa.

Para Alberto Silva Franco, a reforma da Parte Geral do Código Penal pela Lei 7.209/1984, embora acolhendo o critério trifásico, foi além: criou uma quarta fase, ou seja, a da substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos ou pela pena pecuniária.<sup>6</sup>

Por questões didáticas, analisaremos cada um dos fatores que influem na aplicação da pena, para, em seguida, enfrentarmos detalhadamente o critério trifásico e cada um de seus estágios.

### 34.4. ELEMENTARES E CIRCUNSTÂNCIAS

Elementares, ou elementos, são os fatores que compõem a estrutura da figura típica, integrando o tipo fundamental. E o caso de “alguém” no crime de homicídio (CP, art. 121, *caput*). Por outro lado, circunstâncias são os dados que se agregam ao tipo fundamental para o fim de aumentar ou diminuir a quantidade da pena, tais como o “motivo torpe” e o “relevante valor moral”, qualificadora e privilégio no homicídio doloso, respectivamente. Formam o tipo derivado.

As elementares normalmente encontram-se descritas no *caput* do tipo penal, enquanto as circunstâncias estão nos parágrafos a ele vinculados.

juiz, no uso dos seus largos poderes, complique um pouco mais o seu labor espiritual, detendo-se numa etapa provisória, na certeza de que terá imediatamente de alterar o resultado colhido, ante a eficácia de agravantes e atenuantes obrigatórias, já presentes na sua consciência ao início da operação” (GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. 37. tir. São Paulo, Max Limonad. t. II, v. I, 1975).

<sup>4</sup> HC 93.459/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 22.04.2008.

<sup>5</sup> STJ: HC 49.463-RJ, rel. Min. Gilson Dipp, 5.ª Turma, j. 28.03.2006, noticiado no *Informativo* 279.

<sup>6</sup> FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. Parte geral. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. v. 1, p. 1.233.



Excepcionalmente, entretanto, o legislador prevê elementares fora do *caput*, como se verifica no crime de excesso de exação, descrito pelo art. 316, § 1.º, do Código Penal, independente do delito de concussão tipificado pelo seu *caput*.

A forma mais segura para distinguir se determinado fator previsto em lei constitui-se em elementar ou circunstância se faz pelo **critério da exclusão**. Se a sua retirada resultar na atipicidade do fato ou na desclassificação para outro delito, trata-se de elementar. Mas se subsistir o mesmo crime, alterando-se somente a quantidade da pena, cuida-se de circunstância.

#### 34.4.1. Classificação das circunstâncias

No campo da aplicação da pena, as circunstâncias podem ser legais ou judiciais.

**Circunstâncias legais** são as previstas no Código Penal e pela legislação penal especial. São suas espécies as qualificadoras, as atenuantes e agravantes genéricas e as causas de diminuição e de aumento da pena.

**Circunstâncias judiciais**, de outro lado, são as relacionadas ao crime, objetiva e subjetivamente, e alcançadas pela atividade judicial, em conformidade com as regras previstas no art. 59, *caput*, do Código Penal. Têm natureza residual ou subsidiária, pois somente incidem quando não configuram circunstâncias legais.

A interpretação conjunta dos arts. 59 e 68 do Código Penal deixa bem certo que as circunstâncias judiciais não são outras que não aquelas cuja função, em cada caso, depende da valoração do juiz, enquanto as denominadas circunstâncias legais têm função obrigatória na individualização da pena, não havendo, assim, entre as denominadas circunstâncias judiciais e as legais diferença ontológica qualquer.<sup>7</sup>

Quanto à compensação entre as circunstâncias legais e judiciais, entende-se ser possível essa operação somente quando dentro da mesma fase, sob pena de se frustrar o sistema trifásico estabelecido em lei. Exemplo: na primeira fase, o magistrado pode compensar os maus antecedentes (circunstância judicial desfavorável ao réu) com o comportamento inadequado da vítima (circunstância judicial favorável ao réu).

É vedada a compensação envolvendo fases distintas.<sup>8</sup> Exemplo: o juiz não pode compensar a personalidade desajustada do réu (circunstância judicial desfavorável: 1.ª fase) com a menoridade relativa (atenuante genérica: 2.ª fase).

<sup>7</sup> STJ: HC 97.119-SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6.ª Turma, j. 29.04.2008, noticiado no *Informativo* 354.

<sup>8</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 263-264.

### 34.5. AGRAVANTES GÊNICAS E CAUSAS DE AUMENTO DA PENA

As agravantes genéricas são assim chamadas por estarem previstas taxativamente na Parte Geral do Código Penal (arts. 61 e 62),<sup>9</sup> e a exasperação da pena, que deve respeitar o limite máximo abstratamente cominado pelo legislador, é definida pelo juiz no caso concreto, uma vez que a lei não indica a quantidade de aumento. **Incidem na segunda fase de aplicação da pena.**

As causas de aumento da pena, obrigatórias ou facultativas, por sua vez, situam-se na Parte Geral (exemplos: arts. 70, 71, 73 e 74), na Parte Especial do Código Penal (exemplos: arts. 155, § 1.º, 157, § 2.º, 158, § 1.º, 317, § 1.º, etc.), e também na legislação especial (exemplos: Lei 9.613/1998 – Lavagem de Dinheiro, art. 1.º, § 4.º, e Lei 11.343/2006 – Drogas, art. 40, etc.). São previstas em quantidade fixa (exemplo: aumenta-se a pena de um terço) ou variável (exemplo: aumenta-se a pena de 1/6 a 2/3), podendo elevar a pena concreta acima do limite máximo legalmente estipulado pelo legislador. **Aplicam-se na terceira fase da dosimetria da pena, e são também chamadas de qualificadoras em sentido amplo.**

### 34.6. CAUSAS DE AUMENTO DA PENA E QUALIFICADORAS

As causas de aumento da pena, utilizáveis na terceira fase da aplicação da pena, funcionam exclusivamente como percentuais para a elevação da reprimenda, em quantidade fixa ou variável. Encontram previsão tanto na Parte Geral como na Parte Especial do Código Penal, e também na legislação especial.

Já as qualificadoras têm penas próprias, dissociadas do tipo fundamental, pois são alterados os próprios limites (mínimo e máximo) abstratamente cominados. Ademais, no caso de crime qualificado o magistrado já utiliza na primeira fase da dosimetria da pena a sanção a ele correspondente. Finalmente, estão previstas na Parte Especial do Código Penal e na legislação especial, mas não, em hipótese alguma, na Parte Geral.

### 34.7. ATENUANTES GÊNICAS E CAUSAS DE DIMINUIÇÃO DA PENA

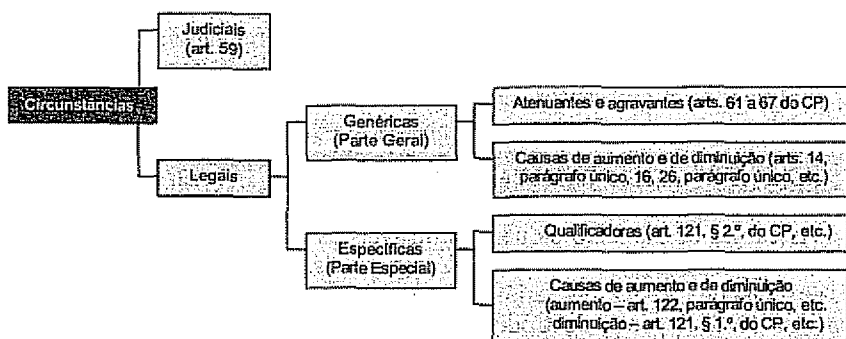
As atenuantes genéricas recebem essa denominação por estarem localizadas, **exemplificativamente**, na Parte Geral do Código Penal (arts. 65 e 66),<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Isso não impede, porém, sejam previstas agravantes por leis especiais, a exemplo do que ocorre no art. 298 da Lei 9.503/1997 em relação aos crimes de trânsito. Mas, no Código Penal, estão arroladas na Parte Geral.

<sup>10</sup> É possível, entretanto, sua definição também por leis especiais, a exemplo do art. 14 da Lei 9.605/1998 (crimes ambientais). Mas, no Código Penal, encontram-se previstas exclusivamente na Parte Geral.

e o abrandamento da pena, que deve observar o limite mínimo abstratamente cominado pelo legislador,<sup>11</sup> é definido pelo juiz no caso concreto, uma vez que a lei não indica a quantidade de diminuição. Têm lugar na segunda fase de aplicação da pena.

As causas de diminuição da pena, obrigatórias ou facultativas, estão previstas na Parte Geral (exemplos: arts. 16, 21, *caput, in fine*, 24, § 2.º, 26, parágrafo único, etc.) e na Parte Especial do Código Penal (exemplos: arts. 121, § 1.º, 155, § 2.º, etc.), bem como na legislação especial (exemplos: Lei 7.492/1986 – Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, art. 25, § 2.º, Lei 11.343/2006 – Drogas, art. 33, § 4.º, etc.), em quantidade fixa (exemplo: diminui-se a pena de 1/3) ou variável (exemplo: diminui-se a pena de 1/3/ a 2/3). Podem reduzir a pena abaixo do mínimo legal, e incidem na terceira fase de aplicação da pena.



### 34.8. O CRITÉRIO TRIFÁSICO

Como já estudado, o art. 68 do Código Penal adotou o critério ou sistema trifásico. Impõe-se a dosimetria da pena privativa de liberdade em três fases distintas e sucessivas.

Cada etapa de fixação da pena deve ser suficientemente fundamentada pelo julgador. Permite-se, assim, a regular individualização da pena (CF, art. 5.º, XLVI), além de conferir ao réu o exercício da ampla defesa, pois lhe concede o direito de acompanhar e impugnar, se reputar adequado, cada estágio de aplicação da pena.

<sup>11</sup> Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

A ausência de fundamentação leva à nulidade da sentença (CF, art. 93, IX),<sup>12</sup> ou, pelo menos, à redução da pena ao mínimo legal pela instância superior. Com efeito, prevalece o entendimento de que a aplicação da pena no mínimo legal prescinde de motivação, em face da inexistência de prejuízo ao réu.

A análise do Código Penal autoriza a extração de algumas regras inerentes ao critério trifásico:

- a) na pena-base o juiz deve navegar dentro dos limites legais cominados à infração penal, isto é, não pode ultrapassar o patamar mínimo nem o patamar máximo correspondente ao crime ou à contravenção penal pelo qual o réu foi condenado.
- b) se estiverem presentes agravantes ou atenuantes genéricas, a pena não pode ser elevada além do máximo abstratamente cominado nem reduzida aquém do mínimo legal.
- c) as causas de aumento e de diminuição são aplicáveis em relação à reprimenda resultante da segunda fase, e não sobre a pena-base. E, se existirem causas de aumento ou de diminuição, a pena pode ser definitivamente fixada acima ou abaixo dos limites máximo e mínimo abstratamente definidos pelo legislador.
- d) na ausência de agravantes e/ou atenuantes genéricas, e também de causas de aumento e/ou de diminuição da pena, a pena-base resultará como definitiva.

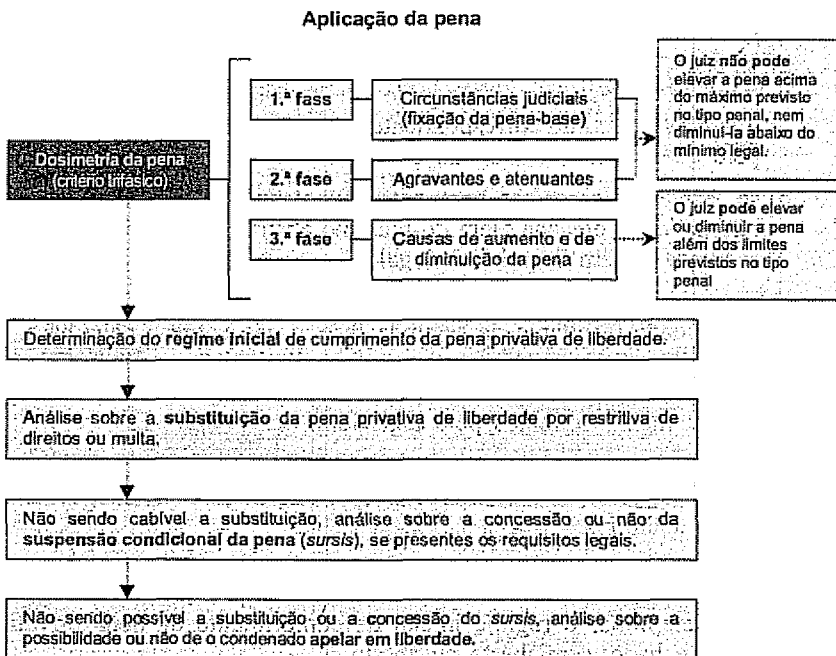
Concluída a operação relativa à dosimetria da pena, a etapa seguinte consiste em determinar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade: fechado, semiaberto ou aberto.

Após, o magistrado deve analisar, na própria sentença condenatória, eventual possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa.<sup>13</sup> E se não for cabível a substituição, mas a pena for igual ou inferior a 2 (dois) anos, exige-se manifestação fundamentada acerca da pertinência ou não da suspensão condicional da pena (*sursis*), se presentes os requisitos legais.

<sup>12</sup> STF: RHC 84.295/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, 1.ª Turma, j. 29.11.2005.

<sup>13</sup> Já decidiu o STF, de forma inovadora, mas sem amparo legal, que "as penas restritivas de direitos têm assento constitucional e operam como alternativas aos efeitos estigmatizantes do cárcere, compondo o "sistema trifásico" de aplicação da pena. Dessa forma, o magistrado não pode silenciar sobre a aplicação ou não do art. 44 do CP, que instaura nova fase de fixação da pena, necessária e suficiente, para a prevenção e repressão do delito" (HC 90.991/RS, rel. Min. Carlos Brito, 1.ª Turma, j. 21.06.2007, noticiado no Informativo 472). Criticamos essa posição, pois o art. 68, *caput*, do Código Penal é claro ao demonstrar que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nada tem a ver com a aplicação da pena, e não integra o sistema trifásico.

Por último, depois de concretizada a sanção penal, e se não foi possível a substituição ou a suspensão condicional da pena privativa de liberdade, o magistrado, na sentença, decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta, em conformidade com o art. 387, parágrafo único, do Código de Processo Penal.



### 34.9. A PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA: FIXAÇÃO DA PENA-BASE

Para o cálculo da pena-base o juiz se vale das circunstâncias judiciais indicadas pelo art. 59, *caput*, do Código Penal.<sup>14</sup> Posteriormente, sobre essa pena-base incidirão as atenuantes e agravantes genéricas (2.ª fase), bem como as causas de diminuição ou de aumento da pena (3.ª fase).

<sup>14</sup> De acordo com o Supremo Tribunal Federal, as mesmas circunstâncias judiciais analisadas pelo juiz podem ser valoradas novamente pelo Tribunal, sob pena de restar manietada a atuação da instância superior (HC 97473/DF, rel. orig. Min. Cármen Lúcia, rel. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, 1.ª Turma, 1. 10.11.2009, noticiado no *Informativo* 567).

Nessa etapa, ainda que todas as circunstâncias sejam extremamente favoráveis ao réu, a pena-base não pode ser inferior ao mínimo abstratamente cominado ao crime. E, de igual modo, mesmo sendo as circunstâncias judiciais inteiramente contrárias ao acusado, a pena-base deve respeitar o máximo legalmente previsto. Em suma, o juiz está adstrito aos parâmetros legais, não podendo ultrapassá-los.

Essas circunstâncias são também conhecidas como **inominadas**, porque a lei não lhes fornece nomenclatura específica, ao contrário do que fez com as circunstâncias legais. Têm caráter **residual ou subsidiário**, pois apenas podem ser utilizadas quando não configurarem elementos do tipo penal,<sup>15</sup> qualificadoras ou privilégios, agravantes ou atenuantes genéricas, ou ainda causas de aumento ou de diminuição da pena, todas elas preferenciais pelo fato de terem sido expressamente definidas em lei.

Em razão disso, o julgador, ao determinar a quantidade de pena aplicável, deve ter a prudência de evitar o *bis in idem* como corolário da utilização, ainda que impensada, por duas ou mais vezes, de uma mesma circunstância para elevar a reprimenda. Frise-se o caráter residual ou subsidiário das circunstâncias judiciais. Exemplo: em crime de lesões corporais cometido contra uma senhora de 90 (noventa) anos de idade, o magistrado fundamenta a exasperação da pena-base em decorrência da covardia e da superioridade de forças do agente. Depois, impõe na segunda fase a agravante genérica contida no art. 61, II, "h", do Código Penal (crime contra pessoa maior de 60 anos). É patente a dupla punição pelo mesmo fato, pois tais circunstâncias são insitas ao crime praticado contra a pessoa idosa. Não podem funcionar simultaneamente como circunstância judicial e agravante genérica.

Quando o preceito secundário do tipo penal cominar penas alternativas (exemplo: detenção ou multa), o magistrado deve, previamente à dosimetria da pena, optar por qual delas irá aplicar. E se o crime imputado for qualificado, inicia-se a fixação da pena-base a partir da pena correspondente à qualificadora.

Na hipótese de estarem presentes duas ou mais qualificadoras (exemplo: homicídio qualificado pelo motivo torpe, pelo meio cruel e pelo recurso que dificultou a defesa do ofendido – CP, art. 121, § 2.º, I, III e IV), o magistrado deve utilizar uma delas para qualificar o crime, e as demais como agravantes genéricas, na segunda fase, desde que encontrem correspondência nos arts. 61 e 62 do Código Penal. Em outras palavras, a circunstância que funciona como qualificadora do crime deve ser também prevista como agravante genérica.

<sup>15</sup> O Supremo Tribunal Federal, a propósito, entendeu caracterizar *bis in idem* a elevação da pena-base imposta contra delegado da polícia federal condenado por peculato e concussão, em razão da qualidade de funcionário público (HC 88.545/SP, rel. Min. Eros Grau, 2.ª Turma, j. 12.06.2007, noticiado no Informativo 471).

E se não houver essa correspondência, as demais qualificadoras passam a funcionar como circunstâncias judiciais desfavoráveis, incidindo na fixação da pena-base (1.<sup>a</sup> base).<sup>16</sup>

Mas também há posicionamentos sustentando que, em qualquer hipótese, as demais qualificadoras atuam como circunstâncias judiciais desfavoráveis, influenciando na dosimetria da pena-base (1.<sup>a</sup> fase).

E, finalmente, há entendimento minoritário no sentido de que, na pluralidade de qualificadoras, somente uma pode ser empregada pelo julgador desprezando-se as demais, pois a função a elas correlata (aumentar a pena em abstrato) já foi desempenhada. Essa posição encontra forte resistência, uma vez que a sua aplicação prática viola o princípio da isonomia constitucionalmente consagrado. De fato, pessoas em situação diversa receberiam igual tratamento pelo magistrado responsável pela fixação da pena privativa de liberdade.

O art. 59, *caput*, do Código Penal contém 8 (oito) circunstâncias judiciais, as quais devem ser enfrentadas pelo magistrado fundamentadamente, sob pena de nulidade da sentença. Não é suficiente a indicação genérica dessas circunstâncias. Exige-se a análise específica de cada uma delas, reportando-se o julgador aos elementos dos autos da ação penal relativos a elas. De fato, se a pena-base for majorada sem fundamentação, estará configurado o **excesso de pena**,<sup>17</sup> reclamando sua diminuição pela instância superior. Convencionou-se chamar-se essa tarefa judicial de **redimensionamento da pena**.<sup>18</sup>

Somente quando todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis ao réu a pena deve ser fixada no mínimo legal. Em verdade, se uma delas lhe for desfavorável, o juiz deve elevá-la acima do piso. E, nesse contexto, se todas ou quase todas as circunstâncias inominadas apresentarem-se como prejudiciais ao acusado, nada impede a imposição da pena máxima. Todavia, instalou-se na prática forense o raciocínio equivocado pelo qual a pena-base equivale à pena mínima, o que não se compactua com o espírito da legislação penal.

Em consonância com a **cultura da pena mínima** reinante no Brasil, a jurisprudência se firmou no sentido de que, quando imposta a reprimenda em seu patamar mínimo, prescinde-se de fundamentação judicial. É a posição consolidada inclusive no Supremo Tribunal Federal: “A jurisprudência do Supremo é assente no sentido de não reconhecer a nulidade do tópico da

<sup>16</sup> Vê-se que todas as circunstâncias legais que qualificam o homicídio (CP, art. 121, § 2.º, I a V) funcionam como agravantes genéricas para os demais crimes (CP, art. 61, II, “a”, “b”, “c” e “d”).

<sup>17</sup> STJ: HC 41.190-RJ, rel. Min. Nilson Naves, 6.ª Turma, j. 17.10.2006, noticiado no *Informativo* 301.

<sup>18</sup> STF: HC 99.436/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, 1.ª Turma, j. 26.10.2010, noticiado no *Informativo* 606; e RHC 90.525/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1.ª Turma, j. 08.05.2007, noticiado no *Informativo* 466.

decisão que, como na espécie, fixa a pena no mínimo legal, haja vista não haver como se comprovar qualquer prejuízo ao réu".<sup>19</sup>

Discordamos dessa ideia, pois, além do direito do réu acerca da fundamentação, existe também o direito da sociedade em saber as razões que levaram o Poder Judiciário a aplicar a pena privativa de liberdade em seu patamar mínimo. O Direito Penal constitui-se em ramo do Direito Público, e, portanto, insuscetível de ser moldado apenas pelo interesse de uma das partes (réu) da relação processual. Para nós, a aplicação da pena deve ser sempre suficientemente motivada, nos moldes do art. 93, IX, da Constituição Federal, independentemente da sua quantidade em concreto.

É necessário, na fixação da pena-base, o respeito ao **princípio da proporcionalidade**, evidenciado pela relação lógica entre o número de circunstâncias judiciais prejudiciais ao réu e a elevação da pena mínima legalmente prevista. Na linha de raciocínio do Supremo Tribunal Federal:

Consignou que as circunstâncias judiciais (CP, art. 59) são alvo de críticas por parte da doutrina e da própria jurisprudência quanto à indeterminação do seu conteúdo e quanto à falta de parâmetros objetivos para o cálculo da pena-base. Aduziu a necessidade de observância da proporcionalidade entre a pena-base aplicada e as circunstâncias judiciais valoradas, a partir das peculiaridades do caso concreto, pelo julgador. No ponto, asseverou que a proporcionalidade seria estabelecida entre a quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao agente e a majoração da pena mínima definida no tipo penal.<sup>20</sup>

Vejamos cada uma das circunstâncias judiciais elencadas pelo art. 59, *caput*, do Código Penal.<sup>21</sup> Algumas dizem respeito ao **agente** (antecedentes, conduta social, personalidade e motivos do crime), e outras se relacionam à **infração penal** (circunstâncias, consequências e comportamento do ofendido). Finalmente, a culpabilidade tem **natureza genérica**, pois, como será analisado, é formada pela somatória das demais circunstâncias judiciais.

### 34.9.1. Culpabilidade

A partir da Reforma da Parte Geral do Código Penal pela Lei 7.209/1984, essa circunstância judicial substituiu as expressões "intensidade do dolo" e "grau da culpa", previstas originariamente no art. 42 do Código Penal

<sup>19</sup> E mesmo sem fundamentação da decisão judicial, a defesa somente teria interesse em questionar sua nulidade na presença de causa de diminuição da pena, pois nessa hipótese a pena poderia ser reduzida abaixo do mínimo legal (HC 92.322/PA, rel. Min. Cármen Lúcia, 1.ª Turma, j. 11.12.2007, noticiado no *Informativo* 492).

<sup>20</sup> HC 97.056/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 13.10.2009, noticiado no *Informativo* 563.

<sup>21</sup> Para o Supremo Tribunal Federal, o ordenamento jurídico brasileiro não admite, como circunstâncias judiciais, a necessidade e a suficiência da pena (HC 88.422/RS, rel. Min. Carlos Brito, 1.ª Turma, j. 20.03.2007, noticiado no *Informativo* 460).



como relevantes para a aplicação da pena-base. Agiu, nesse passo, corretamente o legislador, pois com a adoção do sistema finalista, o dolo e a culpa passaram a ser considerados no interior da conduta, integrando a estrutura do fato típico. Destarte, tais elementos não mais se relacionam com a aplicação da pena.

A culpabilidade deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade, como o juízo de censura que recai sobre o responsável por um crime ou contravenção penal, no intuito de desempenhar o papel de pressuposto de aplicação da pena. E, nesse ponto, equivocou-se o legislador, pois todos os envolvidos em uma infração penal, desde que culpáveis, devem ser punidos. Destarte, a culpabilidade relaciona-se com a possibilidade de aplicação da pena, mas não com a sua dosimetria.

Portanto, teria sido mais feliz o legislador se tivesse utilizado a expressão “grau de culpabilidade” para transmitir a ideia de que todos os agentes culpáveis, autores ou partícipes de um ilícito penal, serão punidos, mas os que agiram de modo mais reprovável suportarão penas mais elevadas.

Em face desse equivoco, entende-se que a culpabilidade é o conjunto de todas as demais circunstâncias judiciais unidas. Assim, antecedentes + conduta social + personalidade do agente + motivos do crime + circunstâncias do delito + consequências do crime + comportamento da vítima = culpabilidade maior ou menor.<sup>22</sup>

### 34.9.2. Antecedentes

São os dados atinentes à **vida pregressa** do réu na seara criminal. Dizem respeito a todos os fatos e acontecimentos que envolvem o seu passado criminal, bons ou ruins. Em suma, os antecedentes se revelam como o “filme” de tudo o que ele fez ou deixou de fazer antes de envolver-se com o ilícito penal, desde que contidos em sua folha de antecedentes.

Todos os demais fatores relacionados à sua vida pretérita, que não os indicados na folha de antecedentes, devem ser analisados no âmbito da **conduta social**, também circunstância judicial prevista no art. 59, *caput*, do Código Penal.

E o que são **maus** antecedentes?

O Supremo Tribunal Federal, no plano histórico, sempre entendeu que todos os inquéritos policiais e ações penais contidas na folha de antecedentes do réu poderiam caracterizar maus antecedentes, ainda que estivessem em curso, é dizer, mesmo sem condenação transitada em julgado.<sup>23</sup> Isso porque

<sup>22</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 174.

<sup>23</sup> HC 95.585/SP, rel. Min. Ellen Gracie, 2.ª Turma, j. 11.11.2008, noticiado no *Informativo* 528, AO 1.046/RR, rel. Min. Joaquim Barbosa, Plenário, j. 23.04.2007, noticiado no *Informativo* 464, e HC 84.088/MS,

uma anotação criminal não surge imotivadamente na vida de alguém, e, quando existente, representa um antecedente negativo no aspecto criminal.

Contudo, o Pretório Excelso tende a modificar sua jurisprudência, pois ultimamente tem decidido que maus antecedentes são unicamente as condenações definitivas que não caracterizam reincidência, seja pelo decurso do prazo de 5 anos após a extinção da pena (CP, art. 64, I), seja pela condenação anterior ter sido lançado em consequência de crime militar próprio ou político (CP, art. 64, II), seja finalmente pelo fato de o novo crime ter sido cometido antes da condenação definitiva por outro delito. Vale a pena conferir o seguinte julgado:

Processos penais em curso, ou inquéritos policiais em andamento ou, até mesmo, condenações criminais ainda sujeitas a recurso não podem ser considerados, enquanto episódios processuais suscetíveis de pronunciamento absolutório, como elementos evidenciadores de maus antecedentes do réu.<sup>24</sup>

No Superior Tribunal de Justiça, porém, prevalece entendimento diverso. Responder a processo criminal não significa ter maus antecedentes, uma vez que só se considera o réu culpado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Além disso, o agente não pode ser prejudicado pela simples existência de inquéritos policiais, em curso ou arquivados, ou de ação penal, em andamento ou com a pretensão punitiva julgada improcedente por insuficiência de provas.<sup>25</sup> Essa posição restou consolidada na Súmula 444 do STJ: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

### 34.9.3. Conduta social

É o **estilo de vida** do réu, correto ou inadequado, perante a sociedade, sua família, ambiente de trabalho, círculo de amizades e vizinhança etc.

Deve ser objeto de questionamento do magistrado tanto no interrogatório como na colheita da prova testemunhal. Se necessária para a busca da verdade real, pode ser ainda determinada a avaliação do acusado pelo Setor Técnico do Juízo (avaliação social e psicológica).

rel. orig. Min. Gilmar Mendes, rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 2.<sup>a</sup> Turma, j. 29.11.2005, noticiado no *Informativo* 411.

<sup>24</sup> HC 97.665/RS, rel. Min. Celso de Mello, 2.<sup>a</sup> Turma, j. 04.05.2010, noticiado no *Informativo* 585.

<sup>25</sup> REsp 696.038/RJ, rel. Min. Paulo Gallotti, 6.<sup>o</sup> Turma, j. 06.05.2008; HC 98.843/MG, rel. Min. Laurita Vaz, 5.<sup>a</sup> Turma, j. 22.04.2008; HC 56.416-RJ, rel. Min. Nilson Naves, 6.<sup>o</sup> Turma, j. 27.09.2007, noticiado no *Informativo* 333; HC 72.389/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5.<sup>a</sup> Turma, j. 14.08.2007; e HC 100.848/MS, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 6.<sup>o</sup> Turma, j. 22.04.2008. Nesse último acórdão, decidiu-se ainda que inquéritos policiais e ações penais em andamento, além de não configurarem maus antecedentes, também não constituem má conduta social nem personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo.

#### 34.9.4. Personalidade do agente

É o perfil subjetivo do réu, nos aspectos moral e psicológico, pelo qual se analisa se tem ou não o caráter voltado à prática de infrações penais.

#### 34.9.5. Motivos do crime

São os fatores psíquicos que levam a pessoa a praticar o crime ou a contravenção penal.

Só tem cabimento essa circunstância judicial (favorável ou desfavorável ao réu) quando a motivação do crime não caracterizar qualificadora, causa de diminuição ou de aumento da pena, ou atenuante ou agravante genérica. Exemplo: o motivo fútil é qualificadora do homicídio (CP, art. 121, § 2.º, II) e agravante genérica para os demais crimes (CP, art. 61, II, “a”). Destarte, se fútil o motivo, será utilizado como qualificadora ou agravante genérica, conforme o caso, e não como circunstância judicial desfavorável, evitando-se o *bis in idem*.

Os motivos do crime não se confundem com o dolo e a culpa. Aqueles são dinâmicos, mutáveis, desvinculados do tipo penal e revelam os desejos do agente. Podem ou não ser alcançados com a prática da infração penal. Exemplo: “A” mata “B”, seu colega de trabalho, com o propósito de conseguir a única vaga de chefe da empresa (motivo torpe). No entanto, “C”, até então desconhecido, vem a ser promovido ao disputado cargo. O dolo e a culpa, alocados no fato típico, por outro lado, são estáticos e vinculados ao tipo penal, e é irrelevante para sua caracterização o móvel da conduta. Exemplo: “A” efetua disparos de arma de fogo contra “B”, matando-o. Seja qual for o motivo, o dolo está configurado.

#### 34.9.6. Circunstâncias do crime

São os dados acidentais, secundários, relativos à infração penal, mas que não integram sua estrutura, tais como o modo de execução do crime, os instrumentos empregados em sua prática, as condições de tempo e local em que ocorreu o ilícito penal, o relacionamento entre o agente e o ofendido etc. Não há lugar para a gravidade abstrata do crime, pois essa circunstância já foi levada em consideração pelo legislador para a cominação das penas mínima e máxima.<sup>26</sup>

Vinculam-se, necessariamente, ao aumento da pena, pois as circunstâncias favoráveis ao réu devem ser aceitas como atenuantes genéricas inominadas, na forma do art. 66 do Código Penal: “A pena poderá ser ainda atenuada

<sup>26</sup> STF: HC 92.274/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 19.02.2008.

em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”. Justifica-se essa conclusão pela natureza residual das circunstâncias judiciais.

#### 34.9.7. Consequências do crime

Envolvem o conjunto de efeitos danosos provocados pelo crime, em desfavor da vítima, de seus familiares ou da coletividade. Constitui, em verdade, o exaurimento do delito.

Essa circunstância judicial deve ser aplicada com atenção: em um crime de estupro, exemplificativamente, o medo provocado na pessoa (homem ou mulher) vitimada é consequência natural do delito, e não pode funcionar como fator de exasperação da pena, ao contrário do trauma certamente causado em seus filhos menores quando o crime é por eles presenciado.

#### 34.9.8. Comportamento da vítima

É a atitude da vítima, que tem o condão de provocar ou facilitar a prática do crime. Cuida-se de circunstância judicial ligada à **vitimologia**, isto é, ao estudo da participação da vítima e dos males a ela produzidos por uma infração penal.

Nesse sentido, aquele que abertamente manuseia grande quantidade de dinheiro em um ônibus, por exemplo, incentiva a prática de furtos ou roubos por ladrões. E a mulher que, interessada em lucros fáceis, presta favores sexuais mediante remuneração em estabelecimento pertencente a outrem, colabora para o crime de favorecimento da prostituição, tipificado pelo art. 230 do Código Penal.

Fácil concluir, portanto, que se trata de circunstância judicial favorável ao réu.

### 34.10. A SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA: AGRAVANTES E ATENUANTES GENÉRICAS

Agravantes e atenuantes genéricas são circunstâncias legais, de natureza objetiva ou subjetiva, não integrantes da estrutura do tipo penal, mas que a ele se ligam com a finalidade de aumentar ou diminuir a pena.

Recebem essa nomenclatura (“genéricas”) por estarem previstas, no Código Penal, exclusivamente em sua Parte Geral. É de se ressaltar, contudo, a existência de agravantes e atenuantes em leis especiais, tal como se verifica no art. 298 da Lei 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro) em relação

aos crimes de trânsito (agravantes) e no art. 14 da Lei 9.605/1998 no tocante aos crimes ambientais (atenuantes).

As agravantes genéricas, prejudiciais ao réu, estão previstas nos arts. 61 e 62 do Código Penal em **rol taxativo**, não se admitindo analogia *in malam partem*. Contrariamente, as atenuantes genéricas, favoráveis ao acusado, encontram-se descritas em **rol exemplificativo**. Com efeito, nada obstante o art. 65 do Código Penal apresente relação detalhada de atenuantes genéricas, o art. 66 abre grande válvula de escape ao estatuir que “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”. Destarte, qualquer **circunstância relevante e favorável ao réu**, seja anterior ou posterior ao crime, pode atuar como fator judicialmente discricionário de abrandamento da pena.

Agravantes e atenuantes genéricas são de **aplicação compulsória** pelo magistrado, que não pode deixar de levá-las em conta, quando presentes, na dosimetria da pena.

No tocante às **agravantes genéricas**, o art. 61, *caput*, do Código Penal dispõe que são “causas que **sempre agravam a pena**”, enquanto estabelece o art. 62, *caput*, do Código Penal que “a pena será ainda agravada”. Mas para evitar o *bis in idem*, veda-se a sua utilização quando já funcionarem como elementar do tipo penal, ou ainda como qualificadora ou causa de aumento da pena.

Ademais, as agravantes genéricas serão inócuas, ainda que muitas delas estejam presentes, quando a pena-base já tiver sido fixada no máximo legalmente previsto. Com efeito, embora sempre agravem a pena, tais circunstâncias não podem elevá-la acima do teto cominado em abstrato, pois não integram a estrutura típica e, como o legislador não previu expressamente o percentual de exasperação da pena, a atividade judicial que criasse uma nova reprimenda para determinada infração penal violaria o princípio da separação de poderes do Estado (CF, art. 2.º), uma vez que estaria inovando no plano legislativo.

Especificamente em relação aos crimes dolosos contra a vida, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de não ser possível a formulação de quesitos sobre agravantes simples, quando estas sejam definidas na lei penal como qualificativas do delito e não foram reconhecidas na pronúncia.<sup>27</sup> Essa posição, instituída à época em que estava em vigor o antigo rito do Tribunal do Júri, certamente será mantida com a sistemática instituída no Código de Processo Penal pela Lei 11.689/2008 (novo procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri), com a ressalva de que agora as agravantes e atenuantes genéricas não são mais

<sup>27</sup> HC 90.625/AL, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1.ª Turma, j. 26.06.2007, noticiado no *Informativo* 473.

indagadas aos jurados, mas aplicadas diretamente pelo juiz presidente (CPP, art. 492, I, “b”).

O Código Penal, em seu art. 61, I, trata da reincidência, agravante genérica cuja amplitude e complexidade reclamam análise isolada.

No inciso II, o art. 61 elenca diversas agravantes genéricas e, de acordo com o posicionamento dominante nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial, aplicam-se exclusivamente aos **crimes dolosos**, já que seria incompatível a incidência nos crimes culposos, não se justificando a elevação da pena quando produzido involuntariamente o resultado naturalístico.

Já decidiu o Supremo Tribunal Federal, contudo, no julgamento histórico do navio *Bateau Mouche*, que tais agravantes também recaem sobre os crimes culposos. Confira-se:

Não obstante a corrente afirmação apodíctica em contrário, além da reincidência, outras circunstâncias agravantes podem incidir na hipótese de crime culposo: assim, as atinentes ao motivo, quando referidas à valoração da conduta, a qual, também nos delitos culposos, é voluntária, independentemente da não voluntariedade do resultado: admissibilidade, no caso, da afirmação do motivo torpe – a obtenção do lucro fácil –, que, segundo o acórdão condenatório, teria induzido os agentes ao comportamento imprudente e negligente de que resultou o sinistro.<sup>28</sup>

Finalmente, o art. 62 do Código Penal cuida das agravantes no concurso de pessoas.

As **atenuantes genéricas** também são de **incidência obrigatória**. De fato, diz o art. 65, *caput*, que “são circunstâncias que sempre atenuam a pena”. Consequentemente, quando presentes devem ser aplicadas pelo juiz, salvo quando já funcionarem como causa de diminuição da pena.

Além disso, as atenuantes genéricas, ainda que existam muitas delas no caso concreto, serão ineficazes quando a pena-base (1.ª fase) for fixada no mínimo legal. Como não integram a estrutura do tipo penal, e não tiveram o percentual de redução previsto expressamente pelo legislador, a aplicação da pena fora dos parâmetros legais representaria intromissão indevida do Poder Judiciário na função legiferante. Tais motivos levaram o Superior Tribunal de Justiça a editar a **Súmula 231**: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> HC 70.362-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1.ª Turma, j. 05.10.1995.

<sup>29</sup> É também o entendimento do Supremo Tribunal Federal: “Como assentado em precedentes da Suprema Corte, a presença de atenuantes não pode levar a pena a ficar abaixo do mínimo, e a de agravantes também não pode levar a pena a ficar acima do máximo previsto no tipo penal básico ou qualificado” (HC 93.071/RS, rel. Min. Menezes Direito, 1.ª Turma, j. 18.03.2008. E ainda: RE 597.270 QO/RS, rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, j. 26.03.2009, noticiado no *Informativo* 540; e HC 87.263/MS, rel. Min.

Recorde-se que as atenuantes genéricas estão previstas no Código Penal em **rol exemplificativo**, porque, além das expressamente definidas pelo art. 65, o art. 66 consagra as **atenuantes inominadas**, não indicadas pela lei.

Como já mencionado, a lei não estabelece o percentual de aumento ou de diminuição da pena no tocante às agravantes ou atenuantes genéricas. Na prática forense, todavia, consagrou-se o entendimento de que o aumento deve ser de **1/6 (um sexto) sobre a pena-base**, por se tratar do menor índice estipulado pela legislação penal (Código Penal e leis especiais) para as causas de aumento e de diminuição da pena.

Vejamos cada uma das agravantes e atenuantes genéricas.

### 34.10.1. Reincidência (art. 61, I, do CP)

#### 34.10.1.1. Introdução

A pena, no Brasil, apresenta uma dupla finalidade: retributiva e preventiva. Essa última divide-se em geral e especial.

A prática de uma nova infração penal, com a caracterização da reincidência (também chamada de recidiva), revela o não cumprimento da pena quanto às suas finalidades. Falhou na tarefa **retributiva**, pois o condenado não se atemorizou suficientemente com o castigo, ao ponto de descumprir novamente a lei penal, suportando o risco de ser mais uma vez privado de sua liberdade ou de seus bens. A pena mostrou-se insuficiente, justificando uma nova punição, agora mais grave.

Por esse motivo, não se pode falar em dupla punição pelo mesmo fato. O reincidente não é punido duas vezes pelo mesmo fato. Ao contrário, já foi apenado pelo crime anterior, pressuposto da reincidência, e posteriormente pelo novo delito, com a pena agravada. Trata-se, isso sim, de punição mais rigorosa daquele que novamente demonstrou não se intimidar com a autoridade estatal. Como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que, sendo o réu reincidente, a agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, é de aplicação obrigatória. Não há falar-se em *bis in idem* se, em obediência ao art. 61, inciso I, do Código Penal, aumentou-se a pena sob o fundamento de ser o réu reincidente. A reincidência, fruto da maior periculosidade do condenado, faz com que haja um agravamento da sanção, não se estando a punir o mesmo comportamento duas vezes, reconhecendo, sim, que a reiteração delitosa é reveladora da necessidade de um apenamento mais rigoroso.<sup>30</sup>

Ricardo Levandowski (decisão monocrática), noticiado no *Informativo* 434, e HC 70.883/SP, rel. Min. Celso de Mello, 2.ª Turma, j. 24.06.1994.

<sup>30</sup> AgRg no REsp 1.017.755/RS, rel. Min. Paulo Gallotti, 6.ª Turma, j. 29.04.2008. No mesmo sentido: REsp 713.813/RS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6.ª Turma, j. 27.09.2007; e AgRg no REsp 916.657/RS, rel.

Não se trata, portanto, de nova punição a fato já punido.<sup>31</sup>

E, além disso, a pena também deixou a desejar na missão de **prevenção especial**, revelando não ter ressocializado satisfatoriamente seu destinatário. É o fracasso do Estado no cumprimento de uma finalidade que lhe foi constitucional e legalmente atribuída, mas que, por motivos diversos e de conhecimento notório, não é desempenhada a contento.

Destarte, o **fundamento** da reincidência é claro e muito bem reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal: o recrudescimento da pena resulta da opção do agente por continuar a delinquir.<sup>32</sup>

#### 34.10.1.2. Conceito

Em conformidade com o **art. 63 do Código Penal**: “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitado em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

Cuida-se, assim, da prática de novo crime depois da condenação definitiva, no Brasil ou no exterior, pela prática de crime anterior.

#### 34.10.1.3. Requisitos

Da análise do art. 63 do Código Penal despontam três requisitos imprescindíveis para a configuração da reincidência, **ordenados cronologicamente**:

- a) um crime, cometido no Brasil ou em outro país;
- b) condenação definitiva, isto é, com trânsito em julgado, por esse crime; e
- c) prática de novo crime.

Destarte, a reincidência depende, obrigatoriamente, de ao menos dois crimes: um anterior, em cuja ação penal já foi proferida sentença condenatória, com seu respectivo trânsito em julgado, e outro posterior ao trânsito em julgado. Com a prática desse novo crime será tratado como reincidente, com todas as consequências rigorosas daí decorrentes.

Portanto, somente existe reincidência quando o novo crime tiver sido praticado depois do trânsito em julgado da condenação anterior. Logo, se for cometido na data do trânsito em julgado, não estará caracterizada a re-

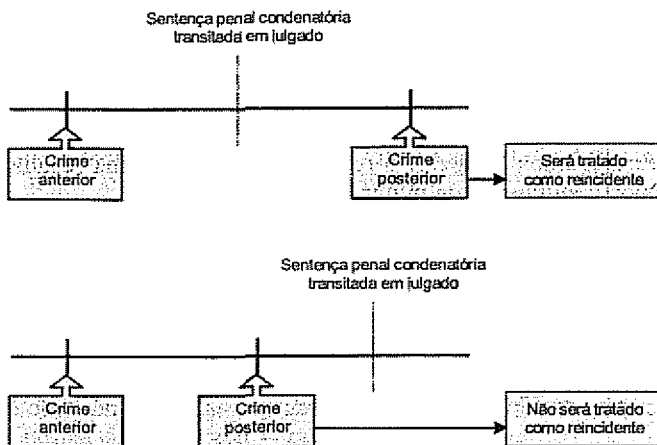
Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 6.ª Turma, j. 15.04.2008.

<sup>31</sup> STF: HC 91.688/RS, rel. Min. Eros Grau, 2.ª Turma, j. 14.08.2007, noticiado no *Informativo* 476.

<sup>32</sup> HC 93.194/RS, rel. Min. Eros Grau, 2.ª Turma, j. 12.02.2008.



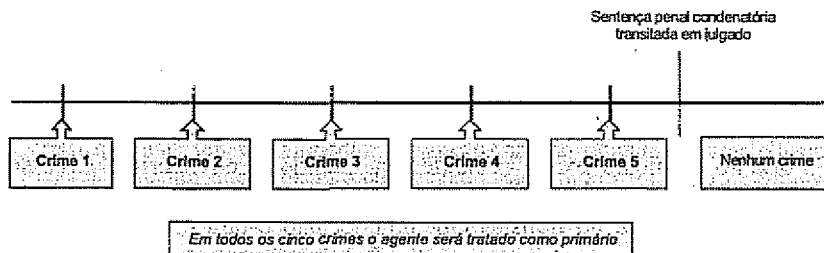
cidiva. E, ainda, não haverá reincidência se o agente praticar os dois crimes na mesma ocasião e forem julgados pela mesma sentença.<sup>33</sup>



Pouco importa tenha sido o crime que resultou na condenação definitiva praticado no Brasil ou no estrangeiro. E, a propósito, para a caracterização da reincidência, a sentença estrangeira **não precisa ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça**, como se extrai do art. 9.º do Código Penal. Basta a prova de que foi proferida judicialmente e transitou em julgado.

Mas desaparece a reincidência quando a condenação que a justifica teve seu trânsito em julgado desconstituído judicialmente.<sup>34</sup>

Pode acontecer uma situação curiosa: o agente possuir contra si diversas condenações definitivas no campo penal, e ainda assim ser primário. Esse fenômeno ocorre quando, nada obstante as múltiplas sentenças condenatórias transitadas em julgado, ainda não praticou nenhum delito após a primeira condenação definitiva, ou seja, todos os crimes praticados pelo indivíduo antecederam a primeira sentença condenatória transitada em julgado.



<sup>33</sup> FARIA, Bento. *Código Penal brasileiro comentado*. Rio de Janeiro: Record, 1961. v. III, p. 44.

<sup>34</sup> STF: RHC 88.022/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1.ª Turma, j. 28.03.2006.

## 34.10.1.3.1 Crime e contravenção penal: relação para fins de reincidência

Estabelece o art. 7.º do Decreto-lei 3.688/1941 – Lei das Contravenções Penais:

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.

A combinação desse dispositivo com o art. 63 do Código Penal permite as seguintes conclusões:

- a) a condenação definitiva no exterior, pela prática de contravenção penal, não serve no Brasil, em nenhuma hipótese, como pressuposto da reincidência;
- b) é reincidente o agente que, depois do trânsito em julgado de uma condenação por crime (no Brasil ou no estrangeiro) ou contravenção penal (no Brasil), cometer novo crime (aqui ou no estrangeiro) ou contravenção penal (no Brasil);
- c) é reincidente aquele que, após o trânsito em julgado de uma condenação no Brasil, pela prática de contravenção penal, cometer nova contravenção penal; e
- d) não é reincidente o sujeito que, depois do trânsito em julgado da condenação, no Brasil, por contravenção penal, praticar, no Brasil ou no estrangeiro, novo crime. Não se caracteriza a reincidência, portanto, na hipótese em que o agente decide enveredar por uma infração penal mais grave, deixando de ser mero contraventor para se tornar criminoso. O fundamento dessa brecha é a falha legislativa que, lamentavelmente, insiste-se em manter.

As conclusões podem ser assim esquematizadas:

Infração penal anterior	Infração penal posterior	Resultado
Crime	Crime	Reincidente
Contravenção penal	Contravenção penal	Reincidente
Crime	Contravenção penal	Reincidente
Contravenção penal	Crime	Primário

#### 34.10.1.3.2. Pena aplicada ao responsável pelo crime anterior e reincidência

Para a caracterização da reincidência basta o trânsito em julgado da condenação resultante da prática de um crime anterior. O art. 63 do Código Penal não permite qualquer distinção em face da pena imposta. Portanto, é irrelevante a espécie de pena aplicada: privativa de liberdade, que pode ou não ter sido substituída por restritiva de direitos, ou multa.

Destarte, não pode ser acolhido o argumento de que a condenação exclusiva à pena de multa não gera reincidência. Essa posição, sem amparo doutrinário ou jurisprudencial, mas utilizada em casos práticos, funda-se em duas premissas: a) a pena pecuniária é de pouca importância, e não teria forças para ensejar a recidiva; e b) o art. 77, § 1.º, do Código Penal diz que a condenação anterior à pena de multa não impede o *sursis*, e, por esse motivo, a aplicação exclusiva da pena pecuniária não configura a reincidência, pois o *sursis* não é cabível ao reincidente (CP, art. 77, I).

#### 34.10.1.4. Natureza jurídica

Trata-se de circunstância **agravante genérica** (CP, art. 61, I). Incide na segunda fase da aplicação da pena privativa de liberdade.

Além disso, é de caráter **subjetivo** ou **pessoal**, pois se relaciona à figura do agente, e não ao fato. Não se comunica aos demais coautores ou partícipes.

#### 34.10.1.5. Prova da reincidência

Há duas posições sobre a forma pela qual se prova a recidiva:

**1.ª posição:** Exige-se certidão, expedida pelo cartório judicial, acerca da condenação anterior, com todos os seus detalhes. É a posição majoritária, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, sob o argumento de que folha de antecedentes pode ser incompleta, além de apresentar diversos equívocos, pois não é emitida diretamente pelo juízo responsável pela condenação.<sup>35</sup>

**2.ª posição:** Basta a juntada aos autos da ação penal da folha de antecedentes, pois dela consta a condenação anterior. O Supremo Tribunal Federal já acolheu esse entendimento:

<sup>35</sup> HC 100.848/MS, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 6.ª Turma, j. 22.04.2008.

A legislação pátria não exige documento específico para que seja comprovada a reincidência do agente. (...) Enfatizou-se que, no caso, a folha de antecedentes, expedida por órgão policial, seria idônea a demonstrá-la, por conter todas as informações necessárias para isso, além de ser um documento público com presunção *uris tantum* de veracidade.<sup>36</sup>

#### 34.10.1.6. Espécies

Em relação à **necessidade de cumprimento da pena imposta pela condenação anterior**, a reincidência pode ser real ou presumida.

**Reincidência real, própria ou verdadeira** é a que ocorre quando o agente comete novo crime depois de ter cumprido integralmente a pena imposta como decorrência da prática do crime anterior.

**Reincidência presumida, ficta, imprópria ou falsa**, por sua vez, é a que ocorre quando o sujeito pratica novo crime depois da condenação definitiva pela prática de crime anterior, pouco importando tenha sido ou não cumprida a pena.

O Código Penal em vigor filiou-se à **reincidência presumida**. É suficiente, para alguém ser tratado como reincidente, a prática de novo crime depois do trânsito em julgado da condenação anterior.

Em outro plano, relativo às **categorias dos crimes**, a reincidência pode ser genérica ou específica.

Na **reincidência genérica**, os crimes praticados pelo agente são previstos por tipos penais diversos. Exemplo: "A" comete um furto, pelo qual é condenado com trânsito em julgado, e, posteriormente, pratica um estupro. É reincidente genérico.

De seu turno, na **reincidência específica** os dois ou mais crimes perpetrados pelo agente encontram-se definidos pelo mesmo tipo penal. Exemplo: "B" pratica um roubo, e, depois de definitivamente condenado, comete outro roubo. É reincidente específico.

A legislação penal brasileira, segundo a tendência mundial, trata as duas situações de modo análogo. Os efeitos, em regra, são idênticos, seja genérica ou específica a reincidência.<sup>37</sup>

Em algumas raras situações, todavia, a reincidência específica comporta tratamento diferenciado.

<sup>36</sup> HC 103.969/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 21.09.2010, noticiado no *Informativo* 601.

<sup>37</sup> Antes da reforma da Parte Geral pela Lei 7.209/1984, o Código Penal preceituava que estava presente a reincidência específica quando da mesma natureza os crimes. E consideravam-se crimes da mesma natureza os previstos no mesmo dispositivo legal, bem como os que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentassem, pelos seus fatos constitutivos ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns. As consequências da reincidência específica eram a aplicação da pena privativa de liberdade acima da metade da soma do mínimo com o máximo e a aplicação da pena mais grave em qualidade, dentre as cominadas alternativamente (art. 46, § 1.º, II, e § 2.º, e art. 47, I e II).

No Código Penal, o art. 44, § 3.º, veda peremptoriamente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao reincidente específico, embora seja a medida socialmente recomendável.

É o que também se dá no livramento condicional para os crimes hediondos e equiparados, vedado para reincidente específico em crimes dessa natureza (CP, art. 83, V, acrescentado pela Lei 8.072/1990 – Lei dos Crimes Hediondos). Essa restrição foi ainda prevista expressamente aos autores dos crimes tipificados nos arts. 33, *caput* e § 1.º, e 34 a 37 da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006, art. 44, parágrafo único).

Em relação aos crimes definidos na Lei 9.503/1997 – Código de Trânsito Brasileiro, o art. 296 autoriza ao reincidente específico em crimes nela previstos, a aplicação da penalidade de suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, sem prejuízo das demais sanções penais cabíveis.

#### 34.10.1.7. *Validade da condenação anterior para fins de reincidência*

Nos termos do art. 64, I, do Código Penal:

**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 dispositivo evidencia que a partir da Reforma da Parte Geral do Código Penal pela Lei 7.209/1984 adotou-se o **sistema da temporariedade**, limitando a validade da reincidência ao período de 5 (cinco) anos. É o que se convencionou chamar de **período depurador**, ou **caducidade da condenação anterior para fins de reincidência**.<sup>38</sup>

Na redação original do Código Penal acolhia-se o **sistema da perpetuidade**, pelo qual o estigma da reincidência jamais seria desvinculado da pessoa do criminoso.<sup>39</sup>

O quinquídio deve ser contado entre a extinção da pena resultante do crime anterior – pelo seu cumprimento ou por qualquer outro motivo – e a **prática do novo crime**, sendo irrelevante a data da sentença proferida como sua decorrência. Leva-se em conta a data em que a pena foi efetivamente extinta, pouco importando o dia em que foi proferida a decisão judicial declaratória da extinção da punibilidade.

<sup>38</sup> Nada obstante, transcorrido esse prazo a sentença condenatória subsiste como mau antecedente, influndo na dosimetria da pena-base (CP, art. 59, *caput*).

<sup>39</sup> LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. II, p. 280 e ss.

Computa-se nesse prazo de 5 (cinco) anos o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação. Nessas hipóteses, o prazo é contado do início do período de prova, que flui a partir da audiência admonitória, e não da extinção da pena, que somente se opera com o fim do período de prova. Destarte, se o condenado cumpre o *sursis* por 4 (quatro) anos, sem revogação, ao final do período de prova o juiz deverá declarar extinta a pena privativa de liberdade (CP, art. 82), e ele precisará somente de mais 1 (um) ano para que essa condenação não seja mais apta a caracterizar a reincidência.

#### 34.10.1.8. Extinção da punibilidade do crime anterior

A questão que se coloca é a seguinte: **Com a extinção da punibilidade do crime anterior, desaparece o pressuposto da reincidência?**

Depende de dois fatores: o momento em que ocorreu a causa extintiva da punibilidade e a espécie de causa de extinção da punibilidade.

Com efeito, se a causa de extinção da punibilidade ocorreu antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, o crime anterior não subsiste para fins de reincidência. Essa conclusão é evidente, até mesmo porque, nesse caso, não existe condenação definitiva. É o que se dá, por exemplo, com a prescrição da pretensão punitiva.

Por outro lado, se a extinção da punibilidade efetivou-se após o trânsito em julgado da condenação, a sentença penal continua apta a caracterizar a reincidência, tal como ocorre na prescrição da pretensão executória. Essa regra, entretanto, comporta duas exceções: anistia e *abolitio criminis*.

Nesses casos, desfaz-se a própria condenação, pois são veiculadas por meio de lei, que torna atípico o fato até então incriminado (*abolitio criminis*) ou exclui determinados fatos do raio de incidência do Direito Penal (anistia). O próprio fato praticado pelo agente deixa de ser penalmente ilícito, não se podendo, por corolário, falar-se em reincidência.

#### 34.10.1.9. Terminologias: *reincidente, primário e tecnicamente primário*

O Código Penal define somente o conceito de **reincidente**: é o sujeito que comete um novo crime depois do trânsito em julgado da sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, pela prática de crime anterior.

Destarte, o conceito de **primário** é obtido pela via residual, isto é, por exclusão. Com efeito, primário é todo aquele que não se encaixa no perfil do reincidente. Não se exige jamais tenha praticado um crime: basta que não tenha cometido um crime depois do trânsito em julgado de uma condenação anterior.

Em sede jurisprudencial, contudo, criou-se a figura do **tecnicamente primário**, que seria a pessoa que possui condenação definitiva, sem ser

reincidente. A primariedade estaria limitada aos casos em que o agente não ostenta nenhuma condenação. Em nosso sistema penal, o tecnicamente primário poderia ser visualizado em duas hipóteses: a) o sujeito possui uma ou diversas condenações definitivas, mas não praticou nenhum dos crimes depois da primeira sentença condenatória transitada em julgado; e b) o indivíduo ostenta uma condenação definitiva, e depois dela praticou um novo crime. Entretanto, entre a extinção da punibilidade do crime anterior e o novo delito decorreu período superior a 5 (cinco) anos (CP, art. 64, I).

Essa denominação, contudo, deve ser utilizada com prudência, porque não encontra amparo legal.

Fala-se, ainda, em **multirreincidente**, expressão utilizada para referir-se ao sujeito que, mais do que ser reincidente, possui três ou mais condenações transitadas em julgado.

#### 34.10.1.10. Efeitos da reincidência

A reincidência, além de constituir-se em agravante genérica, produz, entre outros, diversos efeitos desfavoráveis ao réu:

- a) na pena de reclusão, impede o início do cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semiaberto ou aberto, e, na pena de detenção, obsta o início do cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto (CP, art. 33, *caput*, e § 2.º);<sup>40</sup>
- b) quando em crime doloso, é capaz de impedir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (CP, art. 44, II);
- c) no concurso com atenuantes genéricas, possui caráter preponderante (CP, art. 67);
- d) se em crime doloso, salvo quando imposta somente a pena de multa, impede a concessão do *sursis* (CP, art. 77, I e § 1.º);
- e) autoriza a revogação do *sursis* (CP, art. 81, I e § 1.º), do livramento condicional (CP, art. 86, I e II, e art. 87) e da reabilitação, se a condenação for a pena que não seja de multa (CP, art. 95);
- f) quando em crime doloso, aumenta o prazo para a concessão do livramento condicional (CP, art. 83, II);
- g) impede o livramento condicional em crimes hediondos ou equiparados em caso de reincidência específica em crimes dessa natureza (CP, art. 83, V);
- h) se antecedente à condenação, aumenta de um terço o prazo da prescrição da pretensão executória (CP, art. 110, *caput*);

<sup>40</sup> Há exceções a essa regra. Confira-se, a propósito, o Capítulo 33, item 33.7.

- i) se posterior à condenação, interrompe a prescrição da pretensão executória (CP, art. 117, VI);
- j) impede a obtenção do furto privilegiado, da apropriação indébita privilegiada, do estelionato privilegiado e da receptação privilegiada (CP, arts. 155, § 2.º, 170, 171, § 1.º, e 180, § 5.º, *in fine*);
- k) obsta os benefícios da transação penal e da suspensão condicional do processo (Lei 9.099/1995, art. 76, § 2.º, I, e art. 89, *caput*); e
- l) autoriza a decretação da prisão preventiva, quando o réu tiver sido condenado por crime doloso (CPP, art. 313, III).

#### 34.10.1.II. Crimes militares próprios, crimes políticos e a reincidência

O art. 63 do Código Penal refere-se unicamente a “crime”. Essa é a regra: qualquer crime pode ensejar a reincidência: dolosos ou culposos, punidos com reclusão ou detenção, de elevada ou mínima gravidade, consumados e mesmo os tentados, pois a lei limita-se a dizer “crime cometido”, o que não se confunde com “crime consumado”.

Um pouco adiante, porém, seu art. 64, II, abre espaço para duas exceções, ao estatuir que, para efeito de reincidência, não se consideram os crimes militares próprios e os políticos.

**Crimes militares próprios** são os tipificados exclusivamente pelo Código Penal Militar (Decreto-lei 1.001/1969). Assim, somente podem ser praticados por quem preencha a condição específica de militar. Despontam como exemplos a deserção, o motim, a revolta e o desrespeito, entre outros.

Limita-se essa regra às hipóteses em que o agente pratica um crime militar próprio e depois um crime comum, ou, ainda, um crime militar impróprio. De fato, o art. 71 do Código Penal Militar prevê a reincidência quando o militar pratica um crime militar próprio, e, depois da condenação definitiva, comete outro crime de igual natureza.

Já os **crimes militares impróprios** são os previstos no Código Penal Militar e também pelo Código Penal, dos quais são exemplos o homicídio e o estupro. Funcionam como pressuposto da reincidência, pois foram excluídos pelo art. 64, II, a eles se aplicando a regra geral definida pelo art. 63 do Código Penal.

Também não caracteriza reincidência a condenação anterior transitada em julgado por **crime político**, que pode ser:

- a) **próprio**, ou **puro**: ofende apenas a segurança ou a organização do Estado. São os crimes contra a segurança nacional (Lei 7.170/1983). Será considerado reincidente aquele que praticar um crime político próprio e, após o trânsito em julgado, cometer outro crime de igual natureza, uma vez que a Lei de Segurança Nacional não possui norma equivalente à prevista no art. 64, I, do Código Penal.



**b) impróprio, impuro, ou relativo:** ofende a segurança ou a organização do Estado, e também um bem jurídico protegido pela legislação comum.

Em ambas as espécies afasta-se a reincidência, pois o Código Penal, ao contrário do que fez no tocante aos crimes militares, não estabeleceu distinção entre crimes políticos próprios ou impróprios.<sup>41</sup>

#### 34.10.1.12. Reincidência e maus antecedentes

No critério trifásico de aplicação da pena privativa de liberdade, os maus antecedentes do réu incidem na primeira fase, e a reincidência é utilizada na etapa seguinte.

Destarte, em se tratando de réu reincidente, a condenação penal definitiva deve ser realçada pelo magistrado somente na segunda fase da dosimetria da pena, por se constituir em agravante genérica, prevista expressamente no art. 61, I, do Código Penal. Não pode ser também utilizada para a caracterização de maus antecedentes, sob pena de fomentar o *bis in idem*, é dizer, a dupla punição pelo mesmo fato.<sup>42</sup>

Esse é o teor da Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”, entendimento corroborado pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>43</sup>

Entretanto, se o réu possui mais de uma condenação definitiva, uma pode ser utilizada como mau antecedente e outra, como agravante genérica (reincidência), não se falando em *bis in idem*.<sup>44</sup> Na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “A utilização de condenações distintas e com trânsito em julgado, para fins de aumento de pena por maus antecedentes e reincidência, não viola o princípio do *non bis in idem*”.<sup>45</sup>

### 34.10.2. Ter o agente cometido o crime (art. 61, II, do CP)

#### 34.10.2.1. Por motivo fútil ou torpe (alínea “a”)

Motivo fútil é o insignificante, de pouca importância, completamente desproporcional à natureza do crime praticado. Exemplo: age com motivo fútil o marido que mata a esposa por não ter passado adequadamente uma peça do seu vestuário. Fundamenta-se a agravação da resposta estatal em

<sup>41</sup> Há posições em contrário. É o caso de NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 380.

<sup>42</sup> STJ: HC 97.119-SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6.ª Turma, j. 29.04.2008, noticiado no *Informativo* 354.

<sup>43</sup> HC 93.459/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 22.04.2008.

<sup>44</sup> STJ: AgRg no REsp 1.072.726-RS, Rel. Min. Paulo Gallotti, 6.ª Turma, j. 06.11.2008, noticiado no *Informativo* 375.

<sup>45</sup> HC 95.771/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.ª Turma, j. 17.08.2010, noticiado no *Informativo* 596.

razão do egoísmo, da atitude mesquinha que alimenta a conduta do responsável pela infração penal.

A **ausência de motivo** não deve ser equiparada ao motivo fútil, pois todo crime tem a sua motivação. Destarte, o desconhecimento acerca do móvel do agente não deve ser colocado no mesmo nível do motivo de somenos importância. Há, todavia, adeptos de posição contrária, os quais alegam que se um motivo infimo justifica a elevação da pena, com maior razão deve ser punida mais gravemente a infração penal imotivada.

O **ciúme** não deve ser enquadrado como motivo fútil. Esse sentimento, que destrói o equilíbrio do ser humano e arruína a sua vida não pode ser considerado insignificante ou desprezível.

A **embriaguez**, por sua vez, é incompatível com o motivo fútil. O embriagado não tem pleno controle do seu modo de agir, afastando assim a futilidade da força que o impele a transgredir o Direito Penal. Mas há quem diga que, em face da norma prevista no art. 28, II, do Código Penal (embriaguez voluntária ou culposa não exclui a imputabilidade penal), essa agravante genérica pode ser aplicada ao ébrio.

Anote-se ainda que motivo fútil e **motivo injusto** não se confundem: todo crime é injusto, pois o sujeito passivo não é obrigado a suportá-lo, embora nem sempre seja fútil.

**Motivo torpe** é o vil, repugnante, abjeto, moralmente reprovável. Exemplo: matar um parente para ficar com a sua herança. Fundamenta-se a maior quantidade de pena pela violação do sentimento comum de ética e de justiça.

A **vingança** não caracteriza automaticamente a torpeza. Será ou não torpe, dependendo do motivo que levou o indivíduo a vingar-se de alguém. Exemplos: (1) Não é torpe a conduta do pai que mata o estuproador de sua filha. Ao contrário, trata-se de relevante valor moral (privilegio), nos moldes do art. 121, § 1.º, do Código Penal; e (2) É torpe o ato de um traficante consistente em matar outro vendedor de drogas que havia, no passado, dominado o controle do tráfico na favela então gerenciada pelo assassino.

Ressalte-se que, por absoluta incompatibilidade, **um motivo não pode ser simultaneamente fútil e torpe**. Uma motivação exclui a outra. Pode ser fútil ou torpe, mas nunca ambos.

#### 34.10.2.2. *Para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime (alínea "b")*

Essa agravante genérica repousa na **conexão**, ou seja, na ligação entre dois ou mais crimes.

A conexão pode ser **teleológica**, quando o crime é praticado para facilitar ou assegurar a *execução* de outro crime (exemplo: furtar um banco para, com o dinheiro, adquirir um carro roubado), ou **consequencial**, na hipótese em

que o crime é cometido para facilitar ou assegurar a *ocultação*, a *impunidade* ou a *vantagem* de outro crime (exemplo: coagir uma testemunha para não incriminar em juízo o autor de um tráfico de drogas).

Cuida-se, em verdade, de uma forma especial de **motivo torpe**, pois buscar de qualquer modo, com um crime, executar outro delito, ocultá-lo, dele escapar ou em razão dele lucrar revela a intensa depravação moral do agente.

Configura-se a agravante genérica mesmo que não seja iniciado o crime almejado pelo agente. Basta sua intenção de cometê-lo. Contudo, quando forem realizados os dois delitos, por eles responderá o sujeito, em concurso material (CP, art. 69).

#### 34.10.2.3. *À traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido (alínea "c")*

Valeu-se o legislador da **interpretação analógica** ou *intra legem*. O dispositivo contém uma fórmula casuística seguida de uma fórmula genérica. Isso quer significar que a traição, a emboscada e a dissimulação dificultam ou impossibilitam a defesa do ofendido. Mas não é só, pois outros recursos similares, como a surpresa e a superioridade de armas também podem fazê-lo. Por coerência legal, deve ser uma situação semelhante à traição, à emboscada e à dissimulação.

**Traição** é a deslealdade, a perfídia, a quebra da confiança que o ofendido depositava no responsável pelo crime. Pode ser **material** ou **objetiva** (exemplo: agredir um amigo durante seu sono) ou **moral** ou **subjéctiva** (exemplo: atrair a vítima embriagada para o alto de uma ponte e de lá empurrá-la rumo ao chão).

**Emboscada** é a tocaia, a cilada, ou seja, aguardar escondido a passagem da vítima para, repentinamente, atacá-la.

**Dissimulação** é o disfarce, a ocultação da vontade criminoso para agredir a vítima descuidada. Exemplo: fingir-se funcionário de uma empresa de telefonia para ingressar na residência de alguém e ofender sua integridade corporal.

#### 34.10.2.4. *Com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum (alínea "d")*

O legislador, uma vez mais, utiliza a **interpretação analógica**. Dessa vez, contudo, relacionada aos **meios de execução** do crime.

Há, nesse dispositivo, três gêneros e quatro espécies. O primeiro gênero é o meio insidioso, que tem como espécie o emprego de veneno. O

outro gênero é o meio cruel, dele resultando as espécies emprego de fogo e de tortura. Por fim, perigo comum é gênero e o explosivo e o fogo suas espécies.

**Meio insidioso** é o que revela estratagemas, ou seja, é o dissimulado em sua capacidade danosa. Exige-se seja empregado **sub-repticiamente**, isto é, sem ser notado pela vítima. O exemplo legal é o veneno, definido como qualquer substância, química ou não, que pode ferir ou matar quando inoculada no organismo humano.

**Meio cruel** é o que inflige à vítima um intenso e desnecessário sofrimento para alcançar o resultado desejado, revelando a insensibilidade do agente. O dispositivo legal apresenta dois exemplos: fogo e tortura. Como a lei autoriza a interpretação analógica, pode ser ainda citada a asfixia. O emprego de veneno, se introduzido à força no organismo da vítima, caracteriza meio cruel.

**Meio de que possa resultar perigo comum** é aquele que, além de proporcionar sofrimento intenso e exagerado à vítima, pode também colocar em risco um número indeterminado de pessoas. A lei aponta como exemplos o explosivo e o fogo, esse último quando oferece perigo a diversas pessoas.

#### 34.10.2.5. *Contra descendente, ascendente, irmão ou cônjuge (alínea "e")*

O fundamento dessa agravante genérica repousa na **apatia moral do agente**, que se prevalece de relações familiares para a prática do crime, transgredindo o dever de auxílio recíproco existente entre parentes e pessoas ligadas pelo matrimônio.

O sujeito deve efetivamente aproveitar-se das facilidades que o parentesco ou o matrimônio lhe proporcionam, pois caso contrário não terá incidência o dispositivo legal.

O parentesco pode ser civil ou natural, pois o art. 227, § 6.º, da Constituição Federal proíbe qualquer discriminação entre os filhos havidos ou não do casamento. Não ingressam na agravante genérica, porém, as relações decorrentes do parentesco por afinidade, tais como sogra e genro, cunhados etc.

De seu turno, a união estável não autoriza a aplicação da agravante genérica, em face da inadmissibilidade da analogia *in malam partem* no Direito Penal.

Exige-se, para a incidência da agravante, **prova documental** da relação de parentesco ou do vínculo matrimonial. De fato, a prova do estado das pessoas deve observar as restrições estabelecidas na lei civil (CPP, art. 155, parágrafo único, com a redação alterada pela Lei 11.690/2008).

*34.10.2.6. 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 (alínea “f”)*

Legitima-se a exasperação da pena em face da violação dos postulados de solidariedade e de assistência que devem reinar nas situações ali descritas.

A expressão “**abuso de autoridade**” relaciona-se ao **direito privado** (exemplo: tutor e tutelado). Excluem-se as relações de direito público. Deve existir um vínculo de dependência entre o agente e a vítima. Caracteriza-se pelo mau uso que dela se faz, pelo excesso ou pela violência, fora dos casos de exercício de cargo, ofício, ministério ou profissão.<sup>46</sup>

**Relações domésticas** são as criadas entre os membros de uma família, podendo ou não existir ligações de parentesco (exemplo: patrão e babá de seu filho).

No tocante à união estável, em que não é possível sua equiparação ao cônjuge para agravação da pena, nada impede a inserção da companheira ou do companheiro nessa alínea (prevalecendo-se das relações domésticas).

**Coabitação** é a moradia sob o mesmo teto, ainda que por breve período (exemplo: moradores de uma república de estudantes). Deve ser lícita e conhecida dos coabitantes. Pode ser voluntária, fortuita, ou ainda coativa, como ocorre na carcerária.

**Hospitalidade** é a recepção eventual, durante a estadia provisória na residência de alguém, sem necessidade de pernoite (exemplo: receber amigos para um jantar). Afasta-se a relação de hospitalidade quando o agente ingressa, clandestina ou astuciosamente, ou ainda com violência, na moradia do hospedeiro, uma vez que depende do seu consentimento para caracterizar-se.

Esses três últimos casos de relações – domésticas, coabitação e hospitalidade – devem existir ao tempo do crime, nada importando tenha sido o delito praticado fora do âmbito da relação doméstica, ou do local que ensejou a coabitação ou a hospitalidade. Incide a agravante genérica, exemplificativamente, quando o morador de uma república subtrai bens de um colega que com ele divide a residência em momento no qual estavam no interior de um ônibus, no transporte à faculdade.

A parte final do dispositivo legal – “ou com violência contra a mulher na forma da lei específica” – foi acrescentada pela Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha. Essa inovação legislativa não trouxe nenhuma utilidade prática, pois a violência doméstica ou familiar contra a mulher já funcio-

<sup>46</sup> SABINO JÚNIOR, Vicente. *Direito penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967. v. II, p. 358.

nava como agravante genérica nessa alínea (“prevalecendo-se das relações domésticas”) ou na alínea anterior (“contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge”).

*34.10.2.7. Com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão (alínea “g”)*

Essa alínea prevê duas agravantes diversas: abuso de poder e violação de dever.

O **abuso de poder** e a **violação de dever inerente a cargo** têm como principal característica serem praticados por funcionários públicos, ou então por particulares ligados a cargos públicos, contra funcionários públicos entre si ou contra o público em geral. Pressupõem no agente a condição de funcionário público, e o crime deve ser cometido no desempenho do cargo público, ou seja, é imprescindível que se beneficie o agente da sua condição funcional para cometer o ilícito penal.

Ligam-se, assim, ao exercício do poder público e do cargo público de maneira ilegítima e excessiva, com violação das regras de Direito Público. Cargo público é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei.<sup>47</sup>

O abuso de poder e a violação de dever inerente a cargo podem, em determinadas circunstâncias, configurar crime autônomo, e não atuar como agravante genérica. Exemplo: violação de sigilo funcional (CP, art. 325).

Quando o sujeito for punido pelo crime de abuso de autoridade, tipificado pela Lei 4.898/1965, afasta-se essa agravante genérica para evitar o *bis in idem*.

Já a expressão “**violação de dever inerente a ofício, ministério ou profissão**” se refere a atividades de natureza privada.

**Ofício** é a atividade remunerada e predominantemente manual. Exemplo: mecânico de automóveis.

**Ministério** diz respeito ao exercício de um culto religioso. Exemplo: padre ou pastor de uma igreja. Deve tratar-se de religião reconhecida e permitida pelo Estado.

**Profissão**, por sua vez, é remunerada e reclama conhecimentos restritos e especializados, com predominância do fator intelectual. Exemplos: advogado, engenheiro, médico etc.

<sup>47</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Maheiros, 2006. p. 417.

#### 34.10.2.8. *Contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida (alínea “h”)*

Essa agravante genérica fundamenta-se na **situação de fragilidade ou debilidade da vítima, na facilidade que encontra o agente para cometer o delito e na sua covardia**. Essas pessoas, indubitavelmente, têm menor chance de defesa.

**Criança** é a pessoa de até 12 anos de idade incompletos (ECA – Lei 8.069/1990, art. 2.º, *caput*).

Quanto ao **idoso**, é dizer, **pessoa maior de 60 anos**, essa redação se deve à entrada em vigor da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). Adotou-se um **critério cronológico**, com o abandono do termo “velho”. É necessário o nexo de dependência entre a situação de fragilidade do ofendido e o crime praticado. Exemplo: um idoso pode ser alvo fácil de lesões corporais, mas não necessariamente o será para um estelionato.

**Enfermo** é o indivíduo que, em decorrência de alguma doença, permanente ou transitória, enfrenta debilidade em sua capacidade física ou mental. É, em suma, a pessoa portadora de deficiência física ou mental. Aqui também se exige o nexo entre o crime praticado e a enfermidade da vítima. Exemplo: um furto contra um cego autoriza a agravante genérica, ao contrário de igual crime cometido contra pessoa resfriada, já que tal doença não deixa de constituir-se em uma deficiência do corpo humano.

**Mulher grávida**, para justificar a agravante, deve ser aquela em estágio avançado da gestação, capaz de torná-la mais vulnerável às investidas criminosas, e desde que a sua peculiar condição facilite a prática do delito. O agente deve ter ciência da gravidez, pois não se admite a responsabilidade penal objetiva.

#### 34.10.2.9. *Quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade (alínea “i”)*

Nessa situação é mais grave a punição, porque quem se encontra sob a proteção do Estado não deve ser ofendido por condutas criminosas. Diante da proteção do poder público, o agente revela destemor e incredulidade com a força dos poderes constituídos, merecendo mais rigorosa reprovação.

**Proteção imediata** significa guarda, dependência, sujeição. Destarte, enquadra-se nessa agravante o resgate de preso para ser morto por facção rival, mas não o crime cometido contra vítima que se encontrava ao lado de um policial.

34.10.2.10. *Em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido (alínea "j")*

Nessa alínea o Código Penal mais uma vez se utiliza da **interpretação analógica** ou *intra legem*.

Essa agravante genérica justifica-se pela **insensibilidade moral do agente**, que não observa os mais comezinhos postulados de fraternidade e de solidariedade humana e se aproveita de situações calamitosas ou de desgraça particular da vítima, que se encontra em posição de inferioridade, para praticar um crime.

**Calamidade pública** é o acidente generalizado, a tragédia que engloba um número indeterminado de pessoas. Exemplo: roubo cometido durante incêndio em uma universidade durante o período letivo. **Desgraça particular do ofendido**, por outro lado, é o acidente ou tragédia relativo a uma pessoa ou a um grupo determinado de pessoas. Exemplo: saque dos bens da vítima logo após o capotamento do seu automóvel.

34.10.2.11. *Em estado de embriaguez preordenada (alínea "j")*

Nessa situação pune-se com maior rigor para evitar que pessoas se embriaguem buscando encorajamento para a prática de infrações penais, bem como a exclusão da imputabilidade penal. Utiliza-se a teoria da *actio libera in causa* (Capítulo 28, item 28.14.8).

34.10.3. **Agravantes no concurso de pessoas (art. 62 do CP)**

A terminologia utilizada pelo legislador é inadequada. Afigura-se equivocado falar-se em agravante no "concurso de pessoas".

Concurso de pessoas, em termos técnicos, é a colaboração de dois ou mais agentes culpáveis para a prática de uma infração penal. E, como a pluralidade de agentes culpáveis é um dos traços característicos do instituto, essa expressão é imprópria, pois os incisos II e III do art. 62 dizem respeito a dois típicos casos de **autoria mediata**.

Como se sabe, não há concurso de pessoas na autoria mediata, pois os envolvidos não são dotados de culpabilidade, o que inviabiliza, consequentemente, o vínculo subjetivo entre eles. Faltam, pois, requisitos do instituto delineado pelo art. 29, *caput*, do Código Penal.

É bom saber, portanto, que nesse dispositivo legal o Código Penal, impropriamente, utiliza a expressão "concurso de pessoas" para referir-se aos crimes praticados com qualquer tipo de atuação de duas ou mais pessoas, mas não obrigatoriamente nos moldes do seu art. 29, *caput*.



#### 34.10.3.1. *Promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes (inciso I)*

Promover ou organizar a cooperação no crime, ou dirigir a atividade dos demais criminosos, consiste em arquitetar mentalmente a estrutura do delito de modo a permitir a operacionalização da conduta ilícita. É o que se dá com o **autor intelectual**, bem como com o **autor de escritório**, maestros de toda a empreitada criminosa.

Reclama-se, para incidência da agravante, a real hierarquia do agente sobre os demais comparsas. Logo, não há aumento da pena na hipótese de simples sugestão quanto à prática da infração penal. Por esse motivo, é imprescindível nesse caso o ajuste prévio (desnecessário no concurso de pessoas), capaz de identificar a subserviência de um ou mais indivíduos em relação ao líder.

Em nosso sistema penal, o autor intelectual (mentor do crime) não é propriamente autor, mas sim partícipe. Com efeito, não realiza o núcleo do tipo incriminador, mas de qualquer modo concorre para o crime. É, em face da adoção, como regra, da teoria unitária ou monista no concurso de pessoas, é possível seja o autor intelectual punido mais gravemente do que o autor propriamente dito (executor). Sua culpabilidade, certamente, é mais acentuada, já que sem a sua contribuição moral o crime não se concretizaria.

Cumpra destacar a inexistência de *bis in idem* na atividade judicial que, depois de reconhecer a participação, aplica essa agravante genérica. Seus motivos e finalidades são distintos. Em verdade, nem todo partícipe merece a agravante genérica, uma vez que concorrer para o crime não importa, necessariamente, em promover, ou organizar a cooperação no crime, ou dirigir a atividade dos demais agentes.

#### 34.10.3.2. *Coage ou induz outrem à execução material do crime (inciso II)*

**Coagir** é obrigar alguém, com emprego de violência ou grave ameaça, de forma irresistível ou não, a cometer um crime.

A coação física irresistível exclui a conduta, e, portanto, o fato típico. A coação moral irresistível, por outro lado, exclui a culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa. Somente o coator responde pelo crime.

Se, entretanto, for resistível a coação, há concurso de pessoas. Mas o coagido, em razão da pressão suportada, terá a pena atenuada (CP, art. 65, III, "c", 1.ª parte).

A agravante genérica recairá sobre o coator tanto na coação física como na coação moral, irresistíveis ou resistíveis. A lei não permite nenhum tipo de exceção.

**Induzir** é fazer surgir na mente de outrem o propósito criminoso até então inexistente. Não há violência ou grave ameaça, apenas sugestão. Com a incidência da agravante genérica, o partícipe (quem induz) será, em tese, apenado com mais vigor do que o autor (executor material).

*34.10.3.3. Instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal (inciso III)*

**Instigar** é reforçar a ideia criminosa já existente. **Determinar** é ordenar a prática do delito.

Exige-se esteja o executor do crime sob a autoridade de quem instiga ou determina. A lei se refere a qualquer espécie de relação ou subordinação, pública ou privada, religiosa ou profissional, e até mesmo doméstica. Basta ser capaz de influir no espírito do agente, e, dependendo do seu grau, pode configurar uma dirimente (CP, art. 22: obediência hierárquica) ou uma atenuante genérica (CP, art. 65, III).

A instigação ou determinação pode dirigir-se até mesmo aos inimputáveis, pessoas não puníveis em virtude de sua condição ou qualidade pessoal, caracterizando a autoria mediata.

*34.10.3.4. Executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa (inciso IV)*

Pune-se mais gravemente o **criminoso mercenário**. Cuida-se de especial forma de motivo torpe caracterizado pela ganância, pela ambição desmedida, pela cupidez, isto é, cobiça, desejo imoderado de riquezas.

Na paga, a recompensa é anterior à prática do crime. Na promessa, posterior, e não é obrigatório, para a aplicação da agravante genérica, que seja a recompensa efetivamente recebida. É suficiente tenha sido o crime motivado pela crença no ulterior pagamento.

**34.10.4. Atenuantes genéricas (arts. 65 e 66 do CP)**

*34.10.4.1. Ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença (inciso I)*

São duas as atenuantes genéricas: **menoridade relativa e velhice**, também denominada de **senilidade**.

**Menoridade relativa** é a atenuante genérica aplicável aos réus **menores de 21 anos ao tempo do fato, pouco importando a data da sentença**. Devem ser maiores de 18 anos, independentemente de eventual emancipa-

ção civil, pois do contrário incidem as regras do Estatuto da Criança e do Adolescente — Lei 8.069/1990.

Essa atenuante foi inicialmente prevista no direito pátrio no Código Criminal do Império de 1830, e desde então não deixou de existir. Fundamenta-se na **imaturidade do agente**, que por tal motivo merece uma pena mais branda, suficiente para alcançar suas finalidades de retribuição e prevenção (geral e especial).

De acordo com o parágrafo único do art. 155 do Código de Processo Penal, com a redação alterada pela Lei 11.690/2008, a prova da idade somente pode ser feita pela certidão de nascimento. A jurisprudência, entretanto, admite outros meios probatórios, tais como a carteira de identidade, a carteira nacional de habilitação e o certificado de reservista.

Veja-se, a propósito, a Súmula 74 do Superior Tribunal de Justiça: “Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil”. Basta, assim, qualquer documento juridicamente hábil, não se vinculando a prova da menoridade unicamente à certidão de nascimento.

O art. 5.º do Código Civil de 2002, pelo qual “A menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”, não revogou essa atenuante genérica, por dois fundamentos: (1) em se tratando de norma favorável ao réu, deveria ter sido revogada expressamente, em face da inadmissibilidade no Direito Penal da analogia *in malam partem*. Respeita-se, desse modo, o princípio da reserva legal; e (2) os dispositivos penais foram expressamente preservados pelo art. 2.043 do Código Civil.

**Velhice, ou senilidade**, é a atenuante genérica incidente ao réu **maior de 70 (setenta) anos ao tempo da sentença, qualquer que seja a data do fato**. Fundamenta-se nas alterações físicas e psicológicas que atingem pessoas em idade avançada, aptas a influírem no ânimo criminoso, e também na **menor capacidade que têm para suportar integralmente a pena**, que por isso deve ser amenizada.

Leva-se em conta a data da publicação da sentença, ou seja, o dia em que é entregue em mãos do escrivão. Em caso de acórdão condenatório, isto é, decisão do tribunal que reforma a sentença absolutória, a idade deve ser aferida na data da sessão de julgamento do recurso de apelação interposto pela acusação.

Essa regra também não foi modificada com a superveniência da Lei 10.741/2003, que em seu art. 1.º considerou idoso o ser humano com idade igual ou superior a 60 anos. Com efeito, a lei fala em maior de 70 anos, e não em idoso, situações diversas que comportam tratamento distinto. É a posição do Supremo Tribunal Federal em relação à diminuição pela metade

do prazo prescricional (CP, art. 115), aplicável a esse dispositivo legal por identidade de razões.<sup>48</sup>

#### 34.10.4.2. O desconhecimento da lei (inciso II)

Embora o desconhecimento da lei seja inescusável (CP, art. 21, *caput*) e não afaste o caráter criminoso do fato, funciona como atenuante genérica. Suaviza-se, no campo penal, a regra definida pelo art. 3.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. De fato, subsiste o crime e a responsabilidade penal. Cumpre-se a lei, mas é abrandada a pena.

Justifica-se essa atenuante pelo fato de o ordenamento jurídico brasileiro ser composto por um emaranhado complexo de leis e atos normativos, constantemente revogados e em contínua modificação, dificultando por parte do cidadão a exata compreensão do seu significado e do seu alcance.

Na seara das contravenções penais, a ignorância ou a errada compreensão da lei, se escusáveis, autorizam o perdão judicial (LCP, art. 8.º).

#### 34.10.4.3. Ter o agente (inciso III)

##### 34.10.4.3.1. Cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral (alínea “a”)

Em seu sentido comum, motivo é o que causa ou origina alguma coisa. No Direito Penal, é o antecedente psíquico da conduta criminosa.

Os motivos do crime são circunstâncias judiciais importantes na fixação da pena-base (CP, art. 59, *caput*). Podem também desempenhar o papel de qualificadora ou de privilégio em determinados crimes, como no homicídio doloso, ou, ainda, de agravante (CP, art. 61, II, “a”) ou de atenuante genérica, como aqui ocorre.

Para ser reconhecido como atenuante, o motivo deve ser relevante, isto é, importante, considerável. Para aferir-se essa relevância o magistrado adota como parâmetro a figura do homem médio, e não o perfil subjetivo do réu.

**Valor social** é o que atende aos anseios da coletividade (exemplo: matar um perigoso estuprador que amedrontava as moradoras de uma pacata cidade). **Valor moral** é o que diz respeito ao agente, e está em conformidade com a moralidade e os princípios éticos dominantes (exemplo: matar o responsável por torturas pretéritas, muito tempo depois dos atos de covardia).

<sup>48</sup> HC 89.969/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 1.ª Turma, j. 26.06.2007.

34.10.4.3.2. 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 (alínea “b”)

Não se pode confundir a primeira parte – **“procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências”** – com a figura do arrependimento eficaz (CP, art. 15).

No arrependimento eficaz o agente esgota os atos executórios, mas impede a consumação do crime. Exemplo: depois de efetuar disparos de arma de fogo contra a vítima, com o intuito de matá-la, arrepende-se o agente e a leva ao hospital, salvando-a da morte. Trata-se de causa de exclusão da tipicidade, pois subsiste somente a responsabilidade penal pelos atos praticados. Não há tentativa, uma vez que o crime não se consumou por vontade do agente.

Por sua vez, **na atenuante genérica o crime se consuma**, mas o seu responsável procura, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, impedir ou reduzir as suas consequências. Exemplo: o sujeito atropela e mata um pai de família, mas passa a pagar pensão mensal aos seus herdeiros. Atende-se à menor reprovabilidade que indica quem, passado o ímpeto da ação delituosa, procura, com eficácia, diminuir ou evitar as consequências de sua ação.<sup>49</sup>

Deve o arrependimento ocorrer **logo após**, ou seja, em lapso de tempo que não pode ser exatamente quantificado e que se deve aferir pelos fundamentos da atenuação. Por outro lado, é preciso que o arrependimento se materialize por **espontânea vontade**. O arrependimento tem de ser eficaz. De nada valerão os esforços do agente se não conseguir ele efetivamente evitar ou diminuir as consequências.<sup>50</sup>

Já a parte final do dispositivo – **“ter, antes do julgamento, reparado o dano”** – precisa ser diferenciada do arrependimento posterior (CP, art. 16), causa obrigatória de diminuição da pena. Nesse, a reparação do dano ou restituição da coisa deve preceder o recebimento da denúncia ou da queixa, enquanto na atenuante genérica é possível a reparação do dano antes do julgamento em 1.ª instância.

Mas aqui também a reparação do dano deve ser integral e efetuada pelo réu livre de coação. Destarte, se o dano é reparado em razão de condenação no juízo civil, não se aplica a atenuante. Incide, contudo, o abrandamento

<sup>49</sup> No campo dos crimes de trânsito, decidiu o Superior Tribunal de Justiça ser incabível essa atenuante genérica quando o responsável pelo acidente presta socorro à vítima, pois se cuida de dever legal do agente causador do delito, e seu cumprimento não importa mitigação da sanção (HC 65.971-PR, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª Turma, j. 13.09.2007, noticiado no *Informalivo* 331).

<sup>50</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal* – parte geral. 15. ed. rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro, Forense, 1994. p. 340-341.

da pena quando a vítima renunciar ao seu direito de crédito ou recusar injustificadamente a indenização.

Fundamenta-se essa atenuante genérica em questões de política criminal, buscando estimular o acusado, mediante a diminuição de sua pena, a reparar o dano provocado a um bem jurídico penalmente tutelado.

34.10.4.3.3. 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 (alínea “c”)

Fundamentam-se essas atenuantes genéricas pelo fato de ser atacado o juízo de culpabilidade do réu, passando sua conduta a apresentar menor reprovabilidade social.

No tocante à **coação**, a de natureza física e irresistível afasta a conduta do coagido, e, conseqüentemente, o fato típico, por ausência de vontade, um dos elementos inerentes ao dolo e á culpa. Já a coação moral irresistível exclui a culpabilidade do coagido, em face da inexigibilidade de conduta diversa (CP, art. 22, 1.<sup>a</sup> parte).

Mas, se tais coações forem **resistíveis**, haverá concurso de pessoas entre coator e coagido. Aquele terá a pena agravada (CP, art. 62, II); já em relação a este, a reprimenda será atenuada. E para aferir-se a resistibilidade ou não da coação, analisa-se o perfil do agente, e não a figura do homem médio.

Por sua vez, a **obediência hierárquica** de ordem não manifestamente ilegal exclui a culpabilidade, também por inexigibilidade de conduta diversa (CP, art. 22, *in fine*). Somente o superior hierárquico responde pelo crime. Todavia, se a ordem for manifestamente ilegal, tanto o superior hierárquico como o funcionário público subalterno responderão, em concurso, pelo crime. Aquele incidirá uma agravante genérica (CP, art. 62, III), enquanto a este uma atenuante genérica, pois o subalterno é colocado em difícil posição quando o superior lhe determina a execução de ato ilegal.

A **influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima**, também figura como atenuante genérica. Se o crime for de homicídio ou de lesões corporais, circunstâncias semelhantes caracterizam privilégio (CP, arts. 121, § 1.<sup>o</sup>, e 129, § 4.<sup>o</sup>). Nesses casos, porém, reclama-se o **domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima**.

Domínio é mais amplo e mais forte do que influência. O primeiro envolve o controle do agente, ao passo que a última somente perturba o seu ânimo. Mas não é só. Na atenuante genérica, basta um ato injusto da vítima, enquanto no privilégio impõe-se sua injusta provocação. Finalmente, no privilégio a reação é imediata (“logo em seguida”), ao passo que na atenuante admite-se certo hiato temporal, uma vez que a lei não condiciona a atuação do agente a determinado período de tempo.

#### 34.10.4.3.4. Confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime (alínea “d”)

Para servir como atenuante genérica, a confissão há de ser espontânea, é dizer, deve surgir como fruto da sinceridade do íntimo do agente. Não basta ser voluntária (livre de coação), pois poderia o réu confessar apenas para aproveitar-se de um benefício legal, sem revelar crível intenção de colaborar na apuração da infração penal.<sup>51</sup>

Para o Supremo Tribunal Federal, a simples postura de reconhecimento da prática do delito enseja o reconhecimento desta atenuante genérica, pois o art. 65, III, *d*, do Código Penal não faz qualquer ressalva no tocante à maneira como o agente pronuncia a confissão.<sup>52</sup>

Além disso, exige-se seja a confissão relativa à autoria (em sentido amplo, para abranger a autoria propriamente dita e a participação), e, também, seja prestada perante a autoridade pública envolvida na persecução penal (delegado de Polícia, membro do Poder Judiciário ou do Ministério Público). Se presente a confissão perante a autoridade pública, a circunstância funcionará como atenuante genérica mesmo se existirem outras provas aptas a embasarem a condenação.

Pode ser **parcial**, pois não precisa alcançar eventuais qualificadoras ou causas de aumento da pena.<sup>53</sup> Seu **limite temporal é o trânsito em julgado da condenação**.

O fundamento dessa atenuante é a **lealdade processual**. Por essa razão, sustenta a doutrina não ser ela aplicável quando o acusado, depois de confessar na fase inquisitiva o seu envolvimento no ilícito penal, retrata-se em juízo. Para o Supremo Tribunal Federal, entretanto, subsiste a atenuante genérica se as declarações do réu na fase pré-processual, em conjunto com as provas apuradas sob o contraditório, embasaram a condenação.<sup>54</sup>

Daí decorre, porém, que não se aplica a atenuante relativa à confissão no inquérito policial, posteriormente retratada em juízo, se esta não serviu, efetivamente, para consolidar a sentença condenatória, uma vez que outros elementos e circunstâncias da ação penal foram considerados para formar a convicção do julgador a respeito da autoria e materialidade do crime praticado.<sup>55</sup>

Não caracteriza a atenuante genérica a chamada **confissão qualificada**, na qual o acusado reconhece sua participação no fato típico, mas aduz ter

<sup>51</sup> Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu ser prescindível a espontaneidade, bastando que haja apenas a voluntariedade (HC 117.764/SP, rel. Min. Og Fernandes, j. 27.10.2009, 6.ª Turma, noticiado no *Informativo* 413).

<sup>52</sup> HC 99.436/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, 1.ª Turma, j. 26.10.2010, noticiado no *Informativo* 606.

<sup>53</sup> STF: HC 82.337-RJ, rel. Min. Ellen Gracie, 1.ª Turma, j. 25.02.2003.

<sup>54</sup> HC 91.654/PR, rel. Min. Carlos Britto, 1.ª Turma, j. 08.04.2008, noticiado no *Informativo* 501. É também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: REsp 645.435-MS, rel. Min. Hamilton Carvalho, 6.ª Turma, j. 13.11.2007, noticiado no *Informativo* 339, e HC 68.010-MS, Rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 27.03.2008, noticiado no *Informativo* 349.

<sup>55</sup> STJ: HC 84.851/DF, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª Turma, j. 17.04.2008.

agido sob o manto de uma causa de exclusão da ilicitude. Nessa hipótese, a finalidade do réu é exercer sua autodefesa, e não contribuir para a descoberta da verdade real.

#### 34.10.4.3.5. Cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou (alínea "e")

Trata-se do **crime multitudinário**, do qual são exemplos as invasões de propriedades rurais, as brigas em estádios de futebol etc. Pode ser definido como o crime cometido pela multidão em tumulto, espontaneamente organizada no sentido de uma conduta comum contra coisas ou pessoas. Apurada a autoria do fato, todos os seus componentes respondem pelo delito.<sup>56</sup>

Justifica-se a atenuação da pena na **deformação transitória** da personalidade que sofre o indivíduo sob a pressão das paixões violentas que agitam o grupo em sublevação. A lei toma em conta essa turvação acidental que acomete o espírito dos amotinados, em quem falta a serenidade necessária para pesar razões e *decidir conforme o Direito*, atribuindo-lhe, então, uma responsabilidade diminuída e, com ela, a minoração da pena.

Não podem gozar da atenuante os que provocaram o tumulto. Eles mesmos trouxeram a rebeldia para o seio da multidão, desencadearam a sua agitação desordenada e, embora mais tarde possam passar de condutores a conduzidos, não se podem libertar da responsabilidade que pesa sobre eles.<sup>57</sup> Com efeito, a mera provocação de tumulto, por si só, caracteriza contravenção penal (Decreto-lei 3.688/1941, art. 40).

O beneficiário da atenuante genérica não pode se valer da premeditação, pois tal circunstância afastaria o seu fundamento.

A quantidade de pessoas para a configuração da multidão fica a critério do juiz. No direito canônico da Inquisição falava-se em pelo menos 40 pessoas para a formação dessa **alma coletiva**.

#### 34.10.4.4. Atenuantes inominadas (art. 66 do CP)

Não estão especificadas em lei, podendo ser qualquer circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime. São também chamadas de atenuantes de **clémencia**, pois normalmente o magistrado as concede por ato de bondade.

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli sustentam o cabimento de atenuante dessa estirpe na **coculpabilidade**, isto é, situação em que o agente (em regra, o pobre e marginalizado) deve ser punido de modo mais brando pelo motivo de a ele não terem sido conferidas, pela sociedade e

<sup>56</sup> JESUS, Damásio E. de. *Da co-delinquência em face do novo Código Penal*. São Paulo: RT, 1976. p. 83.

<sup>57</sup> BRUNO, Anibal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 143.



pelo Estado – responsáveis pelo bem-estar das pessoas em geral – todas as oportunidades para o seu desenvolvimento como ser humano.<sup>58</sup> Esse entendimento já foi, inclusive, aceito pelo 20.º Concurso de Ingresso do Ministério Público Federal.

### 34.10.5. Concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas

Se presentes, simultaneamente, agravantes e atenuantes genéricas, a regra geral é a de que uma neutraliza a eficácia da outra. É o que se denomina de **equivalência das circunstâncias**. Excepciona-se essa sistemática quando existente alguma **circunstância preponderante**. Como define o art. 67 do Código Penal:

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.

Há, em suma, agravantes e atenuantes genéricas mais valiosas do que outras no âmbito da aplicação da pena. São as atinentes aos motivos do crime, à personalidade do agente e à reincidência.<sup>59</sup> Durante muito tempo sustentou-se o entendimento de que a menoridade relativa (ligada à personalidade) era a circunstância preponderante por excelência, uma vez que prevalecia sobre todas as demais. Essa posição perdeu espaço, e se enfraqueceu depois da entrada em vigor do Código Civil de 2002, que considerou plenamente capazes para a vida civil os maiores de 18 anos.

Atualmente, podemos falar que no concurso entre circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas a ordem de importância para compensação e solução do conflito é a seguinte:

- 1) Motivos determinantes do crime (agravante ou atenuante), personalidade do agente (agravante ou atenuante) e reincidência (agravante);
- 2) Demais circunstâncias subjetivas; e
- 3) Circunstâncias objetivas.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. v. 1, p. 525.

<sup>59</sup> Para a 5.ª Turma do STJ, a agravante genérica atinente à reincidência prepondera inclusive sobre a atenuante da confissão espontânea (REsp 1.123.841/DF, Rel. Min. Felix Fischer, j. 26.11.2009, noticiado no *Informativo* 417, e HC 85.975/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 04.09.2008, noticiado no *Informativo* 366). Contudo, a 6.ª Turma do mesmo tribunal tem entendimento diametralmente oposto: "(...) a atenuante da confissão espontânea pode ser compensada com a agravante da reincidência" (HC 121.681/MS, rel. Min. Paulo Galloti, 6.ª Turma, j. 17.03.2009, noticiado no *Informativo* 387).

<sup>60</sup> Esse critério, por analogia, deve ser utilizado para valoração das circunstâncias judiciais elencadas pelo art. 59, *caput*, do Código Penal.

Cumpra-se destacar a diferença entre circunstâncias preponderantes e circunstâncias incompatíveis. Nessas, uma das circunstâncias tem que desaparecer (exemplo: o relevante valor moral é incompatível com o motivo fútil), enquanto naquelas subsistem todas as agravantes e atenuantes genéricas, pesando mais a que prepondera, quer para agravar a pena, quer para atenuá-la.<sup>61</sup>

#### 34.10.5.1. Concurso entre reincidência e confissão espontânea

A reincidência (agravante genérica) e a confissão espontânea (atenuante genérica) são utilizadas pelo magistrado na segunda fase da dosimetria da pena. Além disso, ambas possuem natureza preponderante, como se extrai do art. 67 do Código Penal. Mas, na hipótese de concurso, qual destas circunstâncias legais deve prevalecer?

Para o Supremo Tribunal Federal, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea.<sup>62</sup> O Superior Tribunal de Justiça igualmente já se pronunciou nesse sentido.<sup>63</sup>

### 34.11. A TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA: CAUSAS DE AUMENTO (MAJORANTES) E DE DIMINUIÇÃO (MINORANTES)

São circunstâncias obrigatórias ou facultativas de aumento ou de diminuição da pena, previstas na Parte Geral ou na Parte Especial do Código Penal, e também na legislação especial, em quantidade fixa ou variável. Incidem sobre o montante resultante da segunda-fase de aplicação da pena (agravantes e atenuantes genéricas), e não sobre a pena-base.

Ao contrário das circunstâncias judiciais e das agravantes e atenuantes genéricas, podem levar a pena acima do máximo legal, ou trazê-la abaixo do mínimo abstratamente cominado, uma vez que o legislador aponta os limites de aumento e/ou de diminuição. Exemplificativamente, o preceito secundário do crime de furto simples prevê, no tocante à pena privativa de liberdade, reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos. Se o magistrado aplicar a pena-base no mínimo legal, mantendo-se essa reprimenda na segunda fase, e presente a figura da tentativa, causa geral e obrigatória de diminuição da pena, deverá reduzi-la ao menos no patamar mínimo (CP, art. 14, parágrafo único = 1/3), sendo que a pena final será de 8 (oito) meses, muito abaixo do piso legalmente previsto.

<sup>61</sup> VERGARA, Pedro. *Das circunstâncias atenuantes no direito penal vigente*. Rio de Janeiro: Bofoni, 1948. p. 50-54.

<sup>62</sup> HC 102.486/MS, rel. Min. Cármen Lucia, 1.ª Turma, j. 06.04.2010, noticiado no *Informativo* 581.

<sup>63</sup> HC 152.085/DF, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 20.04.2010, noticiado no *Informativo* 431. Entretanto, o STJ também já decidiu em sentido contrário, efetuando a compensação entre a reincidência e a confissão espontânea: HC 124.172/RN, rel. Min. Og Fernandes, 6.ª Turma, j. 18.02.2010, noticiado no *Informativo* 423.

As causas de aumento e de diminuição da pena dividem-se em **genéricas**, quando definidas na Parte Geral do Código Penal, e **específicas**, se contidas na Parte Especial do Código Penal ou na legislação extravagante.

E, nos termos do art. 68, parágrafo único, do Código Penal: “No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua”.

Extraem-se desse dispositivo as seguintes conclusões:

a) se existirem duas ou mais causas de aumento ou de diminuição previstas na **Parte Geral**, ambas deverão ser aplicadas, desde que obrigatórias. Exemplo: tentativa (CP, art. 14, parágrafo único) e semi-imputabilidade (CP, art. 26, parágrafo único), causas de diminuição da pena.

O segundo aumento incide sobre a pena já aumentada pela primeira causa, e não sobre a pena obtida na fase das agravantes e atenuantes genéricas. É o sistema dos “**juros sobre juros**”. Há, todavia, entendimento em sentido diverso, sustentando que o segundo aumento deve se calculado sobre a pena inicial, e não sobre a pena já aumentada (“juros sobre o montante original da dívida”).<sup>64</sup>

Na hipótese de incidirem duas causas de diminuição, a segunda diminuição deve recair sobre o *quantum* já reduzido pela primeira e não sobre a pena-base, evitando-se a **pena zero**.<sup>65</sup> Do contrário, imagine-se a pena de um ano de reclusão imposta ao condenado semi-imputável por tentativa de furto simples. Com a primeira diminuição (2/3), a pena baixaria para 4 (quatro) meses, e, com a segunda diminuição (2/3), calculada sobre a pena inicial, a reprimenda seria negativa, gerando um absoluto contrassenso.

b) se existirem duas ou mais causas de aumento ou de diminuição previstas na **Parte Especial**, ou na **legislação especial** (analogia *in bonam partem*), o juiz pode limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, ainda que obrigatórias, prevalecendo, nesse caso, a causa que mais aumente ou mais diminua. Cuida-se de faculdade judicial. Exemplo: crime de incêndio, tipificado pelo art. 250, *caput*, do Código Penal, quando presentes duas ou mais causas de aumento previstas nos incisos I e II do seu § 1.º.

Nada impede, porém, a incidência de todas as causas de aumento ou de diminuição da pena.

<sup>64</sup> É o que pensam, entre outros, SHECAIRA, Sérgio Salomão, e CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: RT, 2002. p. 283-284.

<sup>65</sup> JESUS, Damásio E. de. *Código Penal anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 249.

As causas de aumento remanescentes deverão ser utilizadas como agravantes genéricas, se previstas em lei (CP, arts. 61 e 62), ou, residualmente, como circunstâncias judiciais desfavoráveis. Já as restantes causas de diminuição funcionarão como atenuantes genéricas, nominadas (CP, art. 65) ou inominadas (art. 66).

c) se existirem uma causa de aumento e uma causa de diminuição, simultaneamente, ambas deverão ser aplicadas, desde que obrigatórias. Em primeiro lugar, o magistrado aplica as causas de aumento, e depois as de diminuição. Não pode a sentença fazê-las recair ao mesmo tempo, compensando-as. Exemplo: concurso formal (causa de aumento – CP, art. 70) e semi-imputabilidade (causa de diminuição – CP, art. 26, parágrafo único).

d) se existirem, ao mesmo tempo, duas causas de aumento, ou então duas causas de diminuição, previstas uma na Parte Geral e outra na Parte Especial ou legislação especial, todas elas serão aplicáveis. Por questão de lógica intrínseca à estrutura do tipo penal, incidem inicialmente as causas de aumento e de diminuição da Parte Especial ou da legislação especial, e, posteriormente, as majorantes ou minorantes da Parte Geral.

<b>Concurso entre causas de aumento</b>	Ambas da Parte Geral	O juiz aplicará os dois aumentos (embora a hipótese seja raríssima)
	Ambas da Parte Especial	O juiz poderá aplicar a causa que mais aumente (art. 68, parágrafo único, do CP)
	Uma da Parte Geral, outra da Parte Especial	O juiz aplicará os dois aumentos
<b>Concurso entre causas de diminuição</b>	Ambas da Parte Geral	O juiz aplicará as duas diminuições
	Ambas da Parte Especial	O juiz poderá aplicar a causa que mais diminua (art. 68, parágrafo único, do CP)
	Uma da Parte Geral, outra da Parte Especial	O juiz aplicará as duas diminuições

### 34.12. QUESTÕES

- (87.º MP/SP – 2010) Assinale a alternativa correta, no que se refere ao procedimento de aplicação da pena:
  - os motivos determinantes do crime, como circunstância judicial, preponderam sobre as causas de aumento ou diminuição de pena.
  - as causas de aumento de pena incidem em fase posterior à consideração das agravantes e atenuantes.
  - na fixação da pena-base, o juiz levará em conta a eventual reincidência do réu.

- (D) segundo entendimento sumular do Superior Tribunal de Justiça, a quantidade das circunstâncias atenuantes pode fazer a pena-base recuar para aquém do mínimo legal.
- E) a menoridade relativa constitui causa obrigatória de diminuição de pena, a incidir na terceira etapa da aplicação da pena.
2. (181.º Magistratura SP – VUNESP) A premeditação, no ordenamento penal:
- (A) constitui qualificadora do homicídio.
- (B) não tem previsão específica, mas pode atuar como fator de individualização da pena.
- (C) constitui agravante genérica.
- (D) constitui qualificadora do crime de pingo de contágio venéreo (CP, art. 130, § 1.º).
3. (86.º MP/SP – VUNESP) Assinale a alternativa incorreta.
- (A) Promover, ou organizar a cooperação no crime ou dirigir a atividade dos demais agentes é circunstância agravante genérica.
- (B) O desconhecimento da lei é circunstância atenuante genérica.
- (C) Ter o agente cometido o crime em estado de embriaguez preordenada é circunstância agravante genérica.
- (D) No concurso de agravantes e atenuantes, as circunstâncias preponderantes são as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade e da conduta social do agente.
- (E) No concurso de causas de aumento ou de diminuição de pena previstas na parte especial, pode o juiz, na fixação da pena, limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, porém, a causa que mais aumente ou diminua.
4. (IV Defensoria Pública/MT – FCC/2009) Na aplicação da pena em crime tentado, o aumento decorrente das causas especiais, também denominadas qualificadoras, incide
- (A) após a redução decorrente da tentativa.
- (B) na aplicação da pena base.
- (C) antes da aplicação das circunstâncias agravantes.
- (D) após a aplicação das circunstâncias agravantes.
- (E) após a aplicação das circunstâncias agravantes e atenuantes.
5. (Magistratura/MT – VUNESP/2009) A premeditação pode ser vista como o desejo de praticar o crime, cultuado no interior do agente, que aguarda o momento ideal para fazê-lo. Neste caso,
- (A) somente poder-se-á falar em premeditação, enquanto qualificadora do crime de homicídio, se houver um lapso temporal entre o motivo que desencadeia o delito e sua ocorrência.
- (B) apesar de sua importância, não esta prevista expressamente em nosso ordenamento jurídico com qualificadora.
- (C) trata-se de causa de aumento de pena aplicada sempre que ficar provado que o agente poderia ter desistido do resultado, mas, ao invés disso, seguiu adiante na prática criminosa.
- (D) verifica-se que, na maioria dos delitos praticados, a premeditação está presente na conduta do agente, todavia, só há previsão legal para qualificar-se o delito no crime de homicídio.
- (E) o planejamento anterior à prática do crime é previsto como circunstância agravante genérica prevista na parte geral do Código Penal.

6. (Magistratura/MG – FUNDEP/2009) Sobre a fixação das penas, marque a alternativa **CORRETA**.
- (A) As atenuantes aplicam-se a todos os crimes, enquanto as agravantes, salvo a reincidência, se aplicam somente aos crimes dolosos.
  - (B) As agravantes agravam a pena mesmo na hipótese de caracterizarem elementares do delito.
  - (C) Assim como acontece em relação às agravantes, não pode o juiz aplicar atenuante que não esteja prevista em lei, em face do princípio da legalidade que norteia o Direito Penal como um todo.
  - (D) Assim como ocorre em relação às circunstâncias agravantes e atenuantes, as causas de aumento e de diminuição não podem levar a penas provisórias a patamares diversos daqueles máximos e mínimos abstratamente cominados.
7. (Magistratura Federal 2ª REGIÃO – CESPE/2009) Quanto à aplicação de pena, assinale a opção correta.
- (A) Havendo concurso de crimes, as penas de multa não serão aplicadas de forma autônoma e integral, mas seguindo a regra da pena privativa de liberdade.
  - (B) Em caso de crime continuado, o aumento efetuado pelo juiz em face da continuidade não poderá exceder o resultado que ocorreria em caso de concurso material de delitos.
  - (C) No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, não pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, devendo proceder a todos os aumentos ou diminuições legalmente previstos.
  - (D) A condenação anterior à pena de multa não impede a suspensão da pena, se presentes os demais requisitos.
  - (E) É incabível o livramento condicional para o condenado por crime doloso cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, mesmo se as condições pessoais não fizerem presumir que o condenado não voltará a delinquir.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

**Obs.:** Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no site [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

## PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Sumário: 35.1. Conceito – 35.2. Espécies – 35.3. Natureza jurídica – 35.4. Duração das penas restritivas de direitos – 35.5. Requisitos: 35.5.1. Requisitos objetivos; 35.5.2. Requisitos subjetivos – 35.6. Crimes hediondos e equiparados e penas restritivas de direitos: 35.6.1. A problemática relacionada ao tráfico de drogas – 35.7. Violência doméstica ou familiar contra a mulher e pena restritiva de direitos – 35.8. Penas restritivas de direitos e crimes militares – 35.9. Momento da substituição – 35.10. Regras da substituição – 35.11. Reconversão obrigatória da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade: 35.11.1. Reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade e princípio da boa-fé objetiva – 35.12. Reconversão facultativa da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade – 35.13. Início da execução das penas restritivas de direitos – 35.14. Penas restritivas de direitos em espécie: 35.14.1. Classificação; 35.14.2. Prestação pecuniária; 35.14.3. Perda de bens e valores; 35.14.4. Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; 35.14.5. Interdição temporária de direitos; 35.14.6. Limitação de fim de semana – 35.15. Questões.

### 35.1. CONCEITO

As penas restritivas de direitos são também chamadas de “penas alternativas”, pois têm o propósito de evitar a desnecessária imposição da pena privativa de liberdade nas situações expressamente indicadas em lei, relativas a indivíduos dotados de condições pessoais favoráveis e envolvidos na prática de infrações penais de reduzida gravidade. Busca-se a fuga da pena privativa de liberdade, reservada exclusivamente para situações excepcionais, aplicando-se em seu lugar a restrição de um ou mais direitos do condenado.

Fala-se, atualmente, em **falência da pena de prisão**, provocada por diversos motivos, e notadamente por seu fator criminôgeno. A privação da liberdade, em vez de combater a delinquência, muitas vezes a estimula. Não traz benefícios ao condenado, proporcionando, ao contrário, abertura para vícios e degradações morais.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 157.

## 35.2. ESPÉCIES

Nos moldes do art. 43 do Código Penal:

**Art. 43.** As penas restritivas de direitos são:

- I – prestação pecuniária;
- II – perda de bens e valores;
- III – (Vetado);
- IV – prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas;
- V – interdição temporária de direitos;
- VI – limitação de fim de semana.

As duas primeiras penas restritivas de direitos (prestação pecuniária e perda de bens e valores) foram criadas pela Lei 9.714/1998, enquanto as demais já existiam no Código Penal.

Esse rol é **exaustivo**. Portanto, não pode o magistrado, no caso concreto, criar outra espécie de pena alternativa.

O inciso III, vetado pelo Presidente da República, previa a pena de **recolhimento domiciliar**. Amparou-se o veto na alegação de impossibilidade de fiscalização de pena dessa natureza, nada obstante sua existência no art. 8.º, V, da Lei 9.605/1998 – Lei dos Crimes Ambientais, que a define no art. 13:

O recolhimento domiciliar baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, que deverá, sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias e horários de folga em residência ou em qualquer local destinado a sua moradia habitual, conforme estabelecido na sentença condenatória.

## 35.3. NATUREZA JURÍDICA

As penas restritivas de direitos são, efetivamente, penas, independentemente da ausência de privação da liberdade. Muitas delas foram assim definidas, expressamente, pelo art. 5.º, XLVI, da Constituição Federal, que apresenta um rol exemplificativo, ao estatuir que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes”.

Possuem duas características marcantes, indicadas pelos arts. 44 e 54 do Código Penal: **substitutividade** e **autonomia**.

As penas restritivas de direitos são **substitutivas**, porque resultam do procedimento judicial que, depois de aplicar uma pena privativa de liberdade, efetua a sua substituição por uma ou mais penas restritivas de direitos, desde



que presentes os requisitos legais. Isso ocorre em razão de os tipos penais não possuírem, no preceito secundário, a previsão direta de penas restritivas de direitos, as quais estão definidas pela Parte Geral do Código Penal. De fato, os tipos incriminadores, depois de definirem a conduta criminosa, não dizem, exemplificativamente: “Pena: prestação de serviços à comunidade, por 1 (um) ano”.

A Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas, contudo, abriu nítida exceção a essa regra, no tocante ao crime tipificado pelo art. 28 (posse de droga para consumo pessoal), ao qual não se impõe pena privativa de liberdade, mas imediatamente penas restritivas de direitos consistentes em advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

As penas restritivas de direitos são também dotadas de **autonomia**, isto é, uma vez substituídas, não podem ser cumuladas com a pena privativa de liberdade. Em suma, o magistrado deve aplicar isoladamente uma pena privativa de liberdade para, em seguida, substituí-la por uma ou mais restritivas de direitos. É vedado, contudo, somá-las.

Além disso, durante a execução penal o Poder Judiciário deve regular o cumprimento da pena restritiva de direitos, olvidando-se da pena privativa de liberdade, exceto se for necessário o seu restabelecimento nas hipóteses extraordinariamente previstas em lei.

A Lei 9.503/1997 – Código de Trânsito Brasileiro –, todavia, previu em diversos delitos a aplicação conjunta de penas privativa de liberdade e restritiva de direitos, como se observa dos arts. 302 (homicídio culposo na direção de veículo automotor), 303 (lesão corporal culposa na direção de veículo automotor), 306 (embriaguez ao volante), 307 (violação de proibição ou restrição para direção de veículo automotor) e 308 (participação em competição não autorizada). E se não bastasse, afirmou expressamente em seu art. 292: “A suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor pode ser imposta como penalidade principal, isolada ou cumulativamente com outras penalidades”.

#### 35.4 DURAÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Dispõe o art. 55 do Código Penal que as penas restritivas de direitos de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana têm a **mesma duração** da pena privativa de liberdade substituída.

Mas a pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas superior a 1 (um) ano pode ser cumprida em menor tempo, nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada (CP, art. 46, § 4.º).

Essa regra não se aplica às penas de prestação pecuniária e perda de bens e valores, pois em nada se relacionam com o limite temporal da pena privativa de liberdade substituída. Têm, notadamente, cunho patrimonial, e não de restrição de direitos por prazo certo.

## 35.5 REQUISITOS

A substituição da pena privativa de liberdade está condicionada ao atendimento de diversos requisitos indicados pelo art. 44, I a III, do Código Penal, de duas ordens: objetivos e subjetivos.<sup>2</sup> Esses requisitos devem ser rigorosamente analisados, pois não há direito subjetivo à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.<sup>3</sup>

### 35.5.1. Requisitos objetivos

Dizem respeito à natureza do crime e à quantidade da pena aplicada.

#### *a) Natureza do crime*

Em se tratando de crime **doloso**, deve ter sido cometido **sem violência ou grave ameaça à pessoa**. E na visão do Superior Tribunal de Justiça, na hipótese de crime cuja substituição seja vedada pelo Código Penal, pouco importa o grau de participação do agente no delito, mesmo que de menor importância, pois isso constituiria causa de diminuição da pena, sem alteração da classificação jurídica do crime, de que lhe são meios a violência e a grave ameaça, a obstar a pena alternativa.<sup>4</sup>

Quanto à **violência imprópria**, isto é, aquela em que não há emprego de força física contra a vítima, mas o agente a reduz por qualquer meio à impossibilidade de resistência, o entendimento dominante é de não ser possível a substituição, pois a violência imprópria nada mais é do que uma forma específica de violência. Disso discorda Mirabete, sustentando a incidência do benefício ao crime de roubo cometido com o emprego de narcótico.<sup>5</sup>

Discute-se também se seria admissível a substituição nos casos de **infrações penais de menor potencial ofensivo**, quando praticadas com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, tais como lesão corporal de natureza leve, ameaça e constrangimento ilegal. Alguns sustentam que seriam pertinentes os benefícios da Lei 9.099/1995, mas não a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Destarte, em caso de condenação, o

<sup>2</sup> STF: HC 83.582/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.ª Turma, j. 10.04.2007.

<sup>3</sup> STF: HC 84.306/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.ª Turma, j. 06.03.2007.

<sup>4</sup> HC 66.402-GO, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6.ª Turma, j. 06.12.2007, noticiado no *Informativo* 341.

<sup>5</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de direito penal*. Parte geral. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1, p. 283.

magistrado deveria limitar-se a fixar o regime aberto para o cumprimento da pena, ou, no máximo, conceder o *sursis*.

Prevalece, contudo, entendimento diverso. Deveras, se é possível até mesmo a composição dos danos civis, em determinados casos, e frequentemente a transação penal, institutos muito mais benéficos, não seria pertinente a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Veja-se, a propósito, a exposição de Rogério Greco:

A primeira indagação que levanta é a seguinte: Se uma das finalidades da substituição é justamente evitar o encarceramento daquele que teria sido condenado ao cumprimento de uma pena de curta duração, nos crimes de lesão corporal leve, de constrangimento ilegal ou mesmo de ameaça, onde a violência e grave ameaça fazem parte desses tipos, estaria impossibilitada a substituição? Entendemos que não, pois que se as infrações penais se amoldam àquelas consideradas de menor potencial ofensivo, sendo o seu julgamento realizado até mesmo no Juizado Especial Criminal, seria um verdadeiro contra-senso impedir justamente nesses casos a substituição. Assim, se a infração penal for da competência do Juizado Especial Criminal, em virtude da pena máxima a ela cominada, entendemos que mesmo que haja o emprego de violência ou grave ameaça será possível a substituição.<sup>6</sup>

Na hipótese de crimes **culposos**, entende-se ser possível a substituição em todos eles, ainda que resulte na produção de violência contra a pessoa, tal como no homicídio culposo, tanto do Código Penal (art. 121, § 3.º) como do Código de Trânsito Brasileiro (art. 302).

#### b) *Quantidade da pena aplicada*

Preocupou-se o legislador com a **pena efetivamente aplicada na situação concreta**, independentemente daquela cominada em abstrato pelo preceito secundário do tipo penal.

Nos crimes dolosos, desde que não tenham sido cometidos com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, o limite é de 4 (quatro) anos. E de acordo com pacífica orientação do Superior Tribunal de Justiça: "Tratando-se de concurso de crimes, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos somente será possível quando o total das reprimendas não ultrapasse o limite de quatro anos previsto no art. 44, I, do CP".<sup>7</sup>

Na hipótese de **concurso formal** ou de **crime continuado**, leva-se em conta o total da pena imposta, aí se computando o acréscimo legal (1/6 até 1/2, no concurso formal, ou 1/6 até 2/3, no crime continuado).

<sup>6</sup> GRECO, Rogério. *Curso de direito penal* -- Parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 533. É também o entendimento do STJ: HC 180.353/MS, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma, j. 16.11.2010, noticiado no *Informativo* 456.

<sup>7</sup> HC 90.631/SP, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 21.02.2008.

No tocante ao **concurso material**, o magistrado fixa na sentença a pena de cada crime, separadamente. Em seguida, analisa também isoladamente, em relação a cada delito, o cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Se, todavia, para um dos crimes tiver sido negado o *sursis*, para os demais será incabível a substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 69, § 1.º). E, quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais (CP, art. 69, § 2.º).

Em relação aos **crimes culposos**, é possível a substituição por pena restritiva de direitos, qualquer que seja a quantidade de pena privativa de liberdade imposta.

### 35.5.2. Requisitos subjetivos

Referem-se à pessoa do condenado.

#### *a) Não ser reincidente em crime doloso*

Esse requisito está contido no art. 44, II, do Código Penal.

Conclui-se, indiretamente, não ser a reincidência em crime culposo impeditiva da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

E, mesmo para o reincidente em crime doloso, abre-se uma exceção. Com efeito, 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 (CP, art. 44, § 3.º). Na ótica do Superior Tribunal de Justiça:

A reincidência genérica não impede, por si só, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Em se tratando de condenação inferior a quatro anos, tendo o delito sido cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis, não se vislumbram motivos suficientes para impedir a conversão da pena privativa de liberdade imposta ao paciente em restritiva de direitos.<sup>5</sup>

Portanto, o reincidente em crime doloso pode ser beneficiado pela substituição quando estiverem presentes dois **requisitos cumulativos**:

1. **A medida seja socialmente recomendável:** cuida-se de análise subjetiva, a ser minuciosamente desenvolvida pelo magistrado, levando em conta as condições do caso concreto, tais como as circunstâncias do delito e, principalmente, os dados pessoais do condenado.

<sup>5</sup> HC 89270/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 17.04.2008. É também o entendimento do STF: HC 94.990/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 02.12.2008, noticiado no *Informativo* 531.

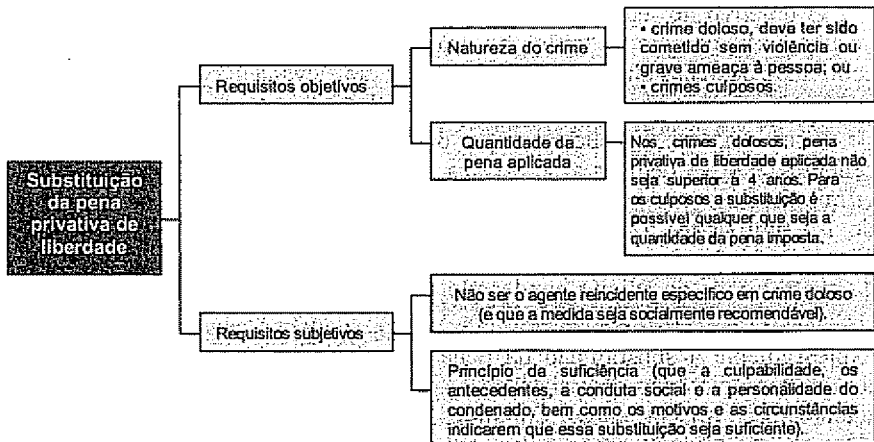
2. **Não se tratar de reincidente específico:** a lei foi clara ao definir a reincidência específica como a repetição do mesmo crime, ou seja, da conduta apresentada pelo mesmo tipo penal.

*b) Princípio da suficiência*

Como estatui o art. 44, III, do Código Penal: “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”.

A pena restritiva de direitos precisa ser adequada e suficiente para atingir as finalidades da pena. Em outras palavras, tanto a retribuição do mal praticado pelo crime como a prevenção (geral e especial) de novos crimes, inerentes à pena privativa de liberdade, devem ser alcançadas com a pena restritiva de direitos.

Por corolário, não cabe a substituição quando a pena-base tiver sido fixada acima do mínimo legal, em razão do reconhecimento judicial expresso e fundamentado das circunstâncias desfavoráveis, em face do não atendimento do art. 44, III, do Código Penal.<sup>9</sup>



**35.6. CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS E PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS**

Normalmente os requisitos legais por si só impedem a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em relação aos crimes hediondos ou equiparados (tráfico de drogas, tortura e terrorismo), pois a pena

<sup>9</sup> STJ: HC 84.725/PA, rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 17.04.2008.

aplicada é superior a 4 (quatro) anos, ou então são cometidos com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa.

Se não bastasse, a pena privativa de liberdade imposta a tais crimes deve ser cumprida em **regime inicialmente fechado**, a teor do art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei 11.464/2007. Esse mandamento legal inviabiliza a substituição, porque não se admite a incidência do benefício quando a sanção penal tem seu cumprimento obrigatoriamente iniciado no regime mais gravoso, incompatível com a simples restrição de direitos.

### 35.6.1. A problemática relacionada ao tráfico de drogas

A pena cominada ao crime de tráfico de drogas, tanto na forma simples como na modalidade equiparada (Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas, art. 33, *caput* e § 1.º), é de reclusão, de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, e 500 a 1.500 dias-multa. Na sistemática da revogada Lei 6.368/1976, o tráfico era apenado com reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, sem prejuízo da multa (art. 12, *caput*).

O objetivo do legislador ao elevar o patamar mínimo da pena privativa de liberdade inerente ao tráfico de drogas foi afastar a discussão atinente ao cabimento de penas alternativas em delito de tão elevada gravidade, equiparado pelo art. 5.º, XLIII, da Constituição Federal aos crimes hediondos.

Contudo, nas situações em que o agente for primário e de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organizações criminosas, as penas (privativa de liberdade e multa) poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), nos termos do art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006. Nesses casos, é possível a aplicação da pena abaixo do teto de 4 (quatro) anos ao sujeito condenado pelo crime de tráfico de drogas.

Mas a Lei 11.343/2006, visando afastar qualquer controvérsia, impediu expressamente a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos no tráfico de drogas. É o que se extrai do próprio art. 33, § 4.º, e também do art. 44, *caput*. Em síntese, o povo brasileiro, representado pelo Congresso Nacional, optou pela impossibilidade de aplicação das penas alternativas ao traficante de drogas, independentemente do seu perfil subjetivo e da quantidade da pena imposta.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, decidiu pela inconstitucionalidade das regras impeditivas da substituição da pena privativa de liberdade, por ofensa ao **princípio da individualização da pena**.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> HC 97.256/RS, rel. Min. Ayres Britto, Plenário, j. 01.09.2010, noticiado no *Informativo* 598. E também: RHC 100.657/MS, rel. Min. Ellen Gracie, 2.ª Turma, j. 14.9.2010, noticiado no *Informativo* 600. O STJ compartilha de igual entendimento: HC 163.233/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª Turma, j. 28.09.2010, noticiado no *Informativo* 449; HC 151.199/MG, rel. Min. Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), 6.ª Turma, j. 10.06.2010, noticiado no *Informativo* 438; e HC 118.776/RS, rel. Min. Nilson Neves, 6.ª Turma, j. 18.03.2010, noticiado no *Informativo* 427.

### 35.7. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU FAMILIAR CONTRA A MULHER E PENA RESTRITIVA DE DIREITOS

Estabelece o art. 17 da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha: “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”.

Note-se que a lei não vedou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em qualquer situação, mas somente naquelas expressamente indicadas.

A finalidade da lei foi eliminar o constrangimento então causado aos juizes, membros do Ministério Público, advogados, e, principalmente, à mulher, vítima dos crimes de ameaça ou lesão corporal de natureza leve, que, depois de intimidada ou covardemente agredida por seu cônjuge ou companheiro, era exposta à humilhação pública de ver, em audiência, sua liberdade individual ou sua integridade física ser trocada por uma ou algumas poucas cestas básicas, gerando o sentimento de revolta, de impunidade e de injustiça.

### 35.8. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS E GRIMES MILITARES

O Supremo Tribunal Federal não admite a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em delitos militares, sob o argumento de ser impossível a aplicação da analogia na espécie.<sup>11</sup>

### 35.9. MOMENTO DA SUBSTITUIÇÃO

O juiz substitui a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos na **sentença condenatória**. Depois de aplicar a pena adequada, com obediência ao critério trifásico, o magistrado estabelece o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, e, finalmente, decide sobre o cabimento de pena restritiva de direitos (CP, art. 59, IV).

Mas, se na sentença condenatória o magistrado não tiver aplicado pena restritiva de direitos, o art. 180 da Lei 7.210/1984 permite a substituição da pena privativa de liberdade não superior a 2 (dois) anos durante a **execução penal**, desde que: I – o condenado a esteja cumprindo em regime aberto; II – tenha sido cumprido pelo menos 1/4 (um quarto) da pena; e III – os

<sup>11</sup> HC 91.155/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 21.06.2007. Com Igual orientação: HC 94.083/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2.ª Turma, j. 09.02.2010, noticiado no *Informativo* 574.

antecedentes e a personalidade do condenado indiquem ser a conversão recomendável.

### 35.10 REGRAS DA SUBSTITUIÇÃO

Nos termos do art. 44, § 2.º, 1.ª parte, do Código Penal, na condenação igual ou inferior a 1 (um) ano, a substituição pode ser feita **por multa ou por uma pena restritiva de direitos**.

É irrelevante seja o crime doloso ou culposos, punido com reclusão ou detenção. Basta o limite quantitativo: pena aplicada igual ou inferior a um ano.

Por sua vez, o art. 60, § 2.º, do Código Penal, não alterado pela Lei 9.714/1998, que disciplinou a atual sistemática das penas restritivas de direitos, dispõe: “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”.

Com a análise conjunta dos dois dispositivos – art. 44, § 2.º, 1.ª parte, e art. 60, § 2.º, ambos do Código Penal – surge a seguinte indagação: Para as condenações superiores a 6 (seis) meses, mas iguais ou inferiores a 1 (um) ano, é possível a substituição da pena privativa de liberdade por multa?

Há duas posições sobre o assunto:

- a) É possível a substituição, pois o art. 44, § 2.º, 1.ª parte, mais recente e também mais favorável ao réu, revogou o art. 60, § 2.º. É o entendimento majoritário; e
- b) Não é possível a substituição. Os dispositivos devem ser interpretados em conjunto. Destarte, nas condenações iguais ou inferiores a 6 (seis) meses a pena privativa de liberdade pode ser substituída por multa ou por uma restritiva de direitos, enquanto nas superiores a 6 (seis) meses e iguais ou inferiores a 1 (um) ano a pena privativa de liberdade pode ser substituída exclusivamente por uma restritiva de direitos.

Entretanto, se a condenação for **superior a 1 (um) ano**, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos (CP, art. 44, § 2.º, *in fine*). E quando forem aplicadas duas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si, e sucessivamente as demais (CP, art. 69, § 2.º).

Essa última disposição não se aplica aos crimes ambientais, pois o art. 7.º da Lei 9.605/1998 contempla regra específica. Conseqüentemente, é possível a substituição da pena privativa de liberdade superior a 1 (um) ano, desde que igual ou inferior a 4 (quatro) anos, por uma única restritiva de direitos.



**35.11. RECONVERSÃO OBRIGATORIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE**

Nos termos do art. 44, § 4.º, do Código Penal:

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 30 (trinta) dias de detenção ou reclusão.

O dispositivo legal fala em conversão, mas deve ser lido como **reconversão**. A pena privativa de liberdade foi convertida em restritiva de direitos, mas, por força do descumprimento injustificado da restrição imposta, **reconverte-se** ao estado original. Essa é a interpretação correta.

É simples o fundamento legal: a pena restritiva de direitos consiste em um benefício concedido ao réu. Evita-se a privação da liberdade em troca da restrição de direitos, injustificadamente descumprida pelo condenado. Se não há efetiva restrição de direitos, necessário restabelecer-se a pena privativa de liberdade. Exemplos: (1) Aplica-se a pena de prestação de serviços à comunidade, mas o condenado não se submete aos necessários serviços; e (2) Substitui-se a pena privativa de liberdade por prestação pecuniária, mas o agente não efetua o pagamento devido à vítima, aos seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social.

Cuida-se de **incidente na execução penal**, na forma definida pelo art. 181 da Lei 7.210/1984, e exige obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa, sob pena de nulidade.<sup>12</sup>

A segunda parte do art. 44, § 4.º, preceitua que no cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de 30 (trinta) dias de detenção ou reclusão. Exemplo: a pena privativa de liberdade foi substituída por prestação de serviços à comunidade por 1 (um) ano. Depois de 10 meses em situação regular, o condenado parou de prestar o serviço determinado em juízo, ensejando a reconversão para pena privativa de liberdade. Nesse caso, faltará ao condenado o cumprimento de 2 (dois) meses de pena privativa de liberdade.

Mas deve ser respeitado o **saldo mínimo de 30 (trinta) dias de detenção ou reclusão**. Destarte, se no referido exemplo o condenado tiver prestado serviços à comunidade por 11 meses e 20 dias, e, faltando 10 dias para o seu integral cumprimento, abandonar a pena restritiva de direitos, será reconvertida para privativa de liberdade, pelo prazo mínimo de 30 dias.

<sup>12</sup> STJ: HC 149.575-RS, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 02.03.2010, noticiado no *Informativo* 425.

Em caso de **prisão simples** decorrente da condenação pela prática de contravenção penal, convertida para pena restritiva de direitos, não há exigência de período mínimo na hipótese de reconversão para privativa de liberdade.

Em relação às penas restritivas de direitos de **prestação pecuniária e perda de bens e valores**, em que não existe período de tempo de cumprimento a ser abatido, afigura-se adequado descontar-se da pena privativa de liberdade o percentual do pagamento já efetuado pelo condenado. Exemplificativamente, se a pena privativa de liberdade de 1 (um) ano foi substituída por prestação pecuniária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), e o condenado pagou somente R\$ 500,00 (quinhentos reais), determinando-se a reconversão restará o cumprimento de 6 (seis) meses da pena privativa de liberdade.

### 35.11.1. Reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade e princípio da boa-fé objetiva

A pena restritiva de direitos deve ser reconvertida para privativa de liberdade quando o réu, depois de ter participado de todos os atos processuais, e, ciente da condenação, muda seu domicílio sem prévia comunicação ao juízo competente. Justifica-se essa opção com base no **princípio da boa-fé objetiva** que deve reger todas as relações jurídicas, inclusive entre o agente e o Estado.

Não há, nessa hipótese, ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, uma vez que o acusado que acompanhou todo o processo de conhecimento tem plena ciência das consequências que lhe são prejudiciais se deixar de cumprir a pena restritiva de direitos aplicada.<sup>13</sup>

Já decidiu o Supremo Tribunal Federal ser indevida a conversão da pena restritiva de direitos para privativa de liberdade em uma situação bastante peculiar. Vejamos.

O condenado alterou seu domicílio sem comunicar o juízo da execução, razão pela qual foi intimado por edital para a audiência admonitória e, em decorrência da sua ausência ao ato judicial, procedeu-se à conversão da pena restritiva de direitos para privativa da liberdade.

A defesa interpôs recurso, e o Tribunal de Justiça, embora reconhecendo a falha do condenado em não trazer aos autos, no momento adequado, seu novo endereço, deu provimento ao recurso e restabeleceu-lhe o benefício. A partir daí, o condenado passou a cumprir todas as condições que lhe foram impostas para a concessão da pena alternativa. Não obstante isso, o Superior Tribunal de Justiça acolheu recurso especial do Ministério Público para suspender a conversão em decorrência de expressa previsão do art. 181, § 1.º, da Lei de Execução Penal, voltando o condenado a cumprir pena privativa de liberdade.

<sup>13</sup> STF: HC 92012/SP, rel. Min. Ellen Gracie, 2.ª Turma, j. 10.06.2008, noticiado no *Informativo* 510.

Diante deste quadro fático e jurídico, assim se pronunciou o Pretório Excelso:

Entendeu-se não ser razoável impor que o paciente cumprisse, sem temperamento, a letra fria da lei, em clara ultrapassagem dos limites da proporcionalidade e da razoabilidade. Ressaltou-se, ademais, que o paciente vinha cumprindo regularmente a pena restritiva que lhe fora imposta. Considerou-se que o desatendimento a uma formalidade processual, prevista no art. 181 da LEP, qual seja, a informação de mudança de endereço, não poderia merecer relevo tal que frustrasse o cumprimento alternativo da pena, em boa hora introduzido pelo legislador em atenção ao desiderato de ressocialização do infrator. Enfatizou-se que, de fato, com o crescente movimento humanista em torno da pessoa do condenado e o paulatino descrédito da prisão como meio adequado para se conseguir a reforma do delinqüente, passou-se a buscar alternativas viáveis e eficazes para a pena privativa de liberdade, como no caso em apreço.<sup>14</sup>

### 35.12. RECONVERSAO FACULTATIVA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE

Para o art. 44, § 5.º, do Código Penal: “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”.

A condenação superveniente a pena privativa de liberdade pela prática de outro crime não impõe a reconversão da pena restritiva de direitos. Exige-se mais: além de não ter sido concedido *sursis*, é necessária a impossibilidade de cumprimento conjunto das penas privativa de liberdade e restritiva de direitos. É o que acontece, hipoteticamente, em pena privativa de liberdade em regime fechado e prestação de serviços à comunidade.

Se, por outro lado, for possível o cumprimento conjunto de ambas as penas, o juiz pode manter a pena restritiva de direitos. Exemplo: pena privativa de liberdade, em qualquer regime prisional, e prestação pecuniária.

A redação desse dispositivo legal evidencia a impossibilidade de reconversão, obrigatória ou facultativa, da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade com a condenação à pena de multa ou em decorrência de contravenção penal, em face da proibição da analogia *in malam partem* no Direito Penal.

### 35.13. INÍCIO DA EXECUÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Esta matéria encontra-se disciplinada no art. 147 da Lei de Execução Penal. Dá-se após o trânsito em julgado da sentença que aplicou a pena

<sup>14</sup> HC 95.370/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 31.03.2009, noticiado no *Informativo* 541.

restritiva de direitos, momento em que 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.

Mas o Supremo Tribunal Federal já decidiu que as penas restritivas de direitos podem ser executadas antes do advento da coisa julgada, em hipóteses excepcionais nas quais reste evidenciado o intuito meramente protelatório do réu ou de seu defensor no exercício do direito recursal, buscando o retardamento do trânsito em julgado da condenação.<sup>15</sup>

## 35.14. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS EM ESPECIE

### 35.14.1. Classificação

As penas restritivas de direitos podem ser genéricas ou específicas.

**Genéricas, ou gerais,** são as que substituem as penas privativas de liberdade em qualquer crime, desde que presentes os requisitos legais. Nessa relação se incluem a prestação pecuniária, a perda de bens e valores, a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a proibição de frequentar determinados lugares e a limitação de fim de semana.

**Específicas, ou especiais,** de seu turno, são as penas restritivas de direitos que substituem as penas privativas de liberdade aplicadas como decorrência da prática de crimes determinados. Cuidam-se das interdições temporárias de direitos, salvo na modalidade proibição de frequentar determinados lugares.

### 35.14.2. Prestação pecuniária

Cuida-se de pena restritiva de direitos criada pela Lei 9.714/1998, disciplinada pelo art. 45, §§ 1.º e 2.º, do Código Penal.

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 (CP, art. 45, § 1.º, 1.ª parte).

Para identificação dos dependentes deve ser utilizada analogicamente a relação contida no art. 16 da Lei 8.213/1991: I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; II – os pais; e III – o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

<sup>15</sup> HC 88.500/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2.ª Turma, j. 20.10.2009, noticiada no Informativo 564.

Qualquer entidade pública pode ser beneficiária do valor correspondente à prestação pecuniária, mas, em se tratando de entidade privada, exige-se que tenha destinação social. Importante destacar que o Poder Judiciário e o Ministério Público não podem ser favorecidos por essa pena, uma vez que não são entidades, embora apresentem destinação social.

O dispositivo legal contém uma **relação preferencial**. Assim, os dependentes somente serão destinatários na ausência da vítima. E as entidades, na falta da vítima e de seus dependentes.

Em se tratando de sanção penal, a prestação pecuniária se reveste de **caráter unilateral, impositivo e cogente**, razão pela qual independe de aceitação da pessoa por ela favorecida. O juiz aplica essa pena sem prévia oitiva da vítima, de seus dependentes ou de entidade pública ou privada com destinação social.

Não pode ser inferior a 1 (um) salário mínimo, nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. E o valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários (CP, art. 45, § 1.º, *in fine*). Essa última parte revela que, nada obstante seja pena restritiva de direitos, a prestação pecuniária ostenta, ainda que indiretamente, caráter de **indenização civil antecipada**, impedindo o enriquecimento ilícito do ofendido ou de seus dependentes. Frise-se, porém, que desaparece qualquer aspecto civil quando o valor fixado na sentença condenatória for destinado em sua totalidade a alguma entidade pública ou privada com destinação social, pois são diversos os beneficiários.

Nesse contexto, em que pese a omissão legislativa, é possível estender a dedução do valor pago a título de prestação pecuniária em relação às **conciliações**, homologadas em juízo, em ações cíveis indenizatórias, qualquer que seja o rito processual. Também será cabível esse desconto no campo dos Juizados Especiais Criminais, tanto em sede de composição dos danos civis ou de transação penal (Lei 9.099/1995, arts. 74 e 76).

Anote-se que, no campo dos Juizados Especiais Criminais, esse abatimento somente poderá ocorrer em ações penais públicas incondicionadas, pois a composição civil redundará em extinção da punibilidade nas ações penais privadas e nas ações penais públicas condicionadas à representação do ofendido ou de quem o represente, inexistindo, por corolário, sanção penal de qualquer espécie.<sup>16</sup>

A fórmula legal abre espaço para verdadeiras situações de **despenalização**. É o que se dá quando a sentença penal determina a prestação pecuniária em favor da vítima de valor igual ou inferior ao posteriormente estipulado em ação de reparação civil. Como tal montante deve ser deduzido da condenação

<sup>16</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 118.

civil, o condenado nada mais fez do que reparar o dano causado pelo crime. A conduta criminosa foi, portanto, despenalizada.

O Código Penal impõe seja efetuado o pagamento **em dinheiro**. Mas, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em **prestação de outra natureza** (CP, art. 45, § 2.º).

Essa fórmula (“prestação de outra natureza”) é excessivamente ampla, dando margem à criação, no caso concreto, de penas indeterminadas e não previstas em lei. É fundamental, pois, a razoabilidade, e também a coerência por parte do juiz da execução penal, pois é nessa fase que será buscada a anuência do beneficiário em caso de impossibilidade do pagamento em moeda corrente.

Na prática, tem sido admitido o pagamento em pedras preciosas, obras de arte, imóveis, automóveis, títulos mobiliários e bens móveis em geral. A Exposição de Motivos da Lei 9.714/1998 fala inclusive em entrega de cestas básicas e fornecimento de mão de obra. Exemplo: um pedreiro é condenado a pagar à vítima do crime por ele praticado a quantia de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) em dinheiro. Diante de sua absoluta impossibilidade financeira, e se a vítima concordar, o juiz pode substituir o pagamento em dinheiro por 100 horas de mão de obra para reforma da casa do ofendido, levando em conta o valor de R\$ 20,00 (vinte reais) por hora de trabalho de um pedreiro.

A prestação pecuniária é uma pena restritiva de direitos. Logo, ao contrário do que ocorre com a pena de multa, se o condenado solvente não efetuar o pagamento devido, frustrando sua execução, deve ser reconvertida em pena privativa de liberdade, com fundamento no art. 44, § 4.º, 1.ª parte, do Código Penal.

Além disso, a fiscalização da sua execução deve ser promovida pelo Ministério Público, pois não se pode delegar essa tarefa, eminentemente pública, à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social.

Finalmente, pode ser formulada a seguinte indagação: Se a reparação do dano é efeito genérico e automático da condenação (CP, art. 91, I), qual a essência da pena de prestação pecuniária, que geralmente busca a indenização da vítima, o que se acentua ao dizer o art. 45, § 2.º, que o valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários?

A prestação pecuniária é mais favorável e vantajosa ao ofendido. De fato, na obrigação de reparar o dano, a vítima ou seus herdeiros têm um título executivo, mas sem liquidez, exigindo-se sua prévia liquidação no juízo cível. Por sua vez, na pena de prestação pecuniária, o magistrado fixa o valor do pagamento a ser formulado à vítima ou aos seus dependentes, que são dispensados da liquidação e do ajuizamento de ação executiva no juízo cível.

### 35.14.2.1. Prestação pecuniária e pena de multa: distinções

Em que pese o comum perfil pecuniário, essas espécies de pena não se confundem.<sup>17</sup>

Inicialmente, a prestação pecuniária constitui-se em pena restritiva de direitos, regulada pelos arts. 44 e 45, §§ 1.º e 2.º, do Código Penal, ao passo que a multa é pena pecuniária propriamente dita, e segue a sistemática dos arts. 49 a 52 do Código Penal.

Se não bastasse, na prestação pecuniária o dinheiro ou prestação de outra natureza é destinado à vítima do crime, aos seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, e seu montante não pode ser inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. Na pena de multa, por sua vez, o valor arrecadado é encaminhado ao Fundo Penitenciário Nacional, e calcula-se entre 10 (dez) e 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, fixando-se cada um deles entre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo até 5 (cinco) salários mínimos.

Finalmente, na prestação pecuniária o valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários, o que não ocorre na pena de multa.

### 35.14.3. Perda de bens e valores

Cuida-se de pena restritiva de direitos que consiste na retirada de bens e valores integrantes do patrimônio lícito do condenado, transferindo-os ao Fundo Penitenciário Nacional. Seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do proveito obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime (CP, art. 45, § 3.º).

Nota-se, de início, a possibilidade de aplicação dessa pena exclusivamente no tocante a crimes, pois o seu valor leva em conta o prejuízo causado ao ofendido ou a vantagem auferida pelo condenado ou por terceiro em decorrência do seu cometimento. Não pode ser utilizada, destarte, para contravenções penais.

Além disso, exige-se tenha o crime produzido algum tipo de prejuízo à vítima ou ainda proporcionado vantagem patrimonial ao responsável pelo crime ou a terceira pessoa. Nessa linha de raciocínio, exemplificativamente, seria uma pena adequada a um crime de furto, mas incabível para crime de participação, na direção de veículo automotor, em competição não autorizada (Lei 9.503/1997 – Código de Trânsito Brasileiro, art. 308).

Em face do caráter pessoal da pena (princípio da personalidade, da intransmissibilidade ou da intranscendência), previsto no art. 5.º, XLV, da

<sup>17</sup> Nesse sentido: STF, HC-ED 88.785/SP, rel. Min. Eros Grau, 2.ª Turma, j. 12.12.2006.

Constituição Federal, a perda de bens e valores não pode ultrapassar a pessoa do condenado. Portanto, é vedado atingir o patrimônio de terceiros.

Essa pena possui nítido **conteúdo confiscatório** – possível e legítimo –, pois foi expressamente admitida pelo art. 5.º, XLVI, “b”, da Constituição Federal. Nada obstante, a Exposição de Motivos da Lei 9.714/1998 sustenta o contrário, alegando ser a prática de um crime motivo justo e suficiente para a perda de bens e valores.

Não deixa, porém, de ser confisco, definido como a retirada dos bens do patrimônio lícito de alguém sem qualquer tipo de indenização.

O dispositivo legal indica o limite máximo dessa pena, sempre o que for maior: o prejuízo causado pelo crime ou o proveito obtido pelo agente ou por terceiro em consequência da prática do crime.

O proveito do crime engloba o bem auferido pela conduta criminosa, seja diretamente (exemplo: o relógio de ouro furtado), seja mediante especificação (exemplo: a joia produzida com o derretimento do relógio de ouro), e também os bens adquiridos pelo agente como consequência da alienação do produto do crime (exemplo: a bicicleta comprada com o dinheiro resultante da venda do relógio).

#### 35.14.3.1. *Perda de bens e valores e confisco como efeito da condenação: distinções*

A perda de bens e valores e o confisco não se confundem. Aquela é uma pena restritiva de direitos (CP, art. 45, § 3.º), ao passo que este é efeito genérico e automático da condenação (CP, art. 91, II). Podem ser impostos cumulativamente, mas as diferenças são nítidas.

O confisco incide sobre os instrumentos ou sobre o produto do crime, de **cujo ilícito**, enquanto a perda de bens e valores recai sobre o **patrimônio lícito** do condenado. Como bem define Damásio E. de Jesus:

Não devemos confundir a pena de perda de bens e valores como pena (CP, art. 43, II) e o confisco (CP, art. 91). Este constitui efeito da condenação e atinge os instrumentos e o produto do crime (*instrumenta e producta sceleris*). Na pena alternativa, os bens e valores são de natureza e origem lícitas.<sup>18</sup>

#### 35.14.4. **Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas**

Cuida-se de pena restritiva de direitos consistente na atribuição de **tarefas gratuitas** ao condenado, em entidades assistenciais, hospitais, escolas,

<sup>18</sup> JESUS, Damásio E. de. *Penas alternativas: anotações à Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 152.



orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais (CP, art. 46, §§ 1.º e 2.º).

A expressão "entidades públicas" deve ser interpretada em sentido amplo, para englobar tanto as públicas em sentido estrito (Administração Pública direta ou indireta), como também as privadas com destinação social.

Essa pena somente é aplicável às **condenações superiores a 6 (seis) meses de privação da liberdade** (CP, art. 46, *caput*).

Nada obstante seja uma pena restritiva de direitos, possui indiretamente caráter de privação da liberdade, já que o condenado deve ficar confinado na entidade destinatária dos serviços, durante algumas horas da semana, para desempenho das atividades impostas pelo juízo da execução. Nesse período, portanto, assemelha-se à pena privativa da liberdade, embora com ela não se confunda, pois o condenado não é retirado do convívio social.

As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do condenado (CP, art. 45, § 3.º). Veda-se, assim, atividade cruel, ociosa, vexatória ou humilhante, que em nada se compatibilizaria com as finalidades da pena. Exemplo: seria inadequado e ilegal determinar a um advogado, condenado pela prática de desacato contra um Delegado de Polícia, a prestação de serviços de limpeza das salas da Delegacia de Polícia em que trabalha a pessoa por ele atingida pela conduta criminosa.

Da mesma forma, não é possível a imposição de prestação de serviços em igreja ou qualquer tipo de templo religioso, por não se tratar de serviço à **comunidade**, além de ofender o caráter laico do Estado (CF, art. 19, I).

As tarefas devem ser cumpridas à razão de **1 (uma) hora de tarefa por dia de condenação**, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho (CP, art. 46, § 3.º). Adotou-se, nesse ponto, o sistema da **hora-tarefa**.

Essa opção foi necessária para permitir a regular execução da pena, já que o cumprimento em dias seria de difícil ou até mesmo impossível fiscalização. Mas apresenta contradição com a regra estipulada pelo art. 10, *in fine*, do Código Penal, pela qual se contam os dias, os meses e os anos pelo calendário comum, isto é, sem conversão dos dias em horas, e também com o art. 11 do Código Penal, pelo qual devem ser desprezadas, nas penas restritivas de direitos, as frações de dias, ou seja, as horas.

Entretanto, se a pena substituída for superior a 1 (um) ano, é facultado ao condenado cumprir a pena alternativa **em menor tempo, nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada** (CP, art. 46, § 4.º).

Essa antecipação da finalização da pena é **faculdade** do condenado, não podendo ser imposta pelo juiz. Além disso, somente é admissível na hipótese de pena privativa de liberdade (substituída por prestação de serviços) superior a 1 (um) ano. Mas, para não transformá-la em pena meramente simbólica, e também para não prejudicar a jornada normal de trabalho do condenado,

estabeleceu o dispositivo legal que a antecipação nunca pode ocorrer em período inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada.

Vejamos um exemplo: o réu é condenado a 2 (dois) anos de reclusão pela prática de furto (CP, art. 155, *caput*). Presentes os requisitos legais, o juiz substitui a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade. O condenado, sequioso por cumprir brevemente a sanção penal, decide trabalhar mais de uma hora por dia. Se trabalhar duas horas por dia, cumprirá integralmente a pena em 1 (um) ano. Mas, se trabalhar mais de duas horas por dia, ainda assim não poderá reduzir a pena para alguém de 1 (um) ano, pois esse tempo representa a metade da pena privativa de liberdade fixada.

#### *35.14.4.1. Execução da prestação de serviços à comunidade*

As tarefas executadas como prestação de serviços à comunidade não serão remuneradas (LEP, art. 30), e também não geram vínculo empregatício com o Estado (LEP, art. 28, § 2.º).

A execução da pena de prestação de serviços à comunidade tem início a partir da data do primeiro comparecimento do condenado à entidade beneficiada (LEP, art. 149, § 2.º).

Cabe ao juiz da execução, nos termos do art. 149 da Lei de Execução Penal: 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 horários em que deverá cumprir a pena; e III – alterar a forma de execução, a fim de ajustá-la às modificações ocorridas na jornada de trabalho.

Finalmente, 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 (LEP, art. 150).

#### *35.14.4.2. Prestação de serviços à comunidade e trabalhos forçados*

Não é correto alegar a inconstitucionalidade da pena de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, sob o fundamento de constituir-se em inaceitável pena de trabalhos forçados (CF, art. 5.º, XLVII, “c”), por dois motivos fundamentais.

Em primeiro lugar, a prestação de serviços tem amparo constitucional, fruto do Poder Constituinte Originário (art. 5.º, XLVI, “d”), afastando, assim, a argumentação de inconstitucionalidade. Como se sabe, não há norma constitucional inconstitucional quando instituída originariamente pelo texto constitu-

cional. Além disso, essa pena restritiva de direitos representa um benefício ao condenado, que pode ou não desempenhar as tarefas atribuídas, optando pela pena substitutiva ou então pela reconversão à pena privativa de liberdade.

#### *35.14.4.3. Prestação de serviços à comunidade e crimes ambientais*

Em relação à **pessoa física**, dispõe o art. 9.º da Lei 9.605/1998 que a prestação de serviços à comunidade consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a parques e jardins públicos e unidades de conservação, e, no caso, de dano da coisa particular, pública ou tombada, na restauração desta, se possível.

Já a **pessoa jurídica** condenada por crime ambiental se sujeita às seguintes tarefas como prestação de serviços à comunidade: a) custeio de programas e de projetos ambientais; b) execução de obras de recuperação de áreas degradadas; c) manutenção de espaços públicos; e d) contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas (Lei 9.605/1998, art. 23).

#### *35.14.4.4. Ausência de local adequado para execução da prestação de serviços à comunidade*

Se, na prática, não existir local adequado para cumprimento dessa pena restritiva de direitos, há três propostas para a solução do problema:

- a) a pena deve ser considerada cumprida, desde que tenha decorrido o tempo a ela correspondente e o condenado estava à disposição do Estado;
- b) deve aguardar-se o oferecimento de local adequado, com a superveniência do início do cumprimento da pena ou então com o reconhecimento da prescrição; e
- c) o juízo da execução deve buscar outro local adequado para o cumprimento da pena restritiva de direitos. Nesse sentido, dispõe o art. 148 da Lei de Execução Penal: “Em qualquer fase da execução, poderá o juiz, motivadamente, alterar a forma de cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana, ajustando-as às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário ou estatal”.

#### **35.14.5. Interdição temporária de direitos**

Essas penas restritivas de direitos estão elencadas pelo art. 47 do Código Penal: 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 habilitação para dirigir veículo; e IV – proibição de frequentar determinados lugares.

As duas primeiras são alvos de críticas, fundadas principalmente na contrariedade às finalidades da pena, especialmente em relação à prevenção especial (ressocialização do criminoso), uma vez que não existe vantagem nenhuma em impedir o condenado de desempenhar uma profissão ou atividade lícita. Deve, sim, ser punido, mas não proibido de exercer profissões ou atividades por si só legais e até mesmo fomentadas pelo Estado.

Vejamos cada uma delas.

#### *35.14.5.1. Proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo*

Essa pena restritiva de direitos é **específica**, uma vez que somente é aplicável ao crime cometido no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes (CP, art. 56).

Diz respeito à **vida pública** do condenado, por relacionar-se a cargo, função ou atividade **pública**, bem como a **mandato eletivo**. E, nada obstante essa pena tenha como propósito englobar as condutas praticadas por funcionários públicos, em consonância com o conceito previsto no art. 327 do Código Penal, não é imprescindível tenha sido praticado um crime contra a Administração Pública, podendo ser um crime comum, desde que com violação dos deveres funcionais do agente.

A interdição temporária de direitos engloba tanto a suspensão daquele que exerce cargo, função ou atividade pública, bem como mandato eletivo, ao tempo da condenação, como também daquele que deixou de exercer tais misteres, voluntariamente ou não, posteriormente à prática do crime.

No tocante à proibição do exercício de **mandato eletivo** de **deputados federais** e **senadores**, parte da doutrina sustenta ser essa pena inconstitucional, pois tais parlamentares somente podem ser proibidos de exercer o mandato na forma prevista na Constituição Federal. Com efeito, o art. 55, VI e § 2.º, previu somente a perda do mandato, e não a interdição temporária.<sup>19</sup>

Com o integral cumprimento da pena, encerra-se a proibição do exercício do direito.

Essa pena, contudo, não se confunde com o efeito da **condenação** relativo à **perda de cargo, função pública ou mandato eletivo**, definido pelo

<sup>19</sup> Nesse sentido, entre outros: GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 1999, p. 146.

art. 92, I, do Código Penal, cabível: 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; e b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

*35.14.5.2. Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público*

Cuida-se também de pena restritiva de direitos **específica**, aplicável exclusivamente ao crime cometido no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes (CP, art. 56). Refere-se, contudo, à esfera **privada** de atuação do condenado, embora dependente de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público.

**Profissão** é o trabalho remunerado e com índole intelectual dominante, tais como a de médico, dentista, advogado e engenheiro. **Ofício** é o trabalho remunerado, predominantemente mecânico ou manual. **Atividade**, por sua vez, tem natureza residual: qualquer outra forma de labor, remunerada ou não. É necessário que dependam, frise-se, de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público, sob pena de ser impossível a ingerência do Estado para exigir a interdição temporária do direito.

O condenado é impedido, durante o tempo da pena, de desempenhar a profissão, ofício ou atividade.

*35.14.5.3. Suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo*

Essa pena aplica-se somente aos crimes culposos de trânsito (CP, art. 57). Mas, como tais crimes encontram-se atualmente previstos em sua maioria pelo Código de Trânsito Brasileiro – Lei 9.503/1997, esse dispositivo foi por ele tacitamente revogado.

Para elucidar o raciocínio, razoável diferenciar, sob a ótica do Código de Trânsito Brasileiro, autorização, permissão e habilitação para dirigir veículos.

A **autorização** é exigida para condução de ciclomotores (CTB, art. 141). Por sua vez, a **permissão** se destina a candidatos aprovados nos exames de habilitação, com validade de um ano (CTB, art. 148, § 2.º). E, finalmente, a **habilitação** diz respeito a condutores definitivamente aprovados nos exames e com licença para dirigir veículos automotores, isto é, portadores de Carteira Nacional de Habilitação (CTB, art. 148, § 3.º).

Extrai-se, desde já, uma primeira conclusão: o art. 47, III, do Código Penal fala apenas em **autorização** ou **habilitação**. Logo, tudo o que se relaciona com a **permissão** deve ser disciplinado pelo Código de Trânsito Brasileiro.

E quanto à **habilitação**, os arts. 302 e 303 do Código de Trânsito Brasileiro **impõem** a cominação cumulativa da pena privativa de liberdade com a pena de suspensão ou proibição de obter permissão ou **habilitação** para dirigir veículo automotor.

Destarte, por se tratar de lei posterior e especial, a **suspensão da habilitação** aos crimes culposos de trânsito também é tratada pelo Código de Trânsito Brasileiro. Além disso, seria impossível e destituída de qualquer finalidade a substituição da pena privativa de liberdade por essa pena restritiva de direitos, resultando em duas penas restritivas de igual natureza.

Resta à incidência do art. 47, III, do Código Penal exclusivamente, portanto, a **suspensão de autorização** para dirigir veículo, autorização esta destinada exclusivamente a **ciclomotores** (CTB, art. 141). Portanto, o juiz somente pode aplicar, com fulcro no art. 47, III, do Código Penal, a pena restritiva de direitos de suspensão de autorização para dirigir ciclomotores relativamente a crimes culposos de trânsito com ele praticados.

E como ciclomotor, na definição do Anexo I do Código de Trânsito Brasileiro, é o “veículo de duas ou três rodas, provido de um motor de combustão interna, cuja cilindrada não exceda a cinquenta centímetros cúbicos (3,05 polegadas cúbicas) e cuja velocidade máxima de fabricação não exceda a cinquenta quilômetros por hora”, essa pena foi praticamente abolida, pois sua aplicação é de quase impossível ocorrência concreta.

Por último, não se deve confundir essa espécie de pena, atinente à suspensão de autorização e aos crimes culposos, com o **efeito da condenação** previsto no art. 92, III, do Código Penal: **inabilitação** para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

#### 35.14.5.4. *Proibição de frequentar determinados lugares*

Essa pena, embora definida pelo art. 47, IV, do Código Penal como restritiva de direitos é, na verdade, uma restrição da liberdade, pois o condenado é atingido diretamente em sua liberdade de locomoção. Além disso, a proibição de frequentar determinados lugares é também uma condição do *sursis* especial (CP, art. 78, § 2.º, “a”).

Cuida-se de pena praticamente inócua, de difícil e inexistente fiscalização.

O legislador poderia ter delimitado o seu âmbito de incidência, indicando expressamente os lugares em que o condenado fica proibido de frequentar. Por exemplo: retornar ao local do crime, comparecer ao local de trabalho ou à residência da vítima e de seus familiares etc. Essa precaução reduziria também a possibilidade – inaceitável – de o juiz violar direitos do condenado, proibindo-o de frequentar locais lícitos e sem vinculação com o crime.

Essa pena é constitucional. Não ofende o princípio da reserva legal a proibição de frequentar “determinados” lugares. Como informam Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior: “Com efeito, trata-se de medida penal que corresponde aos anseios do Direito Penal liberal e democrático, na medida em que representa uma alternativa á pena privativa de liberdade”.<sup>20</sup>

#### 35.14.6. Limitação de fim de semana

Essa modalidade de pena originou-se na Alemanha, e está regulada no Brasil pelo art. 48 do Código Penal.

**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 estabelecimento adequado.

**Parágrafo único.** Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

É pouco aplicada, uma vez que praticamente não existem casas de albergado. E na linha do raciocínio do Superior Tribunal de Justiça: “Se a pena de limitação de fim de semana deve ser efetivada em Casa de Albergado, não pode o paciente, na falta do referido estabelecimento, ser submetido a cumprimento da reprimenda em presídio, situação mais gravosa do que a estabelecida pelo decreto condenatório”.<sup>21</sup>

Em consonância com as regras definidas pelos arts. 94 e 95 da Lei de Execução Penal, o prédio da casa de albergado deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga. Deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras, e instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados.

Cabe ao juiz da execução determinar a intimação do condenado, cientificando-o do local, dias e horário em que deverá cumprir a pena, a qual terá início a partir da data do primeiro comparecimento (LEP, art. 151 e parágrafo único). E, mensalmente, o estabelecimento designado encaminhará ao juiz da execução relatório, e comunicará, a qualquer tempo, a ausência ou falta disciplinar do condenado (LEP, art. 153).

<sup>20</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: RT, 2002. p. 226.

<sup>21</sup> HC 60.919/DF, rel. Min. Gilson Dipp, 5.ª Turma, j. 10.10.2006.

**3515 QUESTÕES****1. (32.º Promotor de Justiça – MP/SC)**

- I – Para a redução da pena, em caso de arrependimento posterior do agente, há necessidade que o crime tenha sido cometido sem violência ou grave ameaça e a recuperação da coisa ou a reparação integral do dano, por ato voluntário do agente, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.
- II – Para a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos exige-se que o réu não seja reincidente em crime doloso. Todavia, se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que não se configure a reincidência específica e a medida seja socialmente recomendável.
- III – Os condenados que cumprem pena em regime fechado e os presos provisórios somente poderão obter autorização de saída temporária, sob escola, em caso de falecimento ou doença grave do cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau ou por necessidade de tratamento, prazo para máximo de 7 dias, renováveis por mais 4 (quatro) vezes no ano.
- IV – Quando se tratar de crime continuado a prescrição da pretensão punitiva regula-se pela pena cominada a cada crime isoladamente, mas a prescrição da pretensão executória regula-se pela pena imposta na sentença, computando-se o acréscimo decorrente da continuação.
- V – Na conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade pelo descumprimento das condições impostas, aplica-se a detração. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o prazo mínimo de 30 (trinta) dias.
- (A) apenas II e V estão corretos.  
(B) apenas II, IV e V estão corretos.  
(C) apenas I, II, e IV estão corretos.  
(D) apenas I e III estão corretos.  
(E) apenas III, IV e V estão corretos.

**2. (23.º Promotor de Justiça – MPU/MPDFT) As penas classificadas como restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direito etc.) são consideradas como**

- (A) subsidiárias às penas privativas de liberdade.  
(B) penas autônomas, substitutivas das penas privativas de liberdade.  
(C) penas que só podem ser aplicadas se concedido o *sursis*.  
(D) penas autônomas, aplicadas cumulativamente às privativas de liberdade.

**3. (24.º Promotor de Justiça – MPU/MPDFT) Assinale a opção incorreta.**

- (A) Quanto à execução das penas privativas de liberdade, o Brasil, com algumas modificações, adota o sistema denominado inglês ou irlandês.  
(B) A fixação do regime inicial de cumprimento da sanção considera a quantidade de pena imposta, a reincidência e as circunstâncias judiciais.  
(C) Na pena de prestação pecuniária, exige-se a demonstração do prejuízo da vítima, a exemplo do que ocorre na multa reparatória.  
(D) Antes de a Lei 9.714/1998 incluir a prestação pecuniária como espécie de pena restritiva de direitos, ela já era prevista na Lei 9.605/1998, que disciplina sanções penais e administrativas das condutas lesivas ao meio ambiente.



4. (82.º Promotor de Justiça – MP/SP) Assinale a alternativa falsa.
- (A) A pena de cinco meses de detenção pode ser substituída por prestação de serviços a comunidade, mas não por multa.
  - (B) Em sede penal, entrando em vigor *lex gravior*, esta não alcança fato praticado anteriormente.
  - (C) Na hipótese de *conatus*, a prescrição antes de transitar em julgado a sentença final começa a correr do dia em que cessou a atividade criminosa.
  - (D) Na ameaça, o sujeito ativo pretende apenas atemorizar o sujeito passivo, e no constrangimento ilegal, aquele pretende conduta positiva ou negativa da vítima.
  - (E) Para que se dê a extinção de punibilidade em caso de sonegação fiscal, o agente deverá promover o pagamento não só do tributo, mas também dos acessórios, antes do recebimento da denúncia.
5. (Defensoria Pública/MA – FCC/2009) A pena privativa de liberdade deve ser substituída por restritiva de direitos quando não for superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça contra a pessoa. O réu foi condenado a pena de um ano e oito meses pelo delito de tráfico de entorpecentes, temos então que
- (A) o crime de tráfico de entorpecentes não contém elemento de violência e grave ameaça à pessoa e o *quantum* da pena não atinge quatro anos sendo, portanto, permitida a substituição da pena.
  - (B) a substituição da pena no caso de tráfico de entorpecentes é expressamente vedada por lei.
  - (C) a substituição da pena é vedada por lei, salvo se o réu colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação de coautores ou partícipes do crime.
  - (D) a pena privativa de liberdade poderá ser substituída desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.
  - (E) a pena privativa de liberdade poderá ser substituída desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa, devendo colaborar na investigação policial.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

**Obs.:** Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no *site* [www.edforametodo.com.br](http://www.edforametodo.com.br).

## PENA DE MULTA

Sumário: 36.1. Conceito – 36.2. Fundo Penitenciário – 36.3. Critério adotado para a pena de multa – 36.4. Aplicação da pena de multa – 36.5. Valor ineficaz da pena de multa – 36.6. Multa excessiva – 36.7. Multa irrisória – 36.8. Pagamento voluntário da multa – 36.9. Execução da pena de multa – 36.10. Causas suspensivas e interruptivas da prescrição da pena de multa – 36.11. Pena de multa e *habeas corpus* – 36.12. Multa e correção monetária – 36.13. Suspensão da execução da multa – 36.14. Multa substitutiva – 36.15. Súmula 171 do Superior Tribunal de Justiça – 36.16. Pena de multa na Lei de Drogas – 36.17. Pena de multa e violência doméstica e familiar contra a mulher – 36.18. Questões.

### 36.1. CONCEITO

É a espécie de sanção penal, de cunho patrimonial, consistente no pagamento de determinado valor em dinheiro em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

Por se tratar de pena, deve respeitar os princípios da reserva legal e da anterioridade, ou seja, é necessária a sua cominação por lei em sentido material e formal, vigente anteriormente à prática do fato típico cuja punição se pretende.

### 36.2. FUNDO PENITENCIÁRIO

O Fundo Penitenciário Nacional foi instituído pela Lei Complementar 79/1994, e constituem-se em seus recursos as multas decorrentes de sentenças penais condenatórias transitadas em julgado.

Como, entretanto, a citada lei não indica a origem das penas de multas, isto é, se provenientes da Justiça Estadual ou da Justiça Federal, bem como o respectivo destino de cada uma delas, entende-se que os Estados da Federação podem legislar sobre o assunto, com a finalidade de encaminhar a sanção pecuniária para o fundo sob sua gestão.

Essa posição tem amparo no art. 24, I, da Constituição Federal, que fixa a competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal sobre direito penitenciário.

Em São Paulo, a Lei Estadual 9.171/1995 criou o Fundo Penitenciário Estadual, dispondo ainda que as multas impostas pela Justiça Estadual a ele se destinam.

### 36.3. CRITÉRIO ADOTADO PARA A PENA DE MULTA

O Código Penal adota como regra, por força do art. 2.º da Lei 7.209/1994 – Reforma da Parte Geral do Código Penal –, o critério do **dia-multa**, pelo qual o preceito secundário de cada tipo penal se limita a cominar a pena de multa, sem indicar seu valor, o qual deve ser calculado com base nos critérios previstos no art. 49 do Código Penal.

Igual critério também é acolhido pelo Decreto-lei 3.688/1941 – Lei das Contravenções Penais.

Em face da redação do art. 12 do Código Penal, essa regra não impede a existência de exceções, ou seja, é possível que leis especiais e o próprio Código Penal se valham, pontualmente, de critérios diversos. É o que ocorre, por exemplo, no crime de abandono material, tipificado pelo art. 244 do Código Penal, em que a multa varia entre uma e dez vezes o maior salário mínimo vigente no país.

A Lei 8.666/1993 – Lei de Licitações –, por seu turno, prevê em seu art. 99, *caput*:

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.

Por sua vez, o art. 43 da Lei 8.245/1991 – Lei de Locações de Imóveis Urbanos, dispõe ser aplicável a multa de 3 (três) a 12 (doze) meses do valor do último aluguel, a ser revertida em favor do locatário.

### 36.4. APLICAÇÃO DA PENA DE MULTA

A pena privativa de liberdade obedece a um sistema trifásico, delineado pelo art. 68, *caput*, do Código Penal.

Já a pena de multa, e somente ela, segue um sistema bifásico, é dizer, sua aplicação deve respeitar duas fases distintas e sucessivas, quais sejam:

1.ª fase: O juiz estabelece o número de dias-multa, que varia entre o mínimo de 10 (dez) e o máximo de 360 (trezentos e sessenta). É o que dispõe o art. 49, *caput*, parte final, do Código Penal.

Para encontrar esse número, leva em conta as circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, do Código Penal, bem como eventuais agravantes e atenuantes genéricas, e ainda causas de aumento e de diminuição da pena. Em suma, todas as etapas que devem ser percorridas para a dosimetria da pena privativa de liberdade são utilizadas para o cálculo do número de dias-multa na sanção pecuniária.

2.ª fase: Já definido o número de dias-multa, cabe agora ao magistrado a fixação do valor de cada dia-multa, que não pode ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse salário (CP, art. 49, § 1.º). Leva-se em conta a situação econômica do réu, nos termos do art. 60, *caput*, do Código Penal.

Com tais dados, o juiz conclui o cálculo da pena de multa, que pode ser assim sintetizado:

<b>Quantidade de dias-multa</b>	x	<b>Valor de cada dia-multa</b>	=	<b>Valor total da pena de multa</b>
Mínimo de 10 e máximo de 360 dias-multa, sendo utilizado o mesmo critério para a aplicação da pena privativa de liberdade – sistema trifásico		Mínimo de 1/30 e máximo de 5 vezes o salário-mínimo, de acordo com a capacidade econômica do agente – art. 60 do CP		O juiz, de acordo com a capacidade do agente, pode aumentá-lo até o triplo, se o entender insuficiente e ineficaz em face da situação financeira do acusado – art. 60, § 1.º, do CP

Esse método possibilita a perfeita individualização da pena de multa, na forma exigida pelo art. 5.º, XLVI, da Constituição Federal. E, anote-se, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é irretroatável o seu valor.<sup>1</sup>

Vejamos dois exemplos:

- 1) Uma pessoa de elevado poder econômico pratica um crime de estelionato. As circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, do Código Penal, lhe são favoráveis. O juiz deve aplicar o número de dias-multa no mínimo legal (10 dias-multa), mas fixar o valor de cada um deles em montante relevante, bem acima do piso legal, em face da situação econômica do réu.
- 2) Outra pessoa, com péssimos antecedentes criminais e conduta social desajustada, portadora de personalidade voltada à prática rotineira de infrações penais, comete uma extorsão com requintes de crueldade. É, todavia, paupérrima. O juiz deve aplicar o número de dias-multa bem acima do mínimo legal, e estipular o valor de cada um deles no patamar raso, diante da condição econômica do réu.

<sup>1</sup> LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. II, p. 143.

### 36.5. VALOR INEFICAZ DA PENA DE MULTA

Concluído o sistema bifásico e calculado o valor da pena de multa, pode o magistrado reputar que, em face do elevado poder econômico do réu, a sanção pecuniária, embora aplicada no máximo legal, é ineficaz. Nessa hipótese, a ele se reserva a faculdade de aumentar o seu valor até o triplo.

Nos crimes contra o sistema financeiro nacional, o valor da pena de multa pode ser estendido até o décuplo (Lei 7.492/1986, art. 33), o que também se verifica nos crimes contra a propriedade industrial (Lei 9.279/1996, art. 197, parágrafo único) e nos crimes previstos nos arts. 33 a 39 da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006, art. 43, parágrafo único).

### 36.6. MULTA EXCESSIVA

O art. 76, § 1.º, da Lei 9.099/1995 autoriza o juiz, nas hipóteses em que a pena de multa seja a única aplicável, a reduzi-la até a metade.

Essa redução somente é possível quando a situação econômica do autor do fato a recomendar.

### 36.7. MULTA IRRISÓRIA

Multa irrisória é a de valor extremamente reduzido. Não há definição legal acerca do seu montante.

A questão controversa reside na necessidade ou não de sua cobrança pelo Estado. Destacam-se duas posições:

- 1) A multa irrisória não deve ser executada em juízo, já que o Poder Público arcará em sua cobrança com valor superior ao que será ao final arrecadado, e o condenado sequer suportará o caráter retributivo da pena.
- 2) A cobrança em juízo é obrigatória. Pouco importa o seu valor: pena de multa é pena, incidindo sobre ela os princípios da imperatividade da sua aplicação e da inderrogabilidade de seu cumprimento. É a dominante.

### 36.8. PAGAMENTO VOLUNTÁRIO DA MULTA

O pagamento voluntário ou espontâneo da pena de multa deve ser efetuado no prazo de 10 (dez) dias depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, como determina o art. 50, *caput*, 1.ª parte, do Código Penal.

O juiz pode, atendendo a requerimento do condenado, e considerando as circunstâncias do caso, permitir o parcelamento do pagamento da pena de multa (CP, art. 50, *caput*, *in fine*). O art. 169 da Lei de Execução Penal determina que esse parcelamento, em prestações iguais e sucessivas, deverá ser pleiteado pelo condenado antes de vencido o prazo legal para pagamento da multa.

A lei não prevê limite ao número de parcelas, reservando-se tal tarefa ao juízo da execução, o qual, antes de decidir sobre o pedido de parcelamento, poderá determinar diligências para verificar a real situação econômica do condenado, e deverá ouvir o Ministério Público (LEP, art. 169, § 1.º).

Concedido o parcelamento, o benefício será revogado pelo juiz, de ofício ou a pedido do Ministério Público, se o condenado for impontual no pagamento ou se melhorar sua condição econômica (LEP, art. 169, § 2.º).

É possível, ainda, que a cobrança da multa seja efetuada mediante desconto na remuneração do condenado, quando tiver sido aplicada isoladamente, cumulativamente com pena restritiva de direitos, ou então quando tiver sido concedida a suspensão condicional da pena (CP, art. 50, § 2.º). Em síntese, somente não se admite a cobrança da multa por meio de desconto na remuneração quando tiver sido imposta pena privativa de liberdade não suspensa.

O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família, e terá como limites o máximo de um quarto e o mínimo de um décimo da remuneração (CP, art. 50, § 2.º, e LEP, art. 168, I).

### 36.9. EXECUÇÃO DA PENA DE MULTA

Pode ocorrer a omissão do condenado durante o prazo legal para pagamento da multa. Procedese, no caso, ao pagamento forçado ou coercitivo, mediante a execução da pena pecuniária, sendo vedada a sua conversão para pena privativa de liberdade.

Com efeito, a Lei 9.268/1996 conferiu ao art. 51 do Código Penal a seguinte redação:

Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

Embora considerada **dívida de valor** após o trânsito em julgado da sentença condenatória, a multa conserva seu caráter de pena. A Lei 9.268/1996 apenas impediu a sua conversão para prisão, mas não afetou sua natureza jurídica. Nem poderia, uma vez que a multa foi tratada como espécie de pena

pelo art. 5.º, XLVI, “c”, da Constituição Federal. Nessa linha de raciocínio o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

A simples conversão da multa em dívida de valor não lhe retira o caráter penal, atribuído pela própria Constituição Federal, no art. 5.º, XLVI, “c”. Subsiste, assim, a regra de que a extinção do processo de execução criminal apenas pode ocorrer se cumprida a pena imposta na sentença, a qual, no caso, compreende não só a privativa de liberdade, mas também a de multa, a menos que sobrevenha alguma das causas extintivas da punibilidade previstas no art. 107 do Código Penal.<sup>2</sup>

Por corolário, a inadimplência da multa seguida da morte do condenado não tem o condão de estender sua cobrança aos seus herdeiros, em obediência ao princípio da personalidade ou intransmissibilidade da pena, consagrado pelo art. 5.º, XLV, da Constituição Federal.

Destaque-se, entretanto, a existência de julgamento do Superior Tribunal de Justiça afirmando ter sido retirado da multa o seu caráter de pena:

A Turma reiterou o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça ao afirmar que, com a redação da Lei 9.268/1996, que conferiu nova redação ao art. 51 do Código Penal, a multa aplicada no processo penal passou a ser considerada dívida de valor e, por conseguinte, executada por meio de execução fiscal (Lei 6.830/1980). Ora, se assim é, não há razão para manter-se ativo o processo de execução criminal. A multa tem caráter extrapenal, pois revogadas as hipóteses de conversão da prestação pecuniária inadimplida em pena privativa de liberdade. O legislador ordinário retirou-lhe o caráter punitivo.<sup>3</sup>

Discute-se a forma adequada para a execução da pena de multa. Há três posições sobre o assunto:

- 1.ª posição: A pena de multa deve ser executada pelo Ministério Público, perante a Vara das Execuções Penais, pelo rito da Lei de Execução Penal. Cabe ao *Parquet*, depois de extrair certidão da sentença penal condenatória com trânsito em julgado, que funcionará como título executivo judicial, requerer, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora (LEP, art. 164, *caput*). Decorrido esse prazo sem o pagamento da multa, ou o depósito da respectiva importância, proceder-se-á à penhora de tantos bens quantos bastem para garantir a execução (LEP, art. 164, § 1.º).
- 2.ª posição: A pena de multa deve ser executada pelo Ministério Público, perante a Vara das Execuções Penais, pelo rito da Lei 6.830/1980

<sup>2</sup> REsp 843.296/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5.ª Turma, j. 29.11.2007.

<sup>3</sup> AgRg no Ag 698.137-RS, rel. Min. Nilson Naves, 6.ª Turma, j. 05.12.2006, noticiado no *Informativo* 307.

– Lei de Execução Fiscal. É a posição consolidada pela Súmula 2 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “A execução da pena de multa criminal deve ser proposta no juízo das execuções penais e terá o rito previsto para as execuções fiscais”.

- 3.<sup>ª</sup> posição: A pena de multa deve ser executada pela Fazenda Pública, perante a Vara das Execuções Fiscais. Essa posição se fundamenta na imposição legal de ser a multa penal considerada dívida de valor, e, conseqüentemente, deve ser cobrada por sua credora, a Fazenda Pública. É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “Com o advento da Lei 9.268/1996, que alterou o art. 51 do Código Penal, a pena de multa passou a ser considerada dívida de valor, cuja cobrança compete à Fazenda Pública, nos moldes da Lei de Execução Fiscal”.<sup>4</sup> Com o trânsito em julgado, o juízo da Vara das Execuções Penais intima o condenado para efetuar, em 10 dias, o pagamento da pena de multa. Decorrido o prazo sem pagamento, extrai-se certidão contendo informações acerca da condenação e da pena de multa, remetendo-se à Fazenda Pública, para execução.

### 36.10. CAUSAS SUSPENSIVAS E INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO DA PENA DE MULTA

O art. 51 do Código Penal determina a aplicação das normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. Incidem, assim, as disposições da Lei 6.830/1980 – Lei de Execução Fiscal, e do Código Tributário Nacional.

Em relação à **suspensão** da prescrição, dispõe o art. 40 da Lei de Execução Fiscal: “O juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição”. A execução da pena de multa permanecerá suspensa até que se localizem bens penhoráveis, e nesse intervalo também estará suspensa a prescrição.

As causas de **interrupção** da prescrição encontram-se no art. 174, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, destacando-se o inciso I: “A prescrição se interrompe pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal”.

### 36.11. PENA DE MULTA E HABEAS CORPUS

Não se admite a utilização do *habeas corpus* para discussão de temas inerentes à pena de multa, pois, como essa espécie de sanção penal não pode

<sup>4</sup> REsp 843.296/RS, rel. Min. Amálio Esteves Lima, 5.<sup>ª</sup> Turma, j. 29.11.2007.



mais ser convertida em privativa de liberdade – em nada afetando a liberdade de locomoção –, incabível se torna o emprego do remédio disciplinado pelo art. 5.º, LXVIII, da Constituição Federal.

Esse fundamento ensejou a edição da Súmula 693 do Supremo Tribunal Federal: “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”.

### 36.12. MULTA E CORREÇÃO MONETÁRIA

Incide correção monetária na pena de multa. O termo inicial é a data em que foi praticada a infração penal, por se tratar de mera atualização do valor.

### 36.13. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA MULTA

Preceitua o art. 52 do Código Penal: “É suspensa a execução da pena de multa, se sobrevém ao condenado doença mental”.

O art. 167 da Lei 7.210/1984 – Lei de Execução Penal – apresenta igual redação.

Note-se que é suspensa a execução da pena de multa, mas não a prescrição, em relação à qual se aplicam os prazos definidos pelo art. 114 do Código Penal.

Com as inovações da Lei 9.268/1996, a execução da pena de multa também será suspensa quando o condenado for absolutamente insolvente, uma vez que em sua cobrança devem ser observadas as disposições contidas na Lei 6.830/1980 – Lei de Execução Fiscal.

### 36.14. MULTA SUBSTITUTIVA

A multa substitutiva ou vicariante é prevista no art. 60, § 2.º, do Código Penal: “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”.

Como não há menção ao inciso I do art. 44 do Código Penal, não se aplica o limite temporal de quatro anos no tocante aos crimes dolosos. Dessa forma, a multa substitutiva da pena privativa de liberdade tem natureza jurídica distinta da pena de multa cominada pelo preceito secundário do tipo penal.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> STF: RHC 90.114/PR, rel. Min. Eros Grau, 2.ª Turma, j. 05.06.2007.

Permanece, portanto, o teto de seis meses,<sup>6</sup> e independe do emprego de violência ou grave ameaça à pessoa.

Basta para a sua incidência que o réu não seja reincidente em crime doloso e, ademais, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indiquem a suficiência da substituição.

### 36.15. SUMULA 171 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Estatui o enunciado: “Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa”.

Essa súmula foi idealizada para atingir o crime de porte de substância entorpecente para uso próprio, á época definido pelo art. 16 da Lei 6.368/1976. Tinha o propósito de impedir que o usuário, valendo-se da multa substitutiva, fosse condenado somente às penas pecuniárias.

Em que pese a revogação do citado diploma legal, a súmula permanece válida e cabível aos casos que se amoldem à sua definição.

### 36.16. PENA DE MULTA NA LEI DE DROGAS

A Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas também se filiou ao sistema do **dia-multa**. Mas as regras relativas ao número de dias-multa e ao valor de cada dia-multa são diversas das estabelecidas pelo Código Penal.

Com efeito, para o crime tipificado pelo art. 28 (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar), o juiz fixará a multa, em quantidade nunca inferior a 40 nem superior a 100 dias-multa, segundo a capacidade econômica do agente, atribuindo a cada dia-multa o valor de 1/30 (um trinta avos) até três vezes o valor do salário mínimo (art. 29, *caput*).

E os valores arrecadados serão creditados à conta do Fundo Nacional Antidrogas (art. 29, parágrafo único).

Já para os crimes inerentes à produção não autorizada e ao tráfico de drogas (arts. 33 a 39), o número de dias-multa correspondente a cada delito será dosado levando-se em conta, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou

<sup>6</sup> STF: HC 98.995/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.ª Turma, j. 19.10.2010, noticiado no *Informativo* 605.

do produto, a personalidade e a conduta social do agente. E, em seguida, o valor do dia-multa deve ser calculado com base nas condições econômicas do réu, não inferior a 1/30 (um trinta avos) nem superior a cinco vezes o salário mínimo (art. 43, *caput*).

Além disso, em caso de concurso de crimes, em qualquer modalidade (concurso material, concurso formal ou crime continuado), as penas de multa serão impostas sempre cumulativamente, e o juiz poderá aumentá-las até o *décuplo se*, em virtude da situação econômica do acusado, considerá-las ineficazes, ainda que aplicadas no máximo (art. 43, parágrafo único).

### Art. 28

<b>Quantidade de dias-multa</b>	x	<b>Valor de cada dia-multa</b>	=	<b>Valor total da pena de multa</b>
<p>Mínimo de 40 e máximo de 100 dias-multa.</p>		<p>Mínimo de 1/30 e máximo de 3 vezes o salário-mínimo, de acordo com a capacidade econômica do agente – art. 29, <i>caput</i> da Lei 11.343/2006</p>		<p><i>Não há previsão de aumento desse valor final pelo juiz</i></p>

### Arts. 33 a 39

<b>Quantidade de dias-multa</b>	x	<b>Valor de cada dia-multa</b>	=	<b>Valor total da pena de multa</b>
<p>O número de dias-multa correspondente a cada delito será dosado levando-se em conta, com proporcionalidade sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>* art. 33, <i>caput</i> e § 1.º – 500 a 1.500</li> <li>* art. 33, § 2.º – 100 a 300</li> <li>* art. 33, § 3.º – 700 a 1.500</li> <li>* art. 34 – 1.200 a 2.000</li> <li>* art. 35 – 700 a 1.200</li> <li>* art. 36 – 1.500 a 4.000</li> <li>* art. 37 – 300 a 700</li> <li>* art. 38 – 50 a 200</li> <li>* art. 38, <i>caput</i> – 200 a 400</li> <li>* art. 38, par. 1.º – 400 a 600</li> </ul>		<p>Mínimo de 1/30 e máximo de 3 vezes o salário-mínimo, de acordo com a capacidade econômica do agente – art. 43, <i>caput</i> da Lei 11.343/2006</p>		<p>O juiz pode aumentar o valor até o <i>décuplo se</i>, em virtude da situação econômica do acusado, considerá-lo ineficaz, ainda que aplicada no máximo – art. 43, parágrafo único da Lei 11.343/2006</p>

## 36.17. PENA DE MULTA E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Estabelece o artigo 17 da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha ser 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.

**36.18. QUESTÕES**

1. (82.º Promotor de Justiça – MP/SP) Multa vicariante é a
  - (A) so imposta a infração administrativa.
  - (B) de valor irrisório.
  - (C) substitutiva.
  - (D) cumulativa à pena privativa de liberdade.
  - (E) aplicada como sanção principal cominada abstratamente como sanção específica a um tipo penal.
  
2. (82.º Promotor de Justiça – MP/SP) “A” cometeu três roubos simples, em concurso formal perfeito, e, quanto à privativa de liberdade, o Juiz aplicou-lhe pena-base no mínimo, com aumento de 1/5, em razão do concurso referido. Além disso, impôs-lhe trinta dias-multa. Tendo em conta tais dados, pode-se dizer que
  - (A) a pecuniária aplicada é excessiva, pois devena ter seguido o critério utilizado para dosar a pena privativa de liberdade.
  - (B) a multa foi aplicada com acerto, obedecendo não ao sistema de exasperação destinado pela legislação às penas privativas de liberdade, mas a outro dispositivo do Código Penal.
  - (C) Não está totalmente errado o quantum de multa, pois o crime é grave.
  - (D) A quantidade de multa imposta contrariou o disposto no Código Penal.
  - (E) A multa deveria ter sido exasperada na proporção de um sexto até metade.
  
3. (84.º Promotor de Justiça – MP/SP) Assinale a alternativa que está em desacordo com disposição do Código Penal relacionada com pena de multa.
  - (A) Relativamente à multa, a prescrição da pretensão punitiva opera-se sempre em 2 anos, mesmo nos casos em que cominada ou aplicada cumulativamente com pena privativa de liberdade.
  - (B) Após o trânsito em julgado da decisão condenatória, aplicam-se à multa as normas pertinentes à dívida ativa da Fazenda Pública.
  - (C) A quantidade dos dias-multa deve ser estabelecida levando-se em conta as circunstâncias judiciais que informam a fixação da pena-base.
  - (D) Incabível multa substitutiva se imposta pena privativa de liberdade superior a um ano.
  - (E) A suspensão condicional da pena não se estende à multa.
  
4. (Procurador do Estado/PR – 2007) Acerca da execução da pena de multa fixada pela Justiça Criminal Estadual, é correto afirmar:
  - (A) Porque a dívida é de valor, a execução da multa objetiva o pagamento de uma soma em dinheiro que, mesmo não realizado por dolo depois de esgotados os meios executórios, jamais poderá ensejar a conversão dessa sanção em prisão.
  - (B) Não paga a multa, a titularidade para promover a execução da dívida será do Ministério Público, haja visto o artigo 164 da Lei de Execução Penal.
  - (C) A cobrança da multa deve ser feita pela Fazenda Pública Estadual e, subsidiariamente, pelo Ministério Público após o crédito ser constituído como título executivo, através de sua inscrição em dívida ativa, observando-se, para tanto, a Lei 6.830/80.
  - (D) A exigibilidade da multa não paga no prazo legal deverá ser de iniciativa exclusiva da Procuradoria Geral do Estado, sendo, porém, desnecessária a inscrição do débito em dívida ativa, pois a obrigação não possui natureza tributária.
  - (E) A cobrança da multa deve ser feita pela Fazenda Pública e, subsidiariamente, pelo Ministério Público, sem, contudo, ser necessária a inscrição do débito em dívida ativa, pois a obrigação tem natureza penal e não tributária.

5. (Defensor Público da União – 2004) Nessa situação, no momento em que se iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade, ocorrerá causa interruptiva da prescrição da pretensão punitiva do Estado, reiniciando-se a contagem do prazo prescricional a partir do dia da interrupção. Julgue o item subsequente, acerca da execução das penas e das medidas de segurança.

Considere a seguinte situação hipotética. Haroldo foi processado por crime contra a ordem tributária, ao omitir o recolhimento de tributo cobrado de terceiro, na qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária. A pena prevista para o crime cometido é a detenção de seis meses a dois anos e multa, e Haroldo foi condenado à pena de oito meses de detenção e multa. Nessa situação, de acordo com a jurisprudência do STJ, Haroldo pode obter a substituição da pena privativa de liberdade a que foi submetido por pena restritiva de direitos ou por multa.

6. (Delegado de Polícia/ES – 2006) Ainda em relação a normas pertinentes à parte geral do Código Penal, julgue o item seguinte.

O ordenamento jurídico em vigor veda a conversão da pena de multa em detenção. A multa é considerada dívida, e seu valor deve ser inscrito na dívida ativa se não for paga pelo condenado solvente.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

Obs.: Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no site [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

## CONCURSO DE CRIMES

**Sumário:** 37.1. Conceito – 37.2. Espécies – 37.3. Sistemas de aplicação da pena no concurso de crimes: 37.3.1. Sistema do cúmulo material; 37.3.2. Sistema da exasperação; 37.3.3. Sistema da absorção – 37.4. Concurso material: 37.4.1. Conceito e dispositivo legal; 37.4.2. Espécies; 37.4.3. Momento adequado para a soma das penas; 37.4.4. Imposição cumulativa de penas de reclusão e detenção; 37.4.5. Cumulação de pena privativa de liberdade com restritiva de direitos; 37.4.6. Cumprimento sucessivo ou simultâneo de penas restritivas de direitos; 37.4.7. Concurso material de crimes e concessão de fiança; 37.4.8. Concurso material e suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/1995) – 37.5. Concurso formal: 37.5.1. Conceito e dispositivo legal; 37.5.2. Espécies; 37.5.3. Aplicação da pena no concurso formal; 37.5.4. Concurso material benéfico; 37.5.5. Teorias sobre o concurso formal – 37.6. Crime continuado: 37.6.1. Conceito e dispositivo legal; 37.6.2. Origem histórica; 37.6.3. Natureza jurídica; 37.6.4. Requisitos do crime continuado; 37.6.5. Espécies de crime continuado e dosimetria da pena; 37.6.6. Concurso material benéfico; 37.6.7. Crime continuado e conflito de leis no tempo; 37.6.8. Crime continuado e prescrição; 37.6.9. Crime continuado e suspensão condicional do processo; 37.6.10. Crime continuado e crime habitual: diferenças – 37.7. Multa no concurso de crimes 37.8. Apontamentos diversos sobre o concurso de crimes: 37.8.1. Concurso de crimes moderado ou limitado; 37.8.2. Concurso de concursos de crimes ou concorrência de concursos; 37.8.3. Concurso de crimes e competência dos Juizados Especiais Criminais; 37.8.4. Concurso entre crimes e contravenções penais – 37.9. Questões.

### 37.1. CONCEITO

Concurso de crimes é o instituto que se verifica quando o agente, mediante uma ou várias condutas, pratica duas ou mais infrações penais.

Pode haver, portanto, unidade ou pluralidade de condutas. Sempre serão cometidas, contudo, duas ou mais infrações penais.

### 37.2. ESPÉCIES

O concurso de crimes pode se manifestar sob três formas: concurso material, concurso formal e crime continuado.

### 37.3. SISTEMAS DE APLICAÇÃO DA PENA NO CONCURSO DE CRIMES

Destacam-se, no Brasil, três sistemas de aplicação da pena no concurso de infrações penais: **cúmulo material**, **exasperação** e **absorção**.

Passemos à análise de cada um deles.

#### 37.3.1. Sistema do **cúmulo material**

Aplica-se ao réu o somatório das penas de cada uma das infrações penais pelas quais foi condenado. Esse sistema foi adotado em relação ao **concurso material** (art. 69), ao **concurso formal imperfeito ou impróprio** (art. 70, *caput*, 2.<sup>a</sup> parte), e, pelo texto da lei, ao **concurso das penas de multa** (art. 72).

#### 37.3.2. Sistema da **exasperação**

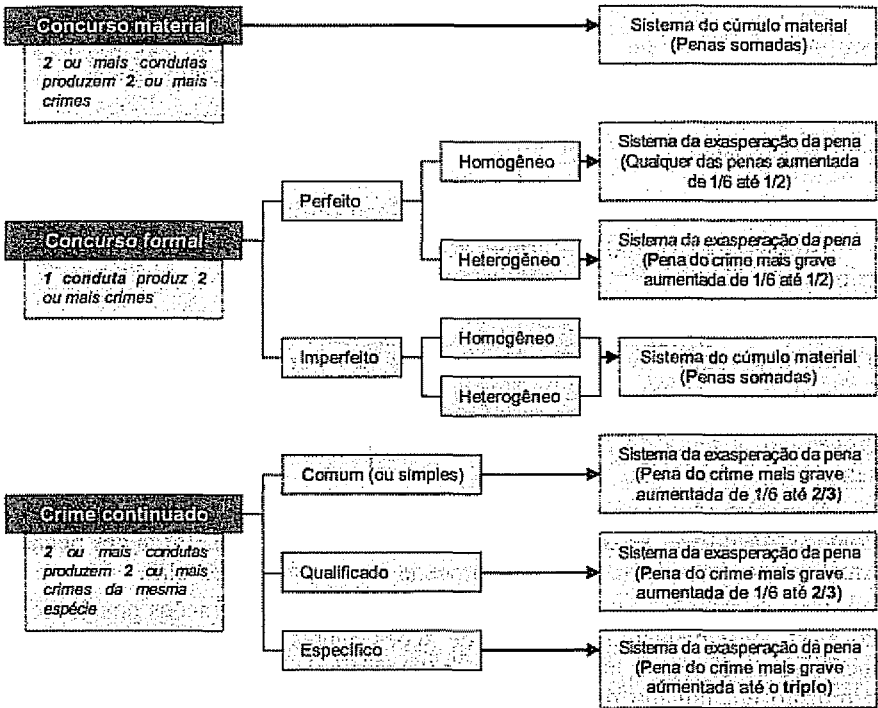
Aplica-se somente a pena da infração penal mais grave praticada pelo agente, aumentada de determinado percentual. É o sistema acolhido em relação ao **concurso formal próprio ou perfeito** (art. 70, *caput*, 1.<sup>a</sup> parte) e ao **crime continuado** (art. 71).

#### 37.3.3. Sistema da **absorção**

Aplica-se exclusivamente a pena da infração penal mais grave, dentre as diversas praticadas pelo agente, sem qualquer aumento.

Esse sistema foi consagrado pela jurisprudência em relação aos **crimes falimentares** praticados pelo falido, sob a égide do Decreto-lei 7.661/1945, em virtude do princípio da unidade ou unicidade dos crimes falimentares. Isso, porém, não impedia o concurso material ou formal entre um crime falimentar e outro delito comum.

Com a entrada em vigor da Lei 11.101/2005 (nova Lei de Falências), a situação deve ser mantida, mas ainda não há jurisprudência consolidada sobre o assunto.



## 37.4 CONCURSO MATERIAL

### 37.4.1. Conceito e dispositivo legal

O concurso material, também chamado de real, está disciplinado pelo art. 69 do Código Penal:

**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 ou de detenção, executa-se primeiro aquela.

§ 1.º 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.

§ 2.º Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.



Há pluralidade de condutas e pluralidade de resultados. O agente, por meio de duas ou mais condutas, pratica dois ou mais crimes, pouco importando se os fatos ocorreram ou não no mesmo contexto fático.

### 37.4.2. Espécies

O concurso material pode ser homogêneo ou heterogêneo.

**Homogêneo**, quando os crimes são idênticos, e **heterogêneo**, quando os crimes são diversos.

### 37.4.3. Momento adequado para a soma das penas

Se houver conexão entre as infrações penais, com a consequente unidade processual, a regra do concurso material é aplicada pelo juiz que profere a sentença condenatória.

O magistrado, em respeito ao princípio constitucional da individualização da pena, deve fixar, separadamente, a pena de cada uma das infrações penais. Em seguida, na própria sentença, procede à soma de todas elas.

Caso, porém, não exista conexão entre as diversas infrações penais, sendo elas, consequentemente, objeto de ações penais diversas, as disposições inerentes ao concurso material serão aplicadas pelo juízo da execução. Com o trânsito em julgado das sentenças, todas as condenações são reunidas na mesma execução, e aí se procederá à soma das penas, na forma prevista no art. 66, III, "a", da Lei de Execução Penal.

### 37.4.4. Imposição cumulativa de penas de reclusão e detenção

Se for imposta pena de reclusão para um dos crimes e de detenção para o outro, executa-se inicialmente a de reclusão (art. 69, *caput*, 2.ª parte, do CP).

### 37.4.5. Cumulação de pena privativa de liberdade com restritiva de direitos

O § 1.º do art. 69 do Código Penal revela a possibilidade de se cumular, na aplicação das penas de crimes em concurso material, uma pena privativa de liberdade, desde que tenha sido concedido *sursis*, com uma restritiva de direitos.

Por lógica, também será admissível a aplicação de pena restritiva de direitos quando ao agente tiver sido imposta pena privativa de liberdade, com regime aberto para seu cumprimento, eis que será possível o cumprimento simultâneo de ambas.

#### 37.4.6. Cumprimento sucessivo ou simultâneo de penas restritivas de direitos

De acordo com o art. 69, § 2.º, do Código Penal, o condenado cumprirá simultaneamente as penas restritivas de direitos que forem compatíveis entre si, e sucessivamente as demais.

Admite-se, por exemplo, o cumprimento simultâneo de prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária. Se forem, todavia, duas penas de limitação de final de semana, serão cumpridas sucessivamente.

#### 37.4.7. Concurso material de crimes e concessão de fiança

Na hipótese de concurso material e concessão de fiança, a Súmula 81 do Superior Tribunal de Justiça estabelece: “Não se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão”.

#### 37.4.8. Concurso material e suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/1995)

A suspensão condicional do processo somente é admissível quando, no concurso material, a somatória das penas impostas ao acusado preencha os pressupostos do art. 89 da Lei 9.099/1995.<sup>1</sup> O total das penas mínimas, portanto, deve ser igual ou inferior a 1 (um) ano.

### 37.5. CONCURSO FORMAL

#### 37.5.1. Conceito e dispositivo legal

Concurso formal, ou *ideal*, é aquele em que o agente, mediante uma única conduta, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não. Como dispõe o art. 70 do Código Penal:

**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.

<sup>1</sup> STF: HC 89.708/BA, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 24.04.2007.

Destacam-se dois requisitos: unidade de conduta e pluralidade de resultados.

A unidade de conduta somente se concretiza quando os atos são realizados no mesmo contexto temporal e espacial. Com efeito, a unidade de conduta não importa, obrigatoriamente, em ato único, pois há condutas fracionáveis em diversos atos, como no caso daquele que mata alguém (conduta) mediante diversos golpes de punhal (atos). Confira-se, a propósito, o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

Roubo qualificado consistente na subtração de dois aparelhos celulares, pertencentes a duas pessoas distintas, no mesmo instante. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de configurar-se concurso formal a ação única que tenha como resultado a lesão ao patrimônio de vítimas diversas, e não erime único.<sup>2</sup>

### 37.5.2. Espécies

#### 37.5.2.1. *Homogêneo e heterogêneo*

O concurso formal, inicialmente, pode ser homogêneo ou heterogêneo.

É **homogêneo** quando os crimes são idênticos. Exemplo: três homicídios culposos praticados na direção de veículo automotor.

Diz-se, por sua vez, **heterogêneo** o concurso formal quando os delitos são diversos. Exemplo: “A”, dolosamente, efetua disparos de arma de fogo contra “B”, seu desafeto, matando-o. O projétil, entretanto, perfura o corpo da vítima, resultando em lesões culposas em terceira pessoa.

#### 37.5.2.2. *Perfeito e imperfeito*

Divide-se o concurso formal, ainda, em perfeito e imperfeito.

**Perfeito**, ou **próprio**, é a espécie de concurso formal em que o agente realiza a conduta típica, que produz dois ou mais resultados, sem agir com designios autônomos.

**Designio autônomo**, ou pluralidade de designios, é o propósito de produzir, com uma única conduta, mais de um crime. É fácil concluir, portanto, que o concurso formal perfeito ou próprio ocorre entre crimes culposos, ou então entre um crime doloso e um crime culposos.

**Imperfeito**, ou **impróprio**, é a modalidade de concurso formal que se verifica quando a conduta dolosa do agente e os crimes concorrentes derivam de designios autônomos. Cuidam-se, assim, de dois crimes dolosos.

<sup>2</sup> HC 91.615/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, 1.ª Turma, j. 11.09.2007.

### 37.5.3. Aplicação da pena no concurso formal

Em relação ao concurso formal perfeito ou próprio, o Código Penal acolheu o sistema da exasperação.

Aplica-se a pena de qualquer dos crimes, se idênticos, ou então a mais grave, aumentada, em qualquer caso, de um sexto até a metade. O critério que norteia o juiz para fixar o aumento da pena entre os patamares legalmente previstos é, exclusivamente, o número de crimes cometidos pelo agente. Essa é a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

A melhor técnica para dosimetria da pena privativa de liberdade, em se tratando de crimes em concurso formal, é a fixação da pena de cada uma das infrações isoladamente e, sobre a maior pena, referente à conduta mais grave, apurada concretamente, ou, sendo iguais, sobre qualquer delas, fazer-se o devido aumento, considerando-se nessa última etapa o número de infrações que a integram.<sup>3</sup>

Essa regra permite a construção da seguinte tabela:

Número de crimes	Aumento da pena
2	1/6
3	1/5
4	1/4
5	1/3
6 ou mais	1/2

No caso de serem perpetrados sete ou mais crimes, deve-se aplicar o montante máximo de aumento, qual seja, a metade, relativamente a seis crimes, ao passo que os demais devem ser considerados como circunstâncias judiciais desfavoráveis para a dosimetria da pena-base, nos moldes do art. 59, *caput*, do Código Penal.

O concurso formal perfeito é causa de aumento de pena, e incide, por corolário, na terceira fase de aplicação da pena. E na aplicação da pena privativa de liberdade, esse aumento não incide sobre a pena-base, mas sobre a pena acrescida por circunstância qualificadora ou causa especial de aumento.<sup>4</sup>

É nítida a conclusão de que a regra do concurso formal perfeito constitui-se em flagrante benefício ao réu. Com efeito, trata-se de fórmula destinada a lhe favorecer, uma vez que a lógica seria responder normalmente por todos os crimes que praticou. O Código Penal utilizou-se dessa opção, todavia, por se tratar de hipótese em que a pluralidade de resultados não deriva de

<sup>3</sup> HC 85.513/DF, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 5.ª Turma, j. 13.09.2007.

<sup>4</sup> STF: RHC 86.080/MG, rel. Min. Cezar Peluso, 1.ª Turma, j. 06.06.2006, noticiado no *Informativo* 433.

designios autônomos, eis que os crimes são culposos, ou, no máximo, apenas um é doloso e os demais, culposos.

Por outro lado, no que diz respeito ao **concurso formal impróprio ou imperfeito**, o art. 70, *caput*, 2.<sup>a</sup> parte, do Código Penal consagrou o **sistema do cúmulo material**. Tal como no concurso material, serão somadas as penas de todos os crimes produzidos pelo agente. E, nesse ponto, agiu acertadamente o legislador.

De fato, se há designios autônomos, há dolo na conduta que produz a pluralidade de resultados, e o agente deve responder por todos os resultados a que deu causa, sem nenhum tratamento diferenciado. Ora, é clara a inexistência de diferença, exemplificativamente, na conduta daquele que, desejando a morte de todos os membros de uma família, ingressa na residência em que vivem e coloca fogo no corpo de cada uma das pessoas, matando-as, da conduta de atear fogo na residência durante o período de repouso noturno, causando a morte de todos os indivíduos.

Em ambas as situações o agente queria a morte de várias pessoas, e as efetivou. Na primeira hipótese, estaria desenhado o concurso material (pluralidade de condutas e pluralidade de resultados), enquanto na segunda restaria delineado o concurso formal (unidade de conduta e pluralidade de resultados).

O tratamento jurídico, por questões de lógica, de bom senso, e, notadamente, de Justiça, deve ser idêntico em ambos os casos.

#### 37.5.4. Concurso material benéfico

Estatui o parágrafo único do art. 70 do Código Penal: "Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código".

O concurso formal próprio ou perfeito, no qual se adota o sistema da exasperação para aplicação da pena, foi criado para favorecer o réu, afastando o rigor do concurso material nas hipóteses em que a pluralidade de resultados não deriva de designios autônomos.

Seria contraditório, portanto, que a sua regra, no caso concreto, prejudicasse o agente. Assim, quando o sistema da exasperação for prejudicial ao acusado, deve ser excluído, para o fim de incidir o sistema do cúmulo material, pois a soma das penas é mais vantajosa do que o aumento de uma delas com determinado percentual, ainda que no patamar mínimo.

Veja-se o seguinte exemplo: "A", com a intenção de ser promovido na empresa em que trabalha, arremessa, dolosamente, uma pedra contra a cabeça de "B", com o escopo de tirá-lo da disputa pela vaga (motivo torpe), matando-o. Em face de sua imprudência, uma vez que o local em que foi praticada a conduta estava repleto de pessoas, a pedra atinge também a perna de "C", nele produzindo, culposamente, lesões corporais. Após o

regular trâmite da ação penal, é condenado pela prática dos dois crimes, em concurso formal perfeito.

Levando-se em conta o mínimo legal de cada um dos crimes, como devem as penas ser aplicadas?

O homicídio qualificado tem a pena mínima de 12 anos de reclusão, e as lesões corporais culposas, detenção de 2 meses.

De acordo com o sistema da exasperação, o cálculo seria: 12 anos de reclusão (crime mais grave) + 1/6 (aumento mínimo) = 14 anos de reclusão (pena final).

Já para o sistema do cúmulo material, o cálculo seria outro: 12 anos de reclusão (homicídio qualificado) + 2 meses de detenção (lesões culposas) = 12 anos de reclusão e 2 meses de detenção (pena final).

Conclui-se, pois, ser em alguns casos o sistema do cúmulo material melhor do que o da exasperação, prevalecendo sobre este. Fala-se, no caso, em **concurso material benéfico** ou **favorável**.

### 37.5.5. Teorias sobre o concurso formal

Apontam-se, em doutrina, duas teorias acerca do concurso formal de crimes.

Pela **teoria subjetiva**, exige-se unidade de desígnios na conduta do agente para a configuração do concurso formal.

Já pela **teoria objetiva**, bastam a unidade de conduta e a pluralidade de resultados para a caracterização do concurso formal. Pouco importa se o agente agiu ou não com unidade de desígnios. Foi acolhida pelo Código Penal, uma vez que o art. 70, *caput*, 2.<sup>a</sup> parte, admite o concurso formal imperfeito, em que despontam os desígnios autônomos.

## 37.6. CRIME CONTINUADO

### 37.6.1. Conceito e dispositivo legal

Crime continuado, ou continuidade delitiva, é a modalidade de concurso de crimes que se verifica quando o agente, por meio de duas ou mais condutas, comete dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, local, modo de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro.

Nos termos do art. 71 do Código Penal:

**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 1/6 (um sexto) a 2/3 (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.

### 37.6.2. Origem histórica

O crime continuado, como unidade delitiva, surgiu como forma de manifestação às leis penais excessivamente severas. Originou-se como fenômeno de defesa fundado em sentimento de humanidade, por meio dos glosadores italianos, notadamente Bartolo de Sassoferrato e Baldo de Ubaldi, no século XIV.

A ideia por eles concebida foi posteriormente desenvolvida pelos práticos italianos dos séculos XV e XVI, destacando-se Julio Claro e Próspero Farinaccio, que propuseram considerar três ou mais furtos como um crime único, quando haviam sido cometidos em determinadas condições, especialmente de tempo e lugar, pois a legislação penal da época impunha a pena de morte ao autor do terceiro furto.<sup>5</sup>

Aquela época, constava da lei Carolina, como informa Manzini: “Se ficar devidamente provado que o ladrão atual se encontra na prática do seu terceiro furto, ver-se-á considerado como “ladrão famoso”, não menos culpado do que os ladrões violentos, e deverá ser condenado à morte”.<sup>6</sup>

### 37.6.3. Natureza jurídica

Duas teorias principais buscam explicar o fundamento do crime continuado: a da ficção jurídica e a da realidade.

Para a **teoria da ficção jurídica**, desenvolvida por Francesco Carrara, como seu próprio nome indica, a continuidade delitiva é uma ficção criada pelo Direito. Existem, na verdade, vários crimes, considerados como um único delito para fins de aplicação da pena.<sup>7</sup> Os diversos **delitos parcelares**

<sup>5</sup> FONTÁN BALESTRA, *Derecho penal – Introducción y parte general*. 17. ed. atual. por Guillermo A. C. Ledesma. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002. p. 450.

<sup>6</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. *Do crime continuado*. 2. ed. São Paulo: RT, 1969. p. 42.

<sup>7</sup> CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*. Parte general. Bogotá: Temis, 2004. v. I, p. 343 e ss.

formam um crime final. Foi a teoria acolhida pelo art. 71 do Código Penal. Confira-se:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade de o magistrado sentenciante fixar a pena em limite superior ao mínimo legal, desde que indique, concretamente, as razões justificadoras da exacerbação penal. A ficção jurídica do delito continuado, consagrada pela legislação penal brasileira, vislumbra, nele, uma unidade incindível, de que deriva a impossibilidade legal de dispensar, a cada momento desse fenômeno delituoso, um tratamento penal autônomo.<sup>8</sup>

A unidade do crime continuado se opera exclusivamente para fins de aplicação da pena. Para as demais finalidades há concurso, tanto que a prescrição, por exemplo, é analisada separadamente em relação a cada delito, como se extrai do art. 119 do Código Penal e da Súmula 497 do Supremo Tribunal Federal: "Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação".

Por outro lado, a **teoria da realidade**, ou da **unidade real**, idealizada por Bernardino Alimena, vislumbra o crime continuado como um único delito. Para ele, a conduta pode ser composta por um ou vários atos, os quais não necessariamente guardam absoluta correspondência com a unidade ou pluralidade de delitos.<sup>9</sup>

#### 37.6.4. Requisitos do crime continuado

A análise do art. 71, *caput*, do Código Penal autoriza a ilação de que o reconhecimento do crime continuado depende da existência simultânea de três requisitos: (1) pluralidade de condutas; (2) pluralidade de crimes da mesma espécie; e (3) condições semelhantes de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes.

Doutrina e jurisprudência divergem acerca da necessidade de um **quarto requisito**, consistente na **unidade de desígnio**.

##### 37.6.4.1. Pluralidade de condutas

O Código Penal é taxativo ao exigir seja o crime continuado praticado "mediante mais de uma ação ou omissão".

Tal como no concurso material, o crime continuado reclama uma pluralidade de condutas, o que não se confunde com a mera pluralidade de atos. Repita-se, nada impede seja uma conduta composta de diversos atos.

<sup>8</sup> STF: HC 70.593/SP, rel. Min. Celso de Mello, 1.ª Turma, j. 05.10.1993, noticiado no *Informativo* 448.

<sup>9</sup> ALIMENA, Bernardino. *Principios de derecho penal*. Trad. Eugenio Cuello Callón. Madrid: Victoriano Suárez, 1915. v. I, p. 492.



#### 37.6.4.2. *Pluralidade de crimes da mesma espécie*

A pluralidade de condutas é necessária para ensejar a prática de dois ou mais crimes da mesma espécie.

Surge então uma primeira indagação: O que são crimes da mesma espécie?

A doutrina e a jurisprudência se dividem sobre o assunto.

Para uma primeira posição, amplamente consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça, crimes da mesma espécie são aqueles **tipificados pelo mesmo dispositivo legal**, consumados ou tentados, seja na forma simples, privilegiada ou qualificada.<sup>10</sup>

Mas não basta. Os crimes precisam possuir a mesma estrutura jurídica, ou seja, devem ser idênticos os bens jurídicos tutelados. Nesse sentido, roubo e latrocínio, embora previstos no art. 157 do Código Penal (são crimes do mesmo gênero), não são crimes da mesma espécie.<sup>11</sup>

É importante destacar a firmeza do Supremo Tribunal Federal no sentido de furto e roubo não serem crimes da mesma espécie, afastando a regra da continuidade delitiva:

A Turma reafirmou jurisprudência da Corte no sentido de não haver continuidade delitiva entre os crimes de roubo e de furto. (...) Considerou-se que os referidos delitos são de espécies distintas, uma vez que o furto tem como bem jurídico violado somente o patrimônio, enquanto o roubo, crime pluriofensivo e complexo, ofende o patrimônio, a liberdade individual e a integridade física da vítima, o que afasta o nexo de continuidade e enseja a aplicação da regra do concurso material.<sup>12</sup>

Na doutrina, é o entendimento, dentre outros, de Damásio E. de Jesus e Néelson Hungria.

A outra posição, da qual são partidários, entre outros, Manoel Pedro Pimentel, Basileu Garcia e Heleno Cláudio Fragoso, sustenta serem crimes da mesma espécie aqueles que tutelam o mesmo bem jurídico, pouco importando se estão ou não previstos no mesmo tipo penal. Exemplificativamente, para essa posição, com diminuto eco nos Tribunais, furto, estelionato e apropriação indébita – crimes contra o patrimônio – seriam da mesma espécie.

<sup>10</sup> HC 86.860/CE, rel. Ministra Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 20.11.2007. Em relação à inexistência de continuidade delitiva entre furto e estelionato: HC 28.579/SC, rel. originário Min. Paulo Medina, rel. para acórdão Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6.ª Turma, j. 02.02.2006, noticiado no *Informativo* 272.

<sup>11</sup> STJ: REsp 751.002/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma j. 27.10.2009, noticiado no *Informativo* 413.

<sup>12</sup> HC 97.057/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.ª Turma, j. 03.08.2010, noticiado no *Informativo* 594.

#### 37.6.4.3. *Conexão temporal*

A lei ainda exige condições de tempo semelhantes, o que importa dizer que não se admite um intervalo excessivo entre um crime e outro. É importante frisar que se trata de conexão temporal, e não de imediatismo cronológico.<sup>13</sup>

A jurisprudência consagrou um critério objetivo, pelo qual entre um crime parcelar e outro não pode transcorrer um hiato superior a 30 (trinta) dias. Mas, em ação penal pela prática de crime contra a ordem tributária, o Pretório Excelso excepcionalmente admitiu a continuidade delitiva com intervalo temporal de até 3 (três) meses entre as condutas.<sup>14</sup>

Nessa ótica, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que, se as séries delituosas estão separadas por espaço temporal igual a seis meses, não se há de falar em crime continuado, mas em reiteração criminosa, incidindo a regra do concurso material.<sup>15</sup>

#### 37.6.4.4. *Conexão espacial*

Reclama-se também sejam os crimes praticados em semelhantes condições de lugar.

A jurisprudência firmou o entendimento de que os diversos delitos devem ser praticados na mesma cidade, ou, no máximo, em cidades contíguas, próximas entre si.

Essa posição é amplamente majoritária, embora existam julgados isolados no sentido de admitir distâncias maiores entre as cidades nas quais os crimes são cometidos.

#### 37.6.4.5. *Conexão modal*

A lei ainda impõe a semelhança entre a maneira de execução pela qual os crimes são praticados, isto é, o agente deve seguir sempre um padrão análogo em suas diversas condutas. Um furto praticado por meio de escalada e outro efetuado com rompimento de obstáculo, por exemplo, malgrado compreendidos como crimes da mesma espécie, impedem a continuidade delitiva, em face do distinto modo de execução.

Pelo mesmo motivo, a variação de comparsas e o fato de o agente praticar um crime isoladamente e outro em concurso inviabilizam a configuração do crime continuado.

<sup>13</sup> LYRA, Roberto. *A expressão mais simples do direito penal*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 184.

<sup>14</sup> HC 89.573/PE, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1.ª Turma, j. 13.02.2007, noticiado no *Informativo* 456.

<sup>15</sup> HC 87.495/SP, rel. Min. Eros Grau, 1.ª Turma, j. 07.03.2006.

#### 37.6.4.6. *Conexão ocasional*

Não foi prevista em lei, mas é exigida por parcela da doutrina e da jurisprudência, em razão de admitir o art. 71, *caput*, do Código Penal, “outras [condições] semelhantes”.

O agente, para executar os crimes posteriores, deve se valer da ocasião proporcionada pelo crime anterior.

#### 37.6.4.7. *Crime continuado e unidade de desígnio*

Há duas teorias no que diz respeito à necessidade de o crime continuado ser praticado pelo agente com unidade de desígnio:

**1.ª Teoria objetivo-subjetiva:** Não basta a presença dos requisitos objetivos previstos no art. 71, *caput*, do Código Penal. Reclama-se também a unidade de desígnio, isto é, os vários crimes resultam de plano previamente elaborado pelo agente.

É a posição adotada, entre outros, por Eugenio Raúl Zaffaroni, Magalhães Noronha e Damásio E. de Jesus, e amplamente dominante no âmbito jurisprudencial. Confira-se:

Para configurar o crime continuado, na linha adotada pelo Direito Penal brasileiro, é imperioso que o agente: a) pratique mais de uma ação ou omissão; b) que as referidas ações ou omissões sejam previstas como crime; c) que os crimes sejam da mesma espécie; d) que as condições do crime (tempo, lugar, modo de execução e outras similares) indiquem que as ações ou omissões subsequentes efetivamente constituem o prosseguimento da primeira. É assente na doutrina e na jurisprudência que não basta que haja similitude entre as condições objetivas (tempo, lugar, modo de execução e outras similares). É necessário que entre essas condições haja uma ligação, um liame, de tal modo a evidenciar-se, de plano, terem sido os crimes subsequentes continuação do primeiro. O entendimento desta Corte é no sentido de que a reiteração criminosa indicadora de delinquência habitual ou profissional é suficiente para descaracterizar o crime continuado.<sup>16</sup>

Essa posição deve ser utilizada em concursos públicos que exigem uma postura mais rigorosa do candidato, para o fim de diferenciar o crime continuado, extremamente vantajoso ao réu, da atividade habitual daquele que adota o crime como profissão.

**2.ª Teoria objetiva pura ou puramente objetiva:** Basta a presença dos requisitos objetivos elencados pelo art. 71, *caput*, do Código Penal.

<sup>16</sup> STF: RHC 93.144/SP, rel. Min. Menezes Direito, 1.ª Turma, j. 18.03.2008. Em igual sentido: STF: RHC 85.577/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, 2.ª Turma, j. 16.08.2005. No STJ: HC 54.802/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5.ª Turma, j. 27.03.2008; HC 93.440/SP, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 21.02.2008, e REsp 819.743/PR, rel. Min. Gilson Dipp, 5.ª Turma, j. 17.08.2006.

Sustenta ainda que, como o citado dispositivo legal apresenta apenas requisitos objetivos, as “outras semelhantes” condições ali admitidas devem ser de natureza objetiva, exclusivamente.

Traz ainda o argumento arrolado pelo item 59 da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal: “O critério da teoria puramente objetiva não revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva”.

Em suma, dispensa-se a intenção do agente de praticar os crimes em continuidade. É suficiente a presença das semelhantes condições de índole objetiva.

É a posição, na doutrina, de Roberto Lyra, Néelson Hungria e José Frederico Marques.

### 37.6.5. Espécies de crime continuado e dosimetria da pena

O art. 71 do Código Penal apresenta três espécies de crime continuado: simples, qualificado e específico. Foi adotado, em todos os casos, o sistema da exasperação.

Crime continuado **simples** ou **comum** é aquele em que as penas dos delitos parcelares são idênticas. Exemplo: três furtos simples. Aplica-se a pena de um só dos crimes, aumentada de 1/6 a 2/3.

No crime continuado **qualificado**, as penas dos crimes são diferentes. Exemplo: um furto simples e um furto qualificado. Aplica-se a pena do crime mais grave, exasperada de 1/6 a 2/3.

Em ambas as situações, o vetor para o aumento da pena entre 1/6 e 2/3 é o número de crimes, exclusivamente.<sup>17</sup> Segue-se a sistemática abaixo:

Número de crimes	Aumento da pena
2	1/6
3	1/5
4	1/4
5	1/3
6	1/2
7 ou mais	2/3

<sup>17</sup> STJ: HC 115.902/RJ, rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 18.11.2010, noticiado no *Informativo* 456.

Na hipótese de serem cometidos oito ou mais crimes, deve-se aplicar o montante máximo de aumento, qual seja, 2/3, relativamente a sete crimes, enquanto os restantes serão considerados circunstâncias judiciais desfavoráveis para a dosimetria da pena-base, nos moldes do art. 59 do Código Penal.

Por sua vez, crime continuado **específico** é o previsto no parágrafo único do art. 71 do Código Penal, o qual se verifica nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. Aplica-se a pena de qualquer dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada até o triplo.

A lei não indica o percentual mínimo de aumento da pena, mas somente o máximo (até o triplo). Mas, por óbvio, em sintonia com o *caput*, deve ser utilizado o mínimo de 1/6, pois, caso contrário, o crime continuado seria inútil por se confundir com o concurso material, ofendendo-se a vontade da lei e a origem do instituto, consistente em tratar de forma benéfica os autores de crimes da mesma espécie ligados entre si pelas mesmas condições de tempo, local, maneira de execução e outras semelhantes. Na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal:

A doutrina e a jurisprudência dos Tribunais – inclusive a desta Suprema Corte – acentuam que, no delito continuado específico (cometido, dolosamente, com violência à pessoa), previsto no art. 71, parágrafo único, do Código Penal, a exasperação da pena varia de um sexto (limite mínimo) até o triplo (limite máximo), calculada, quando desiguais as sanções cabíveis, sobre a pena cominada para o delito sujeito à punição mais grave.<sup>18</sup>

Observa-se, nessa modalidade, a possibilidade de crime continuado contra bens jurídicos personalíssimos, inclusive contra vítimas diferentes, tal como na pluralidade de homicídios. Com o advento na Nova Parte Geral do Código Penal, introduzida pela Lei 7.209/1984, forçoso concluir pela insubsistência da Súmula 605 do Supremo Tribunal Federal, a qual vedava a continuidade delitiva nos crimes contra a vida.<sup>19</sup>

O crime continuado, em qualquer de suas espécies, constitui-se em **causa obrigatória de aumento da pena**, e incide, por corolário, na **terceira fase** de aplicação da pena. Se, entretanto, os diversos crimes parcelares forem objetos de variadas ações penais, em juízos distintos, não unificadas antes do trânsito em julgado, é possível a unificação das penas em sede de execução, com fulcro no art. 82 do Código de Processo Penal: “Se, não obstante a conexão ou continência, forem instaurados processos diferentes, a autoridade de jurisdição prevalente deverá avocar os processos que corram perante outros juizes, salvo se já estiverem com sentença definitiva. Neste caso, a unidade dos processos se dará, ulteriormente, para efeito de soma ou unificação das penas”.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> HC 70.593/SP, rel. Min. Celso de Mello, 1.ª Turma, j. 05.10.1993, noticiado no *Informativo* 448.

<sup>19</sup> Súmula 605 do STF: “Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida”.

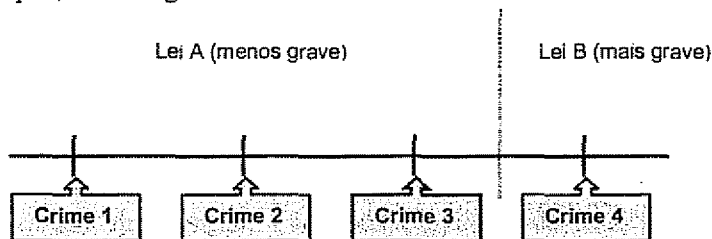
<sup>20</sup> STF: HC 81.134/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1.ª Turma, j. 07.08.2007, noticiado no *Informativo* 475.

### 37.6.6. Concurso material benéfico

Pelos mesmos fundamentos explicados no concurso formal (item 37.5.4.), a pena do crime continuado não pode exceder a que seria resultante do concurso material. É o que se extrai da parte final do art. 71, parágrafo único, do Código Penal.<sup>21</sup>

### 37.6.7. Crime continuado e conflito de leis no tempo

O crime continuado é formado por uma pluralidade de crimes da mesma espécie. Pode ocorrer de estar em vigor uma determinada lei para um grupo de delitos, e, com a superveniência de outra lei, mais gravosa, ser praticada uma nova série de crimes, todos eles em continuidade, nos moldes do art. 71, *caput*, do Código Penal.



A lei mais gravosa deve ser aplicada a toda a série delitiva, pois o agente que insistiu na empreitada criminosa, depois da entrada em vigor da nova lei, tinha a opção de seguir ou não seus mandamentos. Além disso, se o crime continuado é um único delito para fins de aplicação da pena, deve incidir a lei em vigor por ocasião da sua conclusão.

Nesse sentido é o teor da Súmula 711 do Supremo Tribunal Federal: “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”.

### 37.6.8. Crime continuado e prescrição

A teoria da ficção jurídica considera vários crimes como um só para fins de aplicação da pena. Para os demais efeitos subsiste a pluralidade de delitos.

Em relação à extinção da punibilidade, destacando-se a prescrição como uma de suas formas, o art. 119 do Código Penal estatui: “No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente”.

<sup>21</sup> STF: HC 88.253/RJ, rel. Min. Eros Grau, 2.ª Turma, j. 02.05.2006.

E, especificamente no tocante à prescrição do crime continuado, estabelece a Súmula 497 do Supremo Tribunal Federal: “Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação”.

Tomemos o exemplo de dois furtos qualificados praticados em continuidade delitiva, com aplicação da pena privativa de liberdade no patamar mínimo. A operação seria: 2 anos (pena mínima) + aumento de 1/6 em face da continuidade delitiva (4 meses) = pena final de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses.

Essa pena prescreve em 8 (oito) anos, conforme previsto no art. 109, IV, do Código Penal.

Com a aplicação da Súmula 497 do Supremo Tribunal Federal, porém, a prescrição será calculada com base na pena de 2 (dois) anos, desprezando-se o aumento decorrente da continuação. Logo, a prescrição se concretizará em 4 (quatro) anos (CP, art. 109, V).

### 37.6.9. Crime continuado e suspensão condicional do processo

O instituto da suspensão condicional do processo encontra previsão no art. 89 da Lei 9.099/1995, assim redigido:

**Art. 89.** Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) anos a 4 (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).

O crime continuado, pela teoria da ficção jurídica aceita pelo Código Penal, é um único crime para fins de aplicação da sanção penal, sobre o qual deve incidir a exasperação de 1/6 a 2/3, por se tratar de causa obrigatória de aumento da pena.

Para se admitir a suspensão condicional do processo, portanto, é necessário respeitar o limite da pena mínima do crime, de 1 ano, aí já computado o aumento decorrente da continuação. Dois estelionatos em continuidade delitiva, por exemplo, não comportariam o benefício processual, pois a pena rasa seria de 1 (um) ano e 2 (dois) meses, corolário do mínimo da cominação legal (1 ano) majorado de 1/6 (2 meses).

É o que estabelece a Súmula 723 do Supremo Tribunal Federal: “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 1/6 (um sexto) for superior a 1 (um) ano”.

### 37.6.10. Crime continuado e crime habitual: diferenças

No crime continuado, vários delitos, por ficção jurídica, são legalmente considerados como um só, para fins de aplicação da pena. Cada crime parcelar, contudo, tem existência autônoma, e, não fosse a série de continuidade, subsistiria isoladamente como fato punível. Como exemplo, três apropriações indébitas cometidas por um indivíduo nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outra semelhantes caracterizam um crime continuado, mas não se pode dizer que uma apropriação indébita, por si só, não seja crime.

De seu turno, crime habitual é aquele em que cada ato isolado representa um indiferente penal. O crime somente se aperfeiçoa quando a conduta é reiteradamente praticada pelo agente. Exemplificativamente, cada ato de exercício ilegal da medicina, analisado separadamente, é irrelevante, mas a pluralidade de atos iguais acarreta na tipicidade do fato.

### 37.7. MULTA NO CONCURSO DE CRIMES

Estabelece o art. 72 do Código Penal: "No concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente".

Como já mencionado, a interpretação literal do texto da lei revela a adoção, no tocante às penas de multa no concurso de crimes, do sistema do cúmulo material.

Essa conclusão é inquestionável no tocante ao concurso material e ao concurso formal. Mas há forte controvérsia em relação ao crime continuado. Discute-se se, nessa hipótese, as multas cominadas aos diversos delitos praticados pelo agente devem ser somadas (sistema do cúmulo material), ou então aplicada somente uma delas, com aumento de determinado percentual (sistema da exasperação).

Para os partidários da primeira corrente, o art. 72 do Código Penal foi taxativo ao determinar a soma das penas de multa no concurso de crimes, pouco importando a sua modalidade, isto é, se concurso material, formal, ou, ainda, crime continuado. Não se poderia, assim, ser acolhida interpretação diversa, em manifesta oposição ao texto legal.

Além disso, a posição geográfica da regra revelaria a intenção do legislador de fazer valer seu mandamento a todas as espécies de concurso de crimes. Com efeito, por estar no art. 72, irradiaria seus efeitos sobre os arts. 69, 70 e 71, todos do Código Penal. É a posição dominante em sede doutrinária.

Os adeptos da segunda corrente, por outro lado, alegam que a adoção da teoria da ficção jurídica pelo art. 71 do Código Penal implica na aplicação de uma única pena de multa, por se tratar de crime único para fins de



dosimetria da sanção penal. Não teria sentido aplicar-se uma só pena privativa de liberdade, e várias penas de multa, para um crime continuado. É a posição majoritária no âmbito jurisprudencial. Veja-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça:

A pena de multa, aplicada no crime continuado, escapa à norma contida no art. 72 do Código Penal. As penas de multa, no caso de concurso de crimes, material e formal, aplicam-se cumulativamente, diversamente do que ocorre com o crime continuado, indubitoso concurso material de crimes gravado pela menor culpabilidade do agente, mas que é tratado como crime único pela lei penal vigente, como resulta da simples letra dos arts. 71 e 72 do Código Penal, à luz dos arts. 69 e 70 do mesmo diploma legal.<sup>22</sup>

## 37.8. APONTAMENTOS DIVERSOS SOBRE O CONCURSO DE CRIMES

### 37.8.1. Concurso de crimes moderado ou limitado

O concurso de crimes é moderado ou limitado em razão do teto máximo de 30 anos para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Embora a somatória das penas possa ultrapassar esse montante, o efetivo cumprimento deverá obedecer ao prazo previsto no art. 75 do Código Penal. Fala-se, assim, em moderação ou limitação ao concurso de crimes.

### 37.8.2. Concurso de concursos de crimes ou concorrência de concursos

É possível entre as modalidades de concurso de crimes.

Imagine-se, exemplificativamente, que determinada pessoa pratique, em um dia, três homicídios simples em concurso formal, e, no outro dia, mais dois crimes de homicídio simples, também em concurso formal. Entre esses dois blocos de concursos haverá concurso material. A imputação seria assim definida: art. 121, *caput*, por três vezes, na forma do art. 70, *caput*, 1.ª parte, em concurso material (art. 69) com art. 121, *caput*, por duas vezes, na forma do art. 70, *caput*, 1.ª parte.

A pena seria calculada pelo juiz com base nas seguintes etapas:

- a) no tocante aos três crimes praticados no primeiro dia, utilização da pena do crime de homicídio simples (reclusão, de 6 a 20 anos),

<sup>22</sup> AgRg no REsp 607.929/PR, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6.ª Turma, j. 26.04.2007. No mesmo sentido: HC 95.641/DF, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 6.ª Turma, j. 18.03.2008, e REsp 905.854/SP, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 25.10.2007.

aumentada de 1/6 até 1/2. Pelo critério adotado, seria exasperada em 1/5, em razão da prática de três crimes;

- b) em relação aos dois crimes cometidos posteriormente, emprego da pena do crime de homicídio simples (reclusão, de 6 a 20 anos), aumentada de 1/6 até 1/2. Pelo critério adotado, seria exasperada em 1/6, pela prática de dois crimes; e
- c) finalmente, as penas resultantes dos dois grupos de concurso formal seriam somadas, em obediência ao concurso material.

### 37.8.3. Concurso de crimes e competência dos Juizados Especiais Criminais

Na hipótese 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 da exasperação, na hipótese de concurso formal ou crime continuado, das penas máximas cominadas aos delitos. Com efeito, se desse somatório resultar um apenamento superior a dois anos, fica afastada a competência do Juizado Especial.<sup>23</sup>

### 37.8.4. Concurso entre crimes e contravenções penais

No concurso de infrações penais, estabelece o art. 76 do Código Penal que “executar-se-á primeiramente a pena mais grave”.

Ao se referir a “infrações”, o Código Penal, em harmonia com o art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal, trata do gênero, do qual são espécies o crime e a contravenção penal. E nesse contexto, o propósito do dispositivo legal é esclarecer que, no concurso entre crimes e contravenções penais, cumpre-se inicialmente a pena privativa de liberdade inerente ao crime (reclusão ou detenção), de maior gravidade, e, depois, a pena de prisão simples correspondente à contravenção penal.

## 37.9. QUESTÕES

1. (MP/GO – 2010) No concurso de crimes, como devem ser aplicadas as penas de multa?
  - (A) Aplica-se 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.
  - (B) Aplica-se a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade.

<sup>23</sup> STJ: HC 80.773/RJ, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 04.10.2007.

- (C) Aplica-se as penas distinta e integralmente.  
(D) Aplica-se as penas segundo a espécie de concurso de crimes.
2. (MP/GO – 2010) Assinale a alternativa que não corresponde a uma súmula do Supremo Tribunal Federal:
- (A) Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida.  
(B) Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima.  
(C) A lei penal mais grave não se aplica ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.  
(D) 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.
3. (MP/PR 2009) Sobre o tema *unidade e pluralidade de crimes*, assinale a alternativa **INCORRETA**:
- (A) a continuidade delitiva, regida pelo princípio da exasperação da pena, pode se verificar, inclusive, em hipóteses de crimes dolosos contra vítimas diferentes, praticados mediante violência ou grave ameaça à pessoa, observada a valoração de determinadas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, e a adoção de patamar diferenciado de fração de aumento.  
(B) o denominado concurso formal impróprio ocorre quando a pluralidade de resultados típicos é produto de ação ou omissão dolosa única do agente, porém derivada de desígnios autônomos, razão pela qual o critério excepcional a ser aplicado é o de cumulação de penas.  
(C) o princípio da subsidiariedade do conflito aparente de normas é o critério utilizado para resolver o conflito aparente entre o homicídio e o infanticídio, determinando a prevalência deste último.  
(D) o resultado diverso do pretendido, por acidente ou erro na execução do crime – *aberratio criminis* –, pode proporcionar hipótese de crime único, ou, ainda, hipótese de concurso formal entre crime doloso e culposo.  
(E) o concurso material observa o critério de cumulação de penas privativas de liberdade, aplicadas a cada um dos crimes praticados pelo agente, independentemente da natureza dos crimes e da maneira de execução respectiva.
4. (Juiz de Direito – TJ/SC 2006) É correto afirmar, a propósito da aplicação da pena, que:
- (A) Se o réu não tiver bons antecedentes, por ser reincidente, será considerada esta circunstância judicial (art. 59 CP) para a fixação da pena base e, em fase posterior, como agravante (art. 61) para elevá-la.  
(B) Na sentença não poderá o juiz estabelecer pena definitiva para o crime ou crimes excedente a 30 anos, ainda que, concluída toda a operação dosimétrica, o resultado seja superior a esse montante.  
(C) Nos crimes continuados, dolosos, perpetrados com grave ameaça contra vítimas diferentes, poderá o juiz aumentar a pena do mais grave, se diversos, conforme as circunstâncias judiciais (art. 59 CP), entre um sexto e o triplo.  
(D) Não será reconhecida a agravante da reincidência na condenação por crime, se, por sentença transitada em julgado, já tenha sido o agente condenado anteriormente por contravenção, nem, tampouco, na condenação por contravenção, se a condenação anterior, por sentença transitada, for por crime.  
(E) No concurso material, em se tratando de crimes idênticos, aplica-se ao agente a pena de um só dos mesmos, mas elevando-se-a de um a dois terços.



5. (82.º Promotor de Justiça – MP/SP) Aponte a afirmativa correta.
- (A) No crime continuado, o prazo decadencial deve ser considerado em relação a cada delito que, para isso, deve ser apreciado isoladamente.
  - (B) *Sursis* humanitário é o etário.
  - (C) No que se refere a reabilitação, a lei faz distinção entre o condenado reincidente e o não reincidente, quanto ao prazo indispensável para a concessão do benefício.
  - (D) A anistia opera *ex nunc*.
  - (E) Em caso de raptio mediante fraude, o casamento da vítima com terceiro extingue a punibilidade do autor do crime se este apresentar prova do matrimônio no prazo de sessenta dias a contar da sua celebração.
6. (84.º Promotor de Justiça – MP/SP) Aponte a alternativa que está em desacordo com disposição do Código Penal envolvendo concurso de crimes.
- (A) No concurso formal e no crime continuado, a pena final não poderá exceder aquela que resultaria da cumulação.
  - (B) É possível o reconhecimento da continuidade delitiva entre crimes consumados e tentados.
  - (C) Nos casos de concurso material, a prescrição incide sobre a soma das penas cominadas ou aplicadas a cada crime.
  - (D) Na condenação por roubo em concurso formal perfeito, as multas devem ser aplicadas cumulativamente.
  - (E) No concurso de crimes culposos, a substituição por restritivas de direito é possível qualquer que seja o total das penas privativas de liberdade.
7. (Juiz de Direito – TJ/PR 2006) Sobre o concurso de crimes, assinale a alternativa CORRETA
- (A) Há concurso formal quando o agente, com mais de uma ação, pratica dois ou mais crimes; já o concurso material ocorre quando há unidade de ação e pluralidade de infrações penais.
  - (B) No concurso de crimes, é desprezada a pena de multa do delito menos grave, devendo ser paga apenas a multa relacionada ao delito mais grave.
  - (C) Não poderá a pena fixada em concurso formal exceder a que seria cabível em caso de concurso material.
  - (D) No crime continuado, são irrelevantes as condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes.
8. (178.º Juiz de Direito – TJ/SP) JOÃO ingressou em um Shopping Center, tarde da noite, burlando a vigilância do local. Invadiu cinco lojas de proprietários diversos, valendo-se, para tanto, de chaves falsas. De cada uma das lojas, subtraiu inúmeras peças de roupas. Após a ação, deixou o local e foi preso passada meia hora, abordado por policiais militares que estranharam o volume de pacotes que carregava. JOÃO foi denunciado e condenado por cinco furtos qualificados. Na fixação da pena, o Juiz deve considerar as condutas como praticadas
- (A) em concurso formal.
  - (B) como crime continuado.
  - (C) como crime único.
  - (D) em concurso material.

9. (180.º Juiz de Direito – TJ/SP) Um suposto integrante de facção criminosa, ocupando a garupa de uma motocicleta, passa defronte a um Fórum da Capital e dispara contra pessoas que estão em seu interior. Duas delas são feridas gravemente; as restantes não sofrem lesão alguma. Em face de sua conduta criminosa, o agente responderá por tentativa de homicídio em concurso
- (A) formal de delitos por dolo direto.
  - (B) formal por dolo indireto ou eventual.
  - (C) material de delitos, por dolo direto.
  - (D) material por dolo indireto ou eventual.
10. (Delegado de Polícia MG – 2007) Com relação ao concurso de crimes é CORRETO afirmar que:
- (A) Se, da aplicação da regra do concurso formal, a pena tomar-se superior à que resultana do cúmulo material, deve-se seguir o critério do concurso material.
  - (B) Na hipótese da *aberratio ictus* com unidade complexa aplica-se a regra do concurso material, pois é este sempre mais benéfico.
  - (C) O Código Penal adota para o crime continuado a teoria da unidade real, pela qual, os vários delitos constituem um único crime.
  - (D) No concurso material, quando ao agente tiver sido aplicada a pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será cabível a substituição de que trata o art. 44 do Código Penal.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

**Obs.:** Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no site [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

## LIMITE DAS PENAS

**Sumário:** 38.1. Introdução – 38.2. Fundamentos – 38.3. Unificação de penas – 38.4. Competência para unificação das penas – 38.5. Nova condenação e unificação das penas – 38.6. Fuga do réu e cumprimento da pena unificada.

### 38.1. INTRODUÇÃO

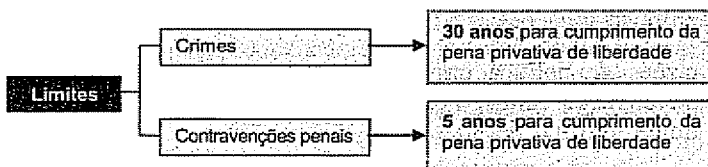
Estabelece o art. 75 do Código Penal:

**Art. 75.** O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

§ 1.º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

§ 2.º 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.

Por sua vez, dispõe o art. 10 do Decreto-lei 3.688/1941 – Lei das Contravenções Penais: “A duração da pena de prisão simples não pode, em caso algum, ser superior a 5 (cinco) anos...”.



## 38.2. FUNDAMENTOS

Os dispositivos legais que limitam o cumprimento da pena privativa de liberdade têm como amparo a vedação constitucional da pena de caráter perpétuo (CF, art. 5.º, XLVII, “b”).

Com efeito, seria inócuo e incoerente a Constituição Federal proibir a prisão perpétua, e, por outro lado, alguém ser condenado ao cumprimento efetivo de uma pena privativa de liberdade de 80, 90 ou mais anos.

É possível, todavia, a condenação por tempo superior a 30 anos, ou, o que é mais comum, diversas condenações que resultem em um total de penas superior a esse limite.

Se não bastasse, a proibição de cumprimento de pena privativa de liberdade acima de 30 anos se coaduna com a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil consagrado pelo art. 1.º, III, da Constituição Federal.

Não seria correto privar alguém de sua liberdade retirando-lhe a esperança de um dia voltar a viver em sociedade. Essa atitude estaria em descompasso com a finalidade da pena consistente na ressocialização do condenado. Como sustentam Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci e Sérgio M. de Moraes Pitombo:

Uma vez que a Constituição Federal proíbe a prisão perpétua, era corolário que no Código Penal se fixasse o prazo máximo do tempo de cumprimento. Se o condenado não obtiver o livramento condicional e perfizer trinta anos de cumprimento de pena, é de ser posto em liberdade. Uma das condições para preservação moral do condenado, com positivas repercussões na disciplina carcerária, está na possibilidade de vislumbrar a liberdade. Daí fixar-se um limite no tempo de cumprimento.<sup>1</sup>

## 38.3. UNIFICAÇÃO DE PENAS

Diz o art. 75, § 1.º, do Código Penal, que quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 anos, devem ser unificadas para atender a este limite.

A unificação é a transformação de várias penas em uma única. Pode ocorrer em duas situações:

- a) razões de política criminal: evitar o cumprimento de uma pena privativa de caráter perpétuo. O sistema penal brasileiro adotou o limite máximo de 30 anos;

<sup>1</sup> REALE JR., Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. *Penas e medidas de segurança no novo Código*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 38.

- b) adequação de tipicidade: nos casos em que restou configurado o crime continuado, mas a aplicação de suas regras não foi possível pelo juiz da ação penal, reservando-se essa tarefa para a fase executória.

Essa unificação se dá somente para fins de cumprimento da pena, não se aplicando a benefícios como livramento condicional, remição, progressão de regimes, entre outros. Como consagrado pela Súmula 715 do Supremo Tribunal Federal:

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 o regime mais favorável de execução.

#### 38.4. COMPETÊNCIA PARA UNIFICAÇÃO DAS PENAS

É do juiz das execuções penais, a teor do art. 66, III, "a", da Lei 7.210/1984.

#### 38.5. NOVA CONDENAÇÃO E UNIFICAÇÃO DAS PENAS

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 (CP, art. 75, § 2.º).

Essa regra se destina aos casos em que o agente, encontrando-se no cumprimento da pena privativa de liberdade, é condenado por fato praticado posteriormente ao início de satisfação da sanção penal. Despreza-se o tempo já obedecido pelo sentenciado, procedendo-se a nova unificação para obedecer ao limite de 30 anos. Exemplo: no cárcere, cumprindo pena de 25 anos pela prática de latrocínio, o sentenciado comete um homicídio qualificado, pelo qual é condenado, depois de cinco anos, à pena de 20 anos. As penas serão unificadas, desprezando-se os 5 anos já cumpridos: restarão 20 anos da primeira condenação e outros 20 anos da subsequente. A unificação se destina a impedir que, desse novo resultado, o agente cumpra mais de 30 anos. Terá cumprido, assim, os 5 primeiros anos, restando-lhe outros 30 com a nova unificação.

Tal sistemática, contudo, é deficiente ao deixar praticamente impune o crime cometido por quem, condenado a 30 anos ou mais de reclusão, comete novo crime logo no início do cumprimento da sanção penal. A nova pena será, praticamente, inútil, pois pouco acrescentará no montante final a ser descontado.

Deve ser ressaltado que o art. 75 do Código Penal refere-se somente ao limite das penas aplicadas antes e durante a fase executória. Destarte, se



houver intervalo entre o cumprimento das penas anteriores cumpridas pelo condenado e o início das novas penas, impostas depois da satisfação integral daquelas, não se aplica a regra prevista no citado dispositivo legal.

### 38.6. FUGA DO RÉU E CUMPRIMENTO DA PENA UNIFICADA

Em caso de fuga do condenado do estabelecimento prisional, o limite de 30 (trinta) anos deve ser contado a partir do início do cumprimento da pena, e não de sua eventual recaptura. Em outras palavras, a fuga não interrompe a execução da pena privativa de liberdade. Provoca apenas sua suspensão. Para o Supremo Tribunal Federal:

A Turma deferiu, em parte, *habeas corpus* impetrado em favor de condenado a um total de 54 anos de prisão pela prática de diversos delitos, cuja execução da pena unificada (30 anos) deveria ser iniciada a partir da data de sua recaptura, desprezando-se o período de tempo por ele já cumprido. Considerou-se que a fuga do paciente não poderia configurar-se como meio interruptivo do cumprimento da pena privativa de liberdade, com a consequência de acarretar novo cômputo do período de prisão, como se houvesse perda do tempo anteriormente cumprido. No ponto, asseverou-se que o ponto de partida para a unificação seria, nessa hipótese, não a data em que o sentenciado fora recapturado, mas a época em que ele iniciara efetivamente o cumprimento das penas.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> HC 84.766/SP, rel. Min. Celso de Mello, 2.ª Turma, j. 11.09.2007, noticiado no *Informativo* 479.



## SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

Sumário: 39.1. Origem histórica – 39.2. Sistemas – 39.3. Concello – 39.4. Natureza jurídica – 39.5. Requisitos: 39.5.1. Requisitos objetivos; 39.5.2. Requisitos subjetivos – 39.6. Momento adequado para concessão do *sursis* – 39.7. Espécies de *sursis* – 39.8. Condições – 39.9. *Sursis* incondicionado – 39.10. Período de prova – 39.11. Fiscalização das condições impostas durante o período de prova – 39.12. Revogação: 39.12.1. Revogação obrigatória; 39.12.2. Revogação facultativa; 39.12.3. Revogação do *sursis* e do livramento condicional – 39.13. Revogação do *sursis* e prévia oitiva do condenado – 39.14. Revogação obrigatória do *sursis* pela condenação irreconível por crime doloso durante o curso do prazo e término do período de prova – 39.15. Cassação do *sursis* – 39.16. *Sursis* sucessivos – 39.17. *Sursis* simultâneos – 39.18. Prorrogação do período de prova – 39.19. Término do período de prova e possibilidade de sua prorrogação e revogação do benefício – 39.20. Extinção da pena – 39.21. *Sursis* e crimes hediondos ou equiparados – 39.22. *Sursis* para estrangeiros que estejam no Brasil em caráter temporário – 39.23. *Sursis* e suspensão dos direitos políticos – 39.24. *Sursis* e *habeas corpus* – 39.25. *Sursis* e detração penal – 39.26. *Sursis* e indulto – 39.27. *Sursis* e regime penitenciário – 39.28. Questões.

### 39.1. ORIGEM HISTÓRICA

O *sursis*, como forma de suspensão condicional da execução da pena, surgiu na França com a lei de 26 de março de 1891, que tem o seu precedente e a sua fonte inspiradora numa proposição do Sen. Bérenger apresentada ao Parlamento em 1884.<sup>1</sup>

No Brasil, a primeira iniciativa para adoção do instituto foi de Esmeraldino Bandeira, que, em 18 de julho de 1906, apresentou à Câmara dos Deputados, sem sucesso, um projeto baseado na lei francesa.

Posteriormente, a Lei 4.577, de 5 de setembro de 1922, autorizou o Poder Executivo, no governo do Presidente da República Arthur da Silva Bernardes, a expedir o Decreto 16.588, de setembro de 1924, regulamentando o assunto. Na Exposição de Motivos desse decreto, o então Ministro

<sup>1</sup> MARTINS, José Salgado. *Direito penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 375.

da Justiça João Luiz Alves ressaltou as finalidades do instituto, as quais subsistem nos dias atuais:

- 1) Não inutilizar, desde logo, pelo cumprimento da pena, o criminoso primário, não corrompido e não perverso;
- 2) Evitar-lhe, com o contágio na prisão, as funestas e conhecidas consequências desse grave mal;
- 3) Diminuir o índice da reincidência, pelo receio de que se torne efetiva a primeira condenação.<sup>2</sup>

### 39.2. SISTEMAS

Existem três sistemas sobre a suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade:

- 1) *Sistema anglo-americano ou "probation system"*: o magistrado, sem aplicar pena, reconhece a responsabilidade penal do réu, submetendo-lhe a um período de prova, no qual, em liberdade, deve ele comportar-se adequadamente. Se o acusado não agir de forma correta, o julgamento é retomado, com a consequente prolação de sentença condenatória e imposição de pena privativa de liberdade.
- 2) *Sistema do "probation of first offenders act"*: o juiz determina a suspensão da ação penal, permitindo a liberdade do acusado, sem, contudo, declará-lo culpado. Durante a suspensão, o réu deve apresentar boa conduta, pois, caso contrário, é reiniciada a ação penal. Esse sistema foi acolhido, no Brasil, no tocante à suspensão condicional do processo, definida pelo art. 89 da Lei 9.099/1995.
- 3) *Sistema franco-belga*: o réu é processado normalmente, e, com a condenação, a ele é atribuída uma pena privativa de liberdade. O juiz, entretanto, levando em conta condições legalmente previstas, suspende a execução da pena por determinado período, dentro do qual o acusado deve revelar bom comportamento e atender as condições impostas, pois, caso contrário, deverá cumprir integralmente a sanção penal. Foi adotado pelos arts. 77 a 82 do Código Penal em relação ao *sursis*.

### 39.3. CONCEITO

*Sursis* é a suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade, na qual o réu, se assim desejar, se submete durante o período

<sup>2</sup> Cf. SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal – Parte geral*, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947. t. II, p. 863-864.

de prova à fiscalização e ao cumprimento de condições judicialmente estabelecidas.

#### 39.4. NATUREZA JURÍDICA

Doutrina e jurisprudência divergem acerca da natureza jurídica do *sursis*. Destacam-se três posições:

- a) *Instituto de política criminal*: cuida-se de execução mitigada da pena privativa de liberdade. O condenado cumpre a pena que lhe foi imposta, mas de forma menos gravosa. É, assim, benefício, tal como proclama o art. 77, II, do Código Penal, e também modalidade de satisfação da pena. É a posição do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.
- b) *Direito público subjetivo do condenado*: consubstancia-se em benefício penal assegurado ao réu. O juiz tem liberdade para analisar a presença dos requisitos legais, os quais, se presentes, impõem a concessão do *sursis*.<sup>3</sup>
- c) *Pena*: seria uma espécie de pena, embora não prevista no art. 32 do Código Penal.

#### 39.5. REQUISITOS

Os requisitos da suspensão condicional da execução da pena são previstos no art. 77 do Código Penal:

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 a 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 do Código.

§ 1.º A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.

§ 2.º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 4 (quatro) anos, poderá ser suspensa, por 4 (quatro) a 6 (seis) anos, desde que o conde-

<sup>3</sup> Essa posição foi expressamente afastada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 85.790/RJ, rel. Min. Carlos Brito, 1.ª Turma, j. 31.05.2005.

nado seja maior de 70 (setenta) anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.

O dispositivo legal apresenta requisitos objetivos (relacionados à pena) e subjetivos (ligados ao agente). Vejamos.

### 39.5.1. Requisitos objetivos

**a) Natureza da pena:** a pena deve ser privativa de liberdade: reclusão ou detenção, no caso de crime, ou prisão simples, em se tratando de contravenção penal. E como determina o art. 80 do Código Penal, o *sursis* não se estende às penas restritivas de direitos nem à multa.

O *sursis* não se aplica, em hipótese alguma, às medidas de segurança. O próprio nome do instituto é elucidativo: suspensão condicional da **pena**, e não da medida de segurança.

Se não bastasse, em relação aos imputáveis a sentença é absolutória, não se falando em imposição de pena privativa de liberdade. Já no tocante aos semi-imputáveis, a sentença condenatória que determina a incidência de pena reduzida a substitui por medida de segurança, que, em qualquer caso, possui finalidade completamente diversa do *sursis*.

**b) Quantidade da pena privativa de liberdade:** a pena concreta, efetivamente aplicada na sentença condenatória, **não pode ser superior a dois anos**.<sup>4</sup>

Em se tratando de concurso de crimes, seja qual for sua espécie, a pena resultante da pluralidade de infrações penais não pode ultrapassar o limite legal. Destarte, o concurso de crimes, por si só, não exclui a suspensão condicional da pena.

Há situações, contudo, em que o Código Penal e leis especiais admitem excepcionalmente o *sursis* para condenações superiores a dois anos.

Em se tratando de condenado maior de 70 anos de idade, ao tempo da sentença ou do acórdão (*sursis* **etário**) ou com problemas de saúde (*sursis* **humanitário** ou **profilático**), a pena aplicada pode ser **igual ou inferior a quatro anos**.

Nos crimes previstos na Lei 9.605/1998 – Crimes Ambientais (art. 16), a execução da pena privativa de liberdade pode ser condicionalmente suspensa nas condenações **iguais ou inferiores a três anos**.

**c) Não tenha sido a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos:** o inciso III do art. 77 do Código Penal evidencia ser o *sursis* subsidiário em relação às penas restritivas de direitos, por ser menos favorável ao condenado.

<sup>4</sup> Esse montante da pena também foi expressamente previsto para o *sursis* no tocante aos crimes contra a Segurança Nacional (Lei 7.170/1983, art. 5.º).

Com o alargamento das penas restritivas de direitos a partir da Lei 9.714/1998, o instituto em apreço passou a ser cada vez menos utilizado. Em regra, quando cabível o *sursis*, será também possível a substituição da pena privativa de liberdade nos moldes do art. 44 do Código Penal, mais vantajosa ao réu.

Remanesce o *sursis* para raras hipóteses, tal como quando o réu, não reincidente em crime doloso, for condenado à pena privativa de liberdade igual ou inferior a dois anos por delito cometido com o emprego de violência à pessoa ou grave ameaça.

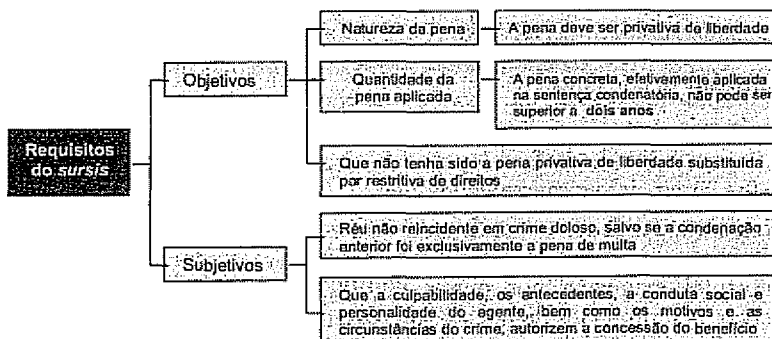
### 39.5.2. Requisitos subjetivos

**a) Réu não reincidente em crime doloso:** a reincidência em crime culposo não impede o *sursis*. Lembre-se, ainda, que a condenação anterior por contravenção penal não caracteriza a reincidência.

É possível o *sursis* ao reincidente em crime doloso em uma hipótese: a condenação anterior foi exclusivamente à pena de multa (CP, art. 77, § 1.º). Nesse sentido, estatui a Súmula 499 do Supremo Tribunal Federal: “Não obsta à concessão do *sursis* condenação anterior à pena de multa”.

**b) A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, autorizem a concessão do benefício:** a análise deve ser efetuada, exclusivamente, no caso concreto.

A existência de outras ações penais em trâmite contra o réu, embora não lhe retirem a primariedade, pode impedir a suspensão condicional da pena pelo não preenchimento do requisito subjetivo contido no inciso II do art. 77 do Código Penal. Veja-se: pode impedir, mas não automaticamente impede. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “uma única ocorrência penal não é motivo suficiente para impedir a concessão do *sursis*”.<sup>5</sup>



<sup>5</sup> HC 80.923/RJ, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma, j. 06.12.2007.

### 39.6. MOMENTO ADEQUADO PARA CONCESSÃO DO *SURSIS*

Preceitua o art. 157 da Lei de Execução Penal: “O juiz ou tribunal, na sentença que aplicar pena privativa de liberdade, (...), deverá pronunciar-se, motivadamente, sobre a suspensão condicional, quer a conceda, quer a denegue”.

Destarte, o cabimento ou não do *sursis* deve ser analisado, de maneira fundamentada, na sentença ou no acórdão.

#### O juízo da execução pode conceder a suspensão condicional da pena?

Não, em regra, por ser questão que deve ser solucionada durante o trâmite da ação penal.

É possível, todavia, a delegação dessa matéria ao juízo da execução quando a ação penal não apresentar elementos probatórios suficientes para se decidir se o condenado preenche ou não os requisitos legalmente exigidos para a medida.

O juízo da execução também poderá conceder o *sursis* quando, por força de fato superveniente à sentença ou ao acórdão condenatório, desaparecer o motivo que obstava sua concessão.

Nos dois casos, o fundamento legal repousa no art. 66, III, “d”, da Lei 7.210/1984 – Lei de Execução Penal.

### 39.7. ESPÉCIES DE *SURSIS*

O Código Penal possui duas espécies de *sursis*: simples e especial.

a) ***Sursis* simples:** aplicável quando o condenado não houver reparado o dano, injustificadamente, e/ou as circunstâncias do art. 59 do Código Penal não lhe forem inteiramente favoráveis.

No primeiro ano do período de prova o condenado deverá prestar serviços à comunidade ou submeter-se à limitação de fim de semana, cabendo a escolha ao magistrado.

b) ***Sursis* especial:** aplicável quando o condenado tiver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 do Código Penal lhe forem inteiramente favoráveis.

Nessa modalidade, o condenado, em regra, não presta serviços à comunidade nem se submete a limitação de fim de semana, pois o juiz pode substituir tal exigência por outras **condições cumulativas:** proibição de frequentar determinados lugares e de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz, e comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Não é possível a cumulação das condições do *sursis* especial no *sursis* simples.

### 39.8. CONDIÇÕES

Como deixa claro o Código Penal, a suspensão da pena é **condicional**, isto é, obedece a condições.

No *sursis* simples, a condição legal e obrigatória é a prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana, durante o primeiro ano do período de suspensão (CP, art. 78, § 1.º).

No *sursis* especial, as condições legais que devem ser cumpridas cumulativamente no primeiro ano do período de suspensão são: proibição de frequentar determinados lugares e de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz, e comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Além dessas condições legais, o art. 79 do Código Penal permite ao magistrado especificar, na sentença, outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado. São as denominadas **condições judiciais**, que jamais podem ser vexatórias ou abusivas, não se admitindo que violem direitos fundamentais do condenado. Também devem ser cumpridas, por identidade de razão, somente no primeiro ano do período de suspensão.

O art. 81 do Código Penal ainda prevê **condições legais indiretas**, assim chamadas por autorizarem a revogação do *sursis*. São condições proibitivas, uma vez que, se presentes, acarretarão na revogação do benefício.

### 39.9. SURSIS INCONDICIONADO

O Código Penal, após a Reforma da Parte Geral pela Lei 7.209/1984, não admite o *sursis* sem condições. De fato, seria no mínimo contraditório instituir a suspensão condicional da pena sem condições.

Consequentemente, se o juiz se esquecer de lançar as condições na sentença condenatória, criando um *sursis* incondicionado, a acusação deve recorrer para que a decisão seja reformada pela instância superior.

A questão se agrava no caso de a omissão da sentença ser alcançada pelo trânsito em julgado da condenação. Questiona-se: Pode, nesse caso, o juízo da execução fixar as condições para o *sursis*?

Há duas posições sobre o assunto:

**1.ª posição:** É possível. Com efeito, se a Lei de Execução Penal, em seu art. 158, § 2.º, autoriza o juiz, a qualquer tempo, de ofício, a



requerimento do Ministério Público ou mediante proposta do Conselho Penitenciário, a modificar as condições e regras estabelecidas na sentença, ouvido o condenado, além de em seu art. 159, § 2.º, permitir ao tribunal conferir ao juízo da execução a incumbência de estabelecer as condições do benefício, nada obsta que esse juízo fixe condições não determinadas pela sentença.

As condições do *sursis* também podem ser fixadas pelo juízo da execução quando o benefício tiver sido negado pela instância inferior, mas concedido pela instância superior.<sup>6</sup>

- 2.ª posição: Não é possível. O juízo da execução violaria a coisa julgada, e, além disso, a situação do réu seria agravada sem recurso com essa finalidade.

### 39.10. PERÍODO DE PROVA

É o intervalo de tempo fixado na sentença condenatória concessiva do *sursis*, no qual o condenado deverá revelar boa conduta, bem como cumprir as condições que lhe foram impostas pelo Poder Judiciário.

Na regra geral do Código Penal, varia entre dois e quatro anos (art. 77, *caput*), o que também se dá nos crimes ambientais, embora o limite da condenação seja de três anos, diferentemente do previsto na legislação comum.

No caso de *sursis* etário ou humanitário, o período de prova é de quatro a seis anos, desde que a condenação seja superior a dois anos e inferior a quatro anos, por questão de razoabilidade. Com efeito, se a condenação seguir a sistemática comum, ou seja, for igual ou inferior a dois anos, o período de prova será o comum (dois a quatro anos).

Nos crimes contra a segurança nacional praticados em tempo de paz, o período de prova varia entre dois a seis anos (Lei 7.170/1983, art. 5.º, *caput*).

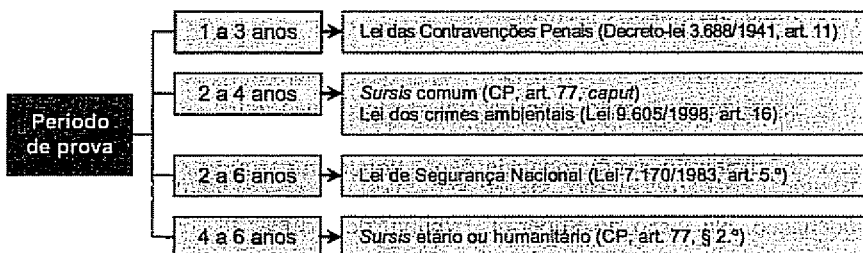
No Decreto-lei 3.688/1941 – Lei das Contravenções Penais – o período de suspensão é de um a três anos (art. 11).

A fixação do período de prova acima do patamar mínimo legalmente previsto deve ser justificada, fundamentadamente, sob pena de nulidade e redução pela superior instância.

O período de prova tem início com a **audiência admonitória**, assim chamada pelo art. 161 da Lei de Execução Penal, também conhecida como **audiência de advertência**, realizada pelo juiz depois do trânsito em julga-

<sup>6</sup> STF: HC 92.322/PA, rel. orig. Min. Cármen Lúcia, rel. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 1.ª Turma, 18.12.2007, noticiado no *Informativo* 493.

do da condenação. Nessa audiência, o juiz procede à leitura da sentença ao condenado, advertindo-o das consequências de nova infração penal e do descumprimento das condições impostas (LEP, art. 160).



### 39.11. FISCALIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS DURANTE O PERÍODO DE PROVA

A fiscalização do cumprimento das condições do *sursis* será atribuída, pelo juiz, a serviço social penitenciário, Patronato, Conselho da Comunidade ou instituição beneficiada com a prestação de serviços, inspecionados pelo Conselho Penitenciário, pelo Ministério Público, ou por ambos (LEP, art. 158, § 3.º).

A supervisão da fiscalização é acometida ao Conselho Penitenciário ou ao Ministério Público, ou a ambos.

### 39.12. REVOGAÇÃO

Com a revogação do *sursis*, o condenado deverá cumprir integralmente a pena privativa de liberdade que se encontrava suspensa, observando-se o regime prisional (fechado, semiaberto ou aberto) determinado na sentença. Portanto, não se considera o tempo em que permaneceu no período de prova, ainda que, nesse intervalo, tenha cumprido as condições impostas.

A revogação pode ser de duas espécies: obrigatória ou facultativa.

A revogação obrigatória decorre da lei. É dever do juiz decretá-la, não havendo margem para discricionariedade acerca da decisão de manter ou não a suspensão. Por sua vez, a revogação facultativa permite ao juiz a liberdade de revogar ou não o benefício.

Analisemos cada uma delas, as hipóteses em que se verificam e respectivas consequências.

### 39.12.1. Revogação obrigatória

A revogação obrigatória, nada obstante imponha ao magistrado a atuação em consonância com a lei, não é automática. Exige-se decisão judicial. Com efeito, dispõe o art. 81, I, do Código Penal: “A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário”:

*I – é condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso.*

É causa de revogação a prática de crime doloso antes ou durante o período de prova, pois a lei fala apenas em condenação irrecorrível durante o prazo de suspensão condicional da pena. Pouco importa, assim, o momento da prática do delito. O fator decisivo é o tempo do trânsito em julgado da condenação. Na visão do Superior Tribunal de Justiça:

Na hipótese prevista no inciso I do art. 81 do Código Penal, a revogação do *sursis* é obrigatória, não dispondo o magistrado de discricionariedade diante de uma segunda condenação irrecorrível pela prática de crime doloso. Sendo assim, se a revogação, na espécie, é medida necessária, decorrente de condição objetiva, não há razão para a prévia audiência do apenado, diversamente das situações de revogação nas quais existe a possibilidade, no caso concreto, de não ser o benefício revogado. Tendo o apenado sido condenado a pena privativa de liberdade pela prática de crime doloso, em decisão irrecorrível, durante o período de prova, a revogação do *sursis* é medida que se impõe, nos termos do inc. I do art. 81 do Código Penal.<sup>7</sup>

Em primeira análise, a revogação deveria ocorrer qualquer que fosse a sanção penal imposta como decorrência da prática de crime doloso. Porém, é pacífico o entendimento de que a condenação irrecorrível à pena de multa não autoriza a revogação da suspensão condicional, mesmo em se tratando de crime doloso. O raciocínio é simples: se a condenação a esse tipo de pena não impede o *sursis* (CP, art. 77, § 1.º), por igual fundamento não pode revogá-lo.

Por fim, a sentença que concede perdão judicial pela prática de crime doloso não revoga o *sursis*, pois não é condenatória, mas declaratória da extinção da punibilidade (Súmula 18 do STJ).

*II – frustra, embora solvente, a execução da pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano.*

Em relação à **inadimplência da multa**, há duas posições acerca da possibilidade de revogação do *sursis*:

*1.ª posição:* Não é possível. A multa deve ser tratada como dívida de valor, sujeitando-se sua cobrança às disposições da Lei 6.830/1980

<sup>7</sup> RHC 18.521/MG, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5.ª Turma, j. 03.04.2007.

– Lei de Execução Fiscal. Como a multa não pode ser convertida em prisão, sua inadimplência não justifica a revogação da suspensão condicional da pena.

2.<sup>a</sup> posição: É possível. A Lei 9.268/1996 modificou somente o art. 51 do Código Penal, em nada se relacionando com os demais dispositivos legais relativos à multa. Além disso, a pena privativa de liberdade já foi imposta, e o *sursis* não se confunde com a pena de multa.

Prevalece o entendimento no sentido de que, se depois de revogado o benefício, o condenado paga a multa, é permitido o seu restabelecimento.

A lei também determina a revogação do *sursis* em caso de ausência injustificada da reparação do dano.

### *III – descumpre a condição do § 1.º do art. 78 deste Código.*

É causa obrigatória de revogação da suspensão condicional da pena o descumprimento da prestação de serviços à comunidade ou da limitação de fim de semana, no primeiro ano do período de prova do *sursis* simples.

O fundamento é simples: o condenado – que não reparou o dano e possui circunstâncias judiciais desfavoráveis – descumpre uma das condições da suspensão condicional da pena. Logo, contraria a natureza do instituto, justificando sua revogação.<sup>8</sup>

## 39.12.2. Revogação facultativa

Nos termos do art. 81, § 1.º, do Código Penal: “A suspensão poderá ser revogada se o condenado descumpre qualquer outra condição imposta ou é irrecorivelmente condenado, por crime culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos”.

Recorde-se que, quando facultativa a revogação, o juiz pode, em vez de decretá-la, prorrogar o período de prova até o máximo, se este não foi o fixado.

Vislumbram-se duas situações de revogação facultativa. Vejamos.

### *1.ª situação: Descumprimento de qualquer outra condição imposta*

As condições ora indicadas são as previstas no Código Penal, em seus arts. 78, § 2.º, “a”, “b” e “c”, e 79, isto é, proibição de frequentar determinados lugares e de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades, além das judiciais, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado.

<sup>8</sup> STF: HC 91.562/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2.ª Turma, j. 09.10.2007.

De fato, o descumprimento das condições arroladas pelo art. 78, § 1.º, do Código Penal, enseja a revogação obrigatória do *sursis*.

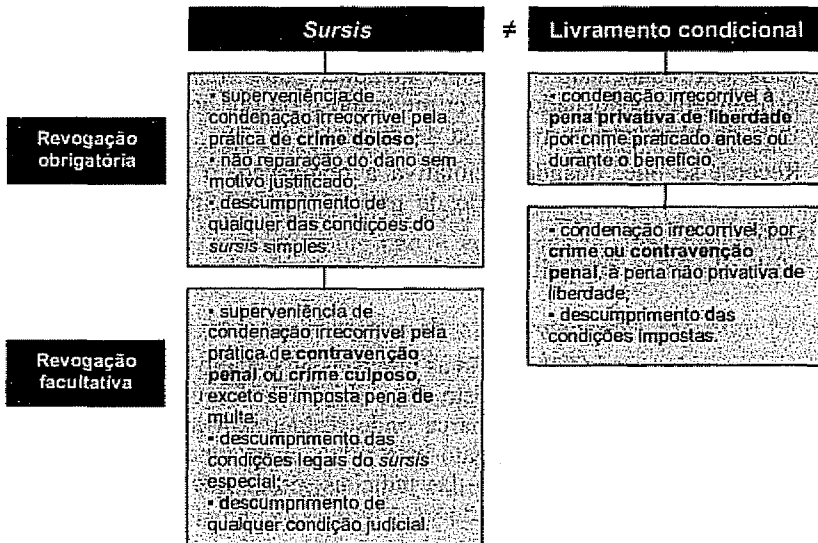
2.ª situação: *Condenação irrecorrível, por crime culposo ou contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos*

A condenação com trânsito em julgado, por crime culposo ou contravenção penal, a pena privativa de liberdade, somente comportará a manutenção do *sursis* quando for imposto o regime prisional aberto para o seu cumprimento. De fato, a aplicação de regime fechado ou semiaberto acarreta a obrigação de o condenado ser colocado em estabelecimento penal, incompatibilizando o cumprimento da suspensão condicional da pena.

Atente-se, ainda, ao fato de que a condenação à pena pecuniária não se constitui sequer em causa de revogação facultativa do *sursis*, o que se coaduna com a regra traçada pelo art. 77, § 1.º, do Código Penal.

### 39.12.3. Revogação do *sursis* e do livramento condicional

O gráfico abaixo indica as causas de revogação do *sursis* e do livramento condicional. Quanto a esse último instituto, a apresentação é, por ora, sucinta, pois a matéria será detalhadamente enfrentada no próximo capítulo.



### 39.13. REVOGAÇÃO DO *SURSIS* E PRÉVIA OITIVA DO CONDENADO

Em respeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, entende-se que deve ser ouvido o condenado antes da revogação do benefício, a ele conferindo a oportunidade para justificar eventual manutenção da suspensão condicional da pena.

Essa oitiva, entretanto, é impertinente e desnecessária quando a causa de revogação for a condenação irrecorrível por crime, doloso ou culposo, ou por contravenção penal (CP, art. 81, I e § 1.º, parte final).<sup>9</sup>

Nesse caso, nada de relevante poderá o réu apresentar. Já teve chances suficientes para se defender durante a ação penal, pessoalmente e por defensor, e não poderá, com suas escusas, alterar a coisa julgada.

### 39.14. REVOGAÇÃO OBRIGATÓRIA DO *SURSIS* PELA CONDENAÇÃO IRRECORRÍVEL POR CRIME DOLOSO DURANTE O CURSO DO PRAZO E TÉRMINO DO PERÍODO DE PROVA

A questão que se coloca é a seguinte: Admite-se a revogação do *sursis* depois do término do período de prova, na hipótese de ser descoberta uma condenação transitada em julgado pela prática de crime doloso durante o curso do seu prazo?

Há duas posições:

*1.ª posição:* É possível. A revogação do *sursis*, nesse caso, é automática (CP, art. 81, I). É a posição a que se filia o Superior Tribunal de Justiça:

O período de prova do *sursis* fica automaticamente prorrogado quando o beneficiário está sendo processado por outro crime ou contravenção. E a superveniência de sentença condenatória irrecorrível é caso de revogação obrigatória do benefício, mesmo quando ultrapassado o período de prova. Deve ser determinada a prorrogação do período de prova até o julgamento definitivo dos processos em andamento.<sup>10</sup>

*2.ª posição:* Não é possível. Por se tratar de sentença meramente declaratória (CP, art. 82), a pena privativa de liberdade estará automaticamente extinta com o término do período de prova.

<sup>9</sup> STJ: RHC 18.521/MG, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5.ª Turma, j. 03.04.2007.

<sup>10</sup> REsp 723.090/MG, rel. Min. Gilson Dipp, 5.ª Turma, j. 19.09.2006. É também o pensamento do Supremo Tribunal Federal: HC 91.562/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2.ª Turma, j. 09.10.2007.

### 39.15. CASSAÇÃO DO *SURSIS*

A cassação do *sursis* se verifica quando o benefício fica sem efeito antes do início do período de prova. Não se confunde, pois, com a revogação, que somente pode ser decretada durante a suspensão condicional da pena.

A cassação pode ocorrer em quatro hipóteses:

- 1.<sup>a</sup>) O condenado não comparece, injustificadamente, à audiência admonitória (LEP, art. 161). A suspensão ficará sem efeito, executando-se imediatamente a pena.
- 2.<sup>a</sup>) O condenado renuncia ao benefício. O cumprimento do *sursis* é vinculado à aceitação do condenado, podendo o réu preferir o cumprimento da pena.
- 3.<sup>a</sup>) O réu é irrecorivelmente condenado a pena privativa de liberdade não suspensa. A condenação à prisão, durante o período de prova, é causa de revogação do *sursis*. Tem lugar a cassação, todavia, quando o trânsito em julgado ocorrer antes do início do período de prova, pois é incompatível o cumprimento simultâneo da pena em regime fechado ou semiaberto e do *sursis*.
- 4.<sup>a</sup>) A pena privativa de liberdade é majorada em grau de recurso da acusação, passando de dois anos. O *sursis* anteriormente concedido é cassado pelo tribunal.

### 39.16. *SURSIS* SUCESSIVOS

*Sursis* sucessivo é o concedido a réu que, anteriormente, teve a sua pena privativa de liberdade extinta em razão do cumprimento integral de *sursis* originário da prática de outra infração penal.

Essa situação é possível quando o agente, após cumprir a suspensão condicional da pena, comete crime culposo ou contravenção penal. Por não ser reincidente em crime doloso, é permitida a concessão de novo *sursis*.

### 39.17. *SURSIS* SIMULTÂNEOS

São simultâneos os *sursis* cumpridos ao mesmo tempo. Isso pode ocorrer em duas hipóteses:

- 1.<sup>a</sup> hipótese: O réu, durante o período de prova, é irrecorivelmente condenado por crime culposo ou contravenção penal a pena privativa de liberdade igual ou inferior a dois anos. Pode ser a ele concedido

novo *sursis*, pois não é reincidente em crime doloso, e nada impede a manutenção do *sursis* anterior, eis que a revogação é facultativa.

- 2.<sup>a</sup> hipótese: O réu, antes do início do período de prova, é irrecorrivelmente condenado pela prática de crime doloso, sem ser reincidente, e obtém novo *sursis*. O *sursis* anterior é preservado, pois a condenação por crime doloso apenas o revoga quando seu trânsito em julgado se verificar durante o período de prova.

### 39.18. PRORROGAÇÃO DO PERÍODO DE PROVA

É a situação em que a duração da suspensão condicional da pena excede o prazo do período de prova determinado na sentença condenatória. Prevalece o entendimento de que durante a prorrogação do período de prova **não subsistem as condições do *sursis***.

Existem, no Código Penal, duas hipóteses de prorrogação do período de prova:

- 1.<sup>a</sup> hipótese: *O beneficiário está sendo processado por outro crime ou contravenção – art. 81, § 2.º*

Nesse caso, considera-se prorrogado o prazo da suspensão até o julgamento definitivo.

Como o Código Penal disse “**considera-se**”, conclui-se ser automática a prorrogação, ou seja, independe de decisão judicial expressa nesse sentido. Basta o recebimento da denúncia ou queixa, e não a mera prática do crime ou contravenção penal, pois a lei fala em beneficiário que está sendo “**processado**”.

A ação penal pode relacionar-se a crime ou contravenção penal praticados durante o período de prova, ou mesmo com infração penal cometida antes daquela cuja condenação redundou na concessão do *sursis* que teve seu período de prova prorrogado.

O fundamento da prorrogação é o seguinte: não é o cometimento do crime ou da contravenção penal que autoriza a revogação do *sursis*, mas a condenação transitada em julgado daí derivada. É razoável, destarte, aguardar o término da ação penal para se constatar se será ou não caso de revogação, seja ela obrigatória (crime doloso) ou facultativa (contravenção penal), se o réu for condenado, ou de extinção da pena privativa de liberdade, nos moldes do art. 82 do Código Penal, na hipótese de ser absolvido.

A mera instauração de inquérito policial não autoriza a prorrogação do período de prova.

- 2.<sup>a</sup> hipótese: *Nas hipóteses de revogação facultativa – art. 81, § 3.º*



Nesses casos, o juiz pode, em vez de decretar a revogação do *sursis*, prorrogar o período de prova até o máximo, se este não foi o fixado.

A prorrogação não é automática. Depende de expressa decisão judicial nesse sentido.

### 39.19. TÉRMINO DO PERÍODO DE PROVA E POSSIBILIDADE DE SUA PRORROGAÇÃO E REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO

Formula-se a indagação: Em se tratando de sentença declaratória o ato que declara extinta a pena privativa de liberdade, na forma do art. 82 do Código Penal, pode o juiz, depois de encerrado o período de prova, prorrogá-lo por descobrir que o condenado está sendo processado por outro crime ou contravenção penal, para decidir, no futuro, se o benefício deve ou não ser revogado?

Formaram-se duas posições acerca do assunto:

1.<sup>a</sup> *posição*: É possível a prorrogação. Aliás, essa prorrogação é automática, prescindindo de decisão judicial. É o entendimento dominante, consagrado inclusive no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.<sup>11</sup> Anote-se, contudo, que a prorrogação será cabível desde que o juiz ainda não tenha declarado extinta a pena privativa de liberdade, com o conseqüente trânsito em julgado. De fato, se já tiver transitado em julgado a declaração de extinção da punibilidade, nada mais poderá ser feito.

2.<sup>a</sup> *posição*: Não se admite a prorrogação. A pena estará automaticamente extinta com o término do período de prova.

### 39.20. EXTINÇÃO DA PENA

Cumprido integralmente o período de prova, sem revogação, considera-se extinta a pena privativa de liberdade. É o que se extrai do art. 82 do Código Penal.

A sentença é meramente declaratória, e retroage ao dia em que se encerrou o período de prova. Exige-se prévia manifestação do Ministério Público, sob pena de nulidade, com fundamento no art. 67 da Lei de Execução Penal.

### 39.21. SURSIS E CRIMES HEDIONDOS OU EQUIPARADOS

Em regra, as penas impostas em condenações pela prática de crimes hediondos ou equiparados (tráfico de drogas, tortura e terrorismo) são su-

<sup>11</sup> STF: HC 91.552/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2.<sup>a</sup> Turma, j. 09.10.2007; e STJ: REsp 723.090/MG, rel. Min. Gilson Dipp, 5.<sup>a</sup> Turma, j. 19.09.2006.

periores a dois anos, por se tratarem de infrações penais consideradas de elevada gravidade pelo Poder Constituinte Originário, e, conseqüentemente, também pelo legislador ordinário.

Seria extrapolado, portanto, o limite quantitativo para aplicação da suspensão condicional da pena.

É possível vislumbrar, todavia, uma situação em que uma pena privativa de liberdade decorrente da prática de crime hediondo comporte o benefício. Imagine-se um crime de estupro (CP, art. 213) com aplicação da pena no mínimo legal (seis anos), na forma tentada, incidindo, em razão do pequeno transcurso do *iter criminis*, a diminuição máxima, de 2/3. A pena seria de dois anos, dentro do teto previsto no art. 77, *caput*, do Código Penal.

Questiona-se: É cabível, no caso, a suspensão condicional da pena?

Formaram-se duas correntes, ora analisadas.

**1.ª Corrente:** É inaplicável o *sursis*. A dimensão do benefício não se compactua com a natureza do delito, em relação ao qual a própria Constituição Federal, em seu art. 5.º, XLIII, determinou um tratamento mais severo. E, também, o imperativo regime inicial fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade afasta a possibilidade de suspensão condicional da execução da pena. É dominante em doutrina e em jurisprudência.

**2.ª Corrente:** É cabível o *sursis*, o qual não foi vedado pela Lei 8.072/1990 – Lei dos Crimes Hediondos. Não pode o juiz criar restrições não previstas por lei, em face da inadmissibilidade, no campo penal, da analogia *in malam partem*. Há decisão do Supremo Tribunal Federal nesse sentido.<sup>12</sup>

### 39.22. SURSIS PARA ESTRANGEIROS QUE ESTEJAM NO BRASIL EM CARÁTER TEMPORÁRIO

Há duas posições acerca da viabilidade de concessão de *sursis* ao estrangeiro que se encontre em passagem pelo território nacional:

**1.ª posição:** Não é cabível, em face do disposto pelo art. 1.º do Decreto-lei 4.865/1942: “É proibida a concessão da suspensão condicional da pena imposta aos estrangeiros que se encontrem em território nacional em caráter temporário”. Esse entendimento se ampara, ainda, nos arts. 65 a 68 da Lei 6.815/1980 – Estatuto do Estrangeiro –, diploma legislativo que não trouxe previsão acerca da vedação do *sursis*. Além disso, o condenado, por ser mero visitante,

<sup>12</sup> HC 86.698/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 1.ª Turma, j. 19.06.2007.

não cumpriria as condições impostas. Finalmente, por praticar crime em território nacional, deve ser expulso do Brasil, circunstância que não se coaduna com a suspensão condicional da pena.

- 2.<sup>a</sup> posição: É possível o *sursis*, com fundamento no art. 5.<sup>o</sup>, *caput*, da Constituição Federal, que proíbe distinções entre brasileiros, natos ou naturalizados, e estrangeiros. Nada obstante o *caput* do art. 5.<sup>o</sup> faça referência expressa somente a brasileiros (natos ou naturalizados) e estrangeiros residentes no país, a jurisprudência do STF vem acrescentando, por meio da interpretação sistemática, os estrangeiros não residentes (por exemplo, a turismo), os apátridas e as pessoas jurídicas.<sup>13</sup>

Por outro lado, é possível o *sursis* para estrangeiros que estejam no Brasil em situação regular e com visto permanente.

### 39.23. SURSIS E SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS

Enquanto não declarada a extinção da sanção penal por força do integral decurso do período de prova do *sursis* sem revogação, o condenado cumprirá, ainda que de forma alternativa, a pena privativa de liberdade. Estarão presentes, destarte, os efeitos da condenação criminal.

Logo, ao agente incidirá a suspensão dos direitos políticos, com fulcro no art. 15, III, da Constituição Federal.

### 39.24. SURSIS E HABEAS CORPUS

O *habeas corpus* não é adequado para se pleitear a concessão da suspensão condicional da pena, nem para discutir o cabimento das condições legais e judiciais impostas no caso concreto, pois em tais hipóteses seria necessária a análise dos requisitos subjetivos indicados pelo art. 77, I, e, principalmente, II, do Código Penal. E, como se sabe, não se admite dilação probatória na via estreita desse remédio constitucional.

Excepcionam-se, todavia, situações teratológicas, como, exemplificativamente, no caso de um antigo Prefeito a quem é imposta a condição de varrer as ruas do centro da cidade que governou.

### 39.25. SURSIS E DETRAÇÃO PENAL

Em primeira análise, a suspensão condicional da pena não é compatível com a detração penal. Com efeito, o benefício se destina a impedir a exe-

<sup>13</sup> LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 10. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 530.

cução de uma pena privativa de liberdade, motivo pelo qual é impossível o desconto do período cumprido a título de prisão provisória no montante da pena imposta, que, por estar suspensa, sequer é objeto de cumprimento pelo condenado.

Entretanto, se o *sursis* for revogado, daí resultará o cumprimento integral da pena privativa de liberdade, autorizando-se, a partir de então, a aplicação do instituto da detração penal e de todos os seus efeitos.

### 39.26. SURSIS E INDULTO

Discute-se a possibilidade de incidência de indulto aos condenados que se encontram em período de prova como decorrência da suspensão condicional da execução da pena. Há duas posições sobre o assunto:

*1.ª posição:* É possível. O indulto se destina a pessoas condenadas ao cumprimento de penas privativas de liberdade, e o *sursis* nada mais é do que uma forma diferenciada de execução da pena. Pode o decreto de indulto, portanto, beneficiar condenados que estejam cumprindo a suspensão condicional da pena. É a posição dominante.

*2.ª posição:* Não é possível. O indulto alcança somente os condenados que se encontram privados da liberdade, e aquele que teve suspensa sua pena não precisa desse benefício emanado do Poder Executivo federal.

### 39.27. SURSIS E REGIME PENITENCIÁRIO

Em cumprimento ao previsto no art. 59, III, do Código Penal, deve o magistrado – depois de superado o critério trifásico e dosada a pena privativa de liberdade – estabelecer o regime prisional inicial.

E para encontrar o regime prisional adequado, o juiz se apoia nos critérios norteadores indicados por art. 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal.

Superada essa etapa, passa o magistrado à fase seguinte: analisar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa.

Finalmente, se a pena privativa de liberdade aplicada não foi substituída por restritiva de direitos ou multa, e não ultrapassar dois anos, o juiz ingressa na derradeira operação: aferir o cabimento da suspensão condicional da pena.

Portanto, conclui-se que o juiz, ao decidir sobre a concessão ou não do *sursis*, já terá definido o regime prisional para início de cumprimento da pena privativa de liberdade (fechado, semiaberto ou aberto), respeitando o direito do condenado de saber as condições em que cumprirá a sanção

penal, caso não aceite o benefício, ou na hipótese de ser este revogado no futuro.

Não deve ser aceita, portanto, a tese pela qual se sustenta que, uma vez concedido o *sursis*, prescinde-se da fixação do regime prisional. Essa definição é lógica e legalmente precedente, podendo-se concluir que, se assim agir o magistrado, estará violando o procedimento de aplicação da pena delineado pelo art. 59 do Código Penal.

### 39.28. QUESTÕES

1. (83.º Promotor de Justiça – MP/SP) A revogação facultativa do *sursis* é possível quando o beneficiado
  - (A) não cumpre as condições de prestar serviços à comunidade ou de se submeter à limitação de fim de semana, previstas no § 1.º do art. 78 do Código Penal.
  - (B) é condenado por crime doloso em sentença irrecorrível.
  - (C) é irrecorrivelmente condenado, por crime culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.
  - (D) frustra, embora solvente, a execução da pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano.
  - (E) descumpra qualquer obrigação imposta ou não efetua, de qualquer modo, a reparação do dano.
  
2. (82.º Promotor de Justiça – MP/SP) Aponte o enunciado falso.
  - (A) Desprezam-se, nas penas privativas de liberdade e nas restritivas de direitos, as frações de dia e, quanto à multa, também se desprezam frações.
  - (B) É possível falar-se em estado de necessidade recíproco e impossível dizer-se de legítima defesa recíproca.
  - (C) Pode-se dizer que a condenação irrecorrível do sentenciado a pena privativa de liberdade ou a pena restritiva de direitos, por crime culposo ou contravenção, durante o período de prova, é causa de revogação obrigatória do *sursis*.
  - (D) É exemplificativo o rol de causas de extinção de punibilidade, constante do Código Penal.
  - (E) Quanto ao lugar do crime, no Brasil foi adotada a teoria da ubiqüidade.
  
3. (Juiz de Direito – TJ/MG – 2006) José João foi processado e condenado como incurso no art. 129, § 1.º, I, do Código Penal (lesão corporal grave) a pena privativa de liberdade de 1 (um) ano de reclusão em regime aberto. Consta que o mesmo não é reincidente em crime doloso e lhe são favoráveis os motivos e circunstâncias do crime, bem como culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade. Terá José João direito a:
  - (A) substituição da pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direito;
  - (B) substituição da pena privativa de liberdade por 1 (uma) restritiva de direito;
  - (C) suspensão condicional do processo;
  - (D) suspensão condicional da pena.
  
4. (178.º Juiz de Direito – TJ/SP) Assinale a alternativa correta. É caso de revogação facultativa da suspensão condicional da pena
  - (A) a condenação em sentença irrecorrível, por crime doloso.

- (B) o descumprimento injustificado de prestação de serviços a comunidade ou da limitação de fim de semana.
- (C) a condenação em sentença irrecorrível, por crime culposo ou contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.
- (D) o envolvimento do condenado em ação penal instaurada por outro crime.

**5. (179.º Juiz de Direito – TJ/SP) Assinale a alternativa incorreta.**

- (A) Não cabe suspensão condicional da pena quando não couber substituição da pena corporal até 2 anos, por penas restritivas de direitos.
- (B) A execução de pena privativa de liberdade não superior a 4 anos pode permitir a concessão da suspensão condicional da pena por 4 a 6 anos para condenado maior de 70 anos à época da condenação.
- (C) A condenação anterior à pena de multa não impede a suspensão condicional da pena.
- (D) É cabível a suspensão condicional da pena, desde que o condenado não seja reincidente em delito doloso.

**6. (Advogado/CEF – 2006) Considerando o posicionamento doutrinário e jurisprudencial dominante, julgue o item subsequente, relativo à parte geral do Código Penal.**

Somente a pena privativa de liberdade admite o *sursis*, não sendo cabível o instituto nas penas restritivas de direitos e na pena pecuniária.

**7. (Magistratura Federal 1.ª Região – CESPE/2009) No que se refere ao crime continuado, aos crimes de exploração e utilização de energia nuclear e de lavagem de bens, ao *sursis* e ao erro de tipo, assinale a opção correta.**

- (A) Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida.
- (B) Constitui crime produzir, processar, fornecer ou usar material nuclear sem autorização ou para fim diverso do permitido em lei. Transmitir ilícitamente informações sigilosas concernentes à energia nuclear não configura crime de exploração e utilização de energia nuclear, mas crime contra a segurança nacional.
- (C) O crime de lavagem de bens pressupõe a ocorrência de crime antecedente, o qual deverá encontrar-se listado no rol do art. 1.º da Lei n.º 9.613/1998, que, segundo a jurisprudência do STJ, é meramente exemplificativo.
- (D) É pacífico o entendimento do STJ sobre a possibilidade de o magistrado negar a extinção da punibilidade, após o período de prova, quando verificado o descumprimento de qualquer condição imposta pelo julgo ao conceder a suspensão condicional do processo, já que a decisão revocatória do *sursis* é meramente declaratória.
- (E) No delito putativo por erro de tipo, o agente não sabe que comete um crime, mas, em face do erro, acaba por praticá-lo.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

**Obs.:** Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no site [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).



## LIVRAMENTO CONDICIONAL

Sumário: 40.1. Evolução histórica – 40.2. Conceito – 40.3. Natureza jurídica – 40.4. Diferenças com o *sursis* – 40.5. Juízo competente para concessão do livramento condicional – 40.6. Egresso – 40.7. Requisitos: 40.7.1. Requisitos objetivos; 40.7.2. Requisitos subjetivos – 40.8. Rito do livramento condicional – 40.9. Condições – 40.10. Revogação do livramento condicional: 40.10.1. Revogação obrigatória; 40.10.2. Revogação facultativa – 40.11. Suspensão do livramento condicional – 40.12. Prorrogação do período de prova – 40.13. Extinção da pena – 40.14. Questões diversas sobre livramento condicional: 40.14.1. Livramento condicional insubsistente; 40.14.2. Livramento condicional e *habeas corpus*; 40.14.3. Livramento condicional humanitário; 40.14.4. Livramento condicional cautelar; 40.14.5. Livramento condicional para estrangeiros que estejam no Brasil em caráter temporário – 40.15. Questões.

### 40.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O livramento condicional surgiu no ano de 1846, na França, com a decisão do magistrado Beneville, que se referiu ao instituto denominando-o “liberação preparatória”.

No Brasil, sua primeira manifestação ocorreu com a edição do Código Penal Republicano de 1890 (arts. 50 a 52), regulamentado pelos Decretos 4.577, de 5 de setembro de 1922, e 16.665, de 6 de novembro de 1924. A partir de então, foi mantido pela legislação penal brasileira, como derradeira etapa do processo escalonado de reforma do criminoso.

### 40.2. CONCEITO

Livramento condicional é o benefício que permite ao condenado à pena privativa de liberdade superior a 2 (dois) anos a liberdade antecipada, condicional e precária, desde que cumprida parte da reprimenda imposta e sejam observados os demais requisitos legais.

A liberdade é antecipada, condicional e precária. **Antecipada**, pois o condenado retorna ao convívio social antes do integral cumprimento da pena privativa



de liberdade. **Condicional**, pois durante o período restante da pena (período de prova) o egresso submete-se ao atendimento de determinadas condições fixadas na decisão que lhe concede o benefício. E **precária**, pois pode ser revogada se sobrevier uma ou mais condições previstas nos arts. 86 e 87 do Código Penal.

Em sintonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

O livramento condicional constitui, para maior respeito à finalidade reeducativa da pena, a última etapa de execução penal, o qual está marcado pela idéia de liberdade responsável do condenado, de modo a lhe permitir maior possibilidade de reinserção social (Lei 7.210/1984, art. 1.º). O fim socialmente regenerador da sanção criminal, previsto nesse art. 1.º da Lei de Execução Penal – LEP, alberga um critério de interpretação das demais disposições dessa mesma lei, aproximando-se da Constituição, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (art. 1.º, II e III).<sup>1</sup>

#### 40.3. NATUREZA JURÍDICA

Firmou-se a doutrina pátria no sentido de tratar-se o livramento condicional de **benefício** conferido pela lei ao condenado que preenche os requisitos legais.<sup>2</sup>

Embora se constitua em instituto penal restritivo da liberdade, por importar em limitação de diversos direitos da pessoa humana, funciona como **direito subjetivo**, pois a liberdade precoce não pode ser negada àquele que atende a todos os mandamentos aplicáveis à espécie.

E, nada obstante seja concedido durante a execução da pena privativa de liberdade, não pode ser tratado como um de seus incidentes, pois não encontra previsão nos arts. 180 a 193 da Lei 7.210/1984 – Lei de Execução Penal.

Damásio E. de Jesus, entretanto, apresenta posicionamento diverso. Para ele, cuida-se de forma especial de cumprimento da pena:

O instituto, na reforma penal de 1984, não constitui mais um direito público subjetivo de liberdade do condenado nem incidente de execução. É medida penal de natureza restritiva da liberdade, de cunho repressivo e preventivo. Não é um benefício.<sup>3</sup>

#### 40.4. DIFERENÇAS COM O SURSIS

Livramento condicional e *sursis* apresentam pontos comuns.

São benefícios conferidos aos condenados à pena privativa de liberdade que atendem a diversos requisitos previstos em lei. São, ainda, condicionais,

<sup>1</sup> HC 94.163/RS, rel. Min. Carlos Britto, 1.ª Turma, j. 02.12.2008, noticiado no *Informativo* 531.

<sup>2</sup> É também a posição do Supremo Tribunal Federal: HC 90.449/RJ, rel. Min. Carlos Britto, 1.ª Turma, j. 09.10.2007.

<sup>3</sup> JESUS, Damasio E. de. *Direito penal*. Parte geral, 28. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 625.

pois durante o período de vigência dos institutos seus destinatários sujeitam-se à fiscalização quanto à observância de condições judicialmente fixadas. Em ambos esse período de prova tem início com a audiência admonitória. E, finalmente, apresentam a finalidade de evitar a execução da pena privativa de liberdade, total ou parcialmente.

Mas as diferenças são nítidas.

No livramento condicional o condenado retorna ao convívio social depois do cumprimento de parte da pena que lhe foi imposta, dependendo da natureza do crime e de suas condições pessoais. Foi condenado, cumpre uma fração da reprimenda e, posteriormente, é colocado em liberdade. Por sua vez, no *sursis* o condenado sequer inicia o cumprimento da pena privativa de liberdade. Daí o seu nome: suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade. É condenado, mas a execução da sua pena é suspensa, obstando seu início.

Distinguem-se também quanto à duração. Com efeito, no livramento condicional o período de prova, também chamado de **período de experiência**, isto é, o tempo em que o condenado deve observar as condições legais e judiciais impostas, bem como respeitar as causas de revogação, é representado pelo restante da pena ainda não cumprido. Exemplo: o réu, condenado a 8 (oito) anos, obtém o benefício depois de 4 (quatro) anos. O período de prova será composto pelos 4 (quatro) anos remanescentes. No *sursis*, de seu turno, o período de prova deve ser estipulado dentro dos parâmetros legalmente indicados: entre 2 (dois) e 4 (quatro) anos, mas que pode ser diverso, tal como no *sursis* etário e no *sursis* humanitário, bem como em hipóteses indicadas por leis especiais, como é o caso dos crimes ambientais.

Finalmente, o *sursis* geralmente é concedido pela sentença condenatória, que comporta recurso de apelação (CPP, art. 593 e § 4.º). Mas também pode ser concedido pelo acórdão, em grau de recurso ou em se tratando de competência originária dos tribunais. Já o livramento condicional é obrigatoriamente deferido pelo juízo da execução, e para impugnar essa decisão o recurso cabível é o agravo em execução (LEP, art. 197).

<b>LIVRAMENTO CONDICIONAL E SURSIS</b>	
<b>Pontos em comum</b>	<b>Diferenças</b>
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Destinatários: condenados à pena privativa de liberdade;</li> <li>2. Requisitos legais: devem ser preenchidos pelo condenado;</li> <li>3. Condicionais: sujeitam-se ao cumprimento de condições;</li> <li>4. Período de prova: iniciam-se com a realização da audiência admonitória; e</li> <li>5. Finalidade: evitar a execução da pena privativa de liberdade, total ou parcialmente.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Execução da pena: não tem início no <i>sursis</i>, enquanto no livramento condicional o condenado cumpre parte da pena imposta;</li> <li>2. Duração do período de prova: 2 a 4 anos, no <i>sursis</i>, em regra, ou o restante da pena, no livramento condicional;</li> <li>3. Momento da concessão: o <i>sursis</i> é concedido na sentença ou no acórdão, e o livramento condicional durante a execução da pena; e</li> <li>4. Recurso cabível: apelação no <i>sursis</i> e agravo em execução no livramento condicional.</li> </ol>

#### 40.5. JUÍZO COMPETENTE PARA CONCESSÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL

O livramento condicional somente pode ser concedido depois de cumprida parte da pena privativa de liberdade. Normalmente, já existe trânsito em julgado da condenação, inclusive com cumprimento da pena, razão pela qual é competente o juízo da execução para analisar o cabimento ou não do benefício (LEP, art. 66, III, “e”).

Todavia, o Supremo Tribunal Federal tem admitido a concessão do livramento condicional em sede de execução provisória, isto é, com o trânsito em julgado da condenação apenas para a acusação. A propósito: “A jurisprudência do STF já não reclama o trânsito em julgado da condenação nem para a concessão do indulto, nem para a progressão de regime de execução, nem para o livramento condicional”.<sup>4</sup> Nesse caso, também será competente o juízo da execução.

Em face do caráter itinerante do processo de execução, é competente o juízo do local em que o condenado cumpre a pena, independentemente da comarca em que foi proferida a sentença condenatória (CPP, art. 712). Exemplo: a sentença condenatória foi proferida na comarca de São Paulo, mas o agente encontra-se recolhido na penitenciária de Ribeirão Preto: será competente o juízo da execução dessa última comarca.

#### 40.6. EGRESSO

É a nomenclatura dispensada pelo art. 26, II, da Lei de Execução Penal ao condenado beneficiado pelo livramento condicional, durante o período de prova.

#### 40.7. REQUISITOS

O livramento condicional, para ser concedido, depende do preenchimento de vários requisitos objetivos e subjetivos.<sup>5</sup> Aqueles se relacionam à pena (espécie, quantidade e parcela já cumprida), bem como à reparação do dano; estes dizem respeito às condições pessoais do condenado.

##### 40.7.1. Requisitos objetivos

O art. 83, I, II, IV e V, do Código Penal exige, para concessão do livramento condicional, 4 (quatro) requisitos objetivos, relacionados à pena e à reparação do dano:

<sup>4</sup> HC 87.801/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1.ª Turma, j. 02.05.2006.

<sup>5</sup> STF: HC 94208/RS, rel. Min. Carlos Britto, 1.ª Turma, j. 10.11.2009, noticiado no *Informativo* 567.

### 1) Espécie da pena

Deve ser privativa de liberdade (reclusão, detenção ou prisão simples).

### 2) Quantidade da pena

A pena privativa de liberdade imposta ao condenado, a qual se encontra em sede de execução, deve ser igual ou superior a 2 (dois) anos. Nesse ponto, convém destacar que, nos termos do art. 84 do Código Penal: "As penas que correspondem a infrações diversas devem somar-se para efeito do livramento".

Essa medida é salutar, pois se não existisse estaria vedado o benefício a indivíduo que, exemplificativamente, fora condenado por dois furtos, de diminuta gravidade, cada um com pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, uma vez que o montante das penas impediria o *sursis*, enquanto para um criminoso autor de roubo com emprego de arma de fogo, com pena de 6 (seis) anos, a medida seria cabível.

E em conformidade com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, não há como somar a pena aplicada em sentença ainda não transitada em julgado ao cálculo do total da pena a ser cumprida para efeito de concessão do livramento condicional.<sup>6</sup>

### 3) Parcela da pena já cumprida

O montante depende das condições do condenado e da natureza do crime por ele praticado.

Para o condenado que não for reincidente em crime doloso e apresentar bons antecedentes, basta o cumprimento de mais de um terço da pena (CP, art. 83, I). Trata-se do livramento condicional **simples**.

E em relação ao reincidente em crime culposo?

Há duas posições: a) encaixa-se na regra prevista no art. 83, I, do Código Penal; e b) esse tratamento a ele não se aplica, pois um reincidente em crime culposo não pode ser considerado possuidor de bons antecedentes.

No caso, porém, de condenado reincidente em crime doloso, exige-se o cumprimento de mais de metade da pena (CP, art. 83, II). É o livramento condicional **qualificado**. E, na hipótese de diversos crimes, o requisito objetivo é o cumprimento de mais da metade do total das penas unificadas.<sup>7</sup>

Falhou a lei, contudo, ao olvidar-se de uma situação: condenado não reincidente em crime doloso, mas portador de **maus antecedentes**. Não se enquadra no inciso I nem no inciso II do art. 83 do Código Penal. Então é de se questionar: como deve ser tratado?

<sup>6</sup> HC 48.269-RS, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma, j. 19.04.2007, noticiado no *Informativo* 317.

<sup>7</sup> STJ: HC 96.279/ES, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 27.03.2008.

Formaram-se duas posições sobre o assunto:

- a) Deve receber igual tratamento dispensado ao reincidente em crime doloso, de modo que o livramento condicional só será possível com o cumprimento de mais de metade da pena. Como não possui bons antecedentes, não se amolda ao inciso I, que exige dois requisitos cumulativos (não ser reincidente em crime doloso e ostentar bons antecedentes). Aplica-se subsidiariamente, portanto, a regra delineada pelo inciso II.
- b) É necessário seja adotada a posição mais favorável ao condenado, em face da ausência de expressa previsão legal. Destarte, será cabível o benefício com o cumprimento de mais de um terço da pena, pois, embora portador de maus antecedentes, não é reincidente em crime doloso. Alberto Silva Franco filia-se a esse entendimento:

Não se pode, em matéria penal, interpretar em detrimento de quem sofre a aflição da pena, texto que apresenta inadequação evidente, pena de se configurar ilegal restrição ao pedaço da liberdade individual cerceado à ausência de norma, pois a isso equivale a imprecisão, a contradição ou a lacuna. Não há como enquadrar como detentor de duas circunstâncias exigidas cumulativamente pela lei para a exigência do prazo maior, de metade da pena, quem, na verdade, ostenta apenas uma dessas circunstâncias contra si. Impossível sair do problema, que é da lei, interpretando-a em detrimento do condenado em matéria penal.<sup>8</sup>

É também a posição do Superior Tribunal de Justiça:

No caso de paciente primário, de maus antecedentes, como o Código não contemplou tal hipótese, ao tratar do prazo para concessão do livramento condicional, não se admite a interpretação em prejuízo do réu, devendo ser aplicado o prazo de um terço. O paciente primário com maus antecedentes não pode ser equiparado ao reincidente, em seu prejuízo.<sup>9</sup>

Finalmente, em se tratando de condenado pela prática de crime hediondo (Lei 8.072/1990, art. 1.º) ou equiparado (tráfico de drogas, tortura e terrorismo), é necessário o cumprimento de mais de dois terços da pena, desde que não seja reincidente específico em crimes dessa natureza. Cuida-se do livramento condicional **específico**.

Conclui-se, pois, ser vedado o livramento condicional para o condenado por crime hediondo ou equiparado quando reincidente específico em delito dessa natureza. É o que se extrai do art. 83, inciso V, do Código Penal, e do art. 44, parágrafo único, da Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas.

<sup>8</sup> FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. Parte geral. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. v. 1, p. 1.543-1.544.

<sup>9</sup> HC 102.278/RJ, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 6.ª Turma, 1. 03.04.2008.

Essa proibição é constitucional, pois a disciplina dessa matéria é reservada à legislação ordinária, podendo ser impedido o benefício às pessoas que revelam comportamento social desajustado e elevada periculosidade. Em suma, a regra é o integral cumprimento da pena, podendo a lei restringir a liberdade antecipada àqueles que não preenchem os requisitos por ela exigidos.

Nesse contexto, nas hipóteses em que o réu, reincidente específico, cumpre pena pela prática de delitos hediondos ou a eles equiparados, e também de delitos não hediondos, a possibilidade de concessão do livramento condicional estará condicionada ao **cumprimento integral** das penas referentes àqueles delitos.<sup>10</sup>

E surge nesse ponto mais uma discussão: Para fins de livramento condicional, o que se entende por reincidente específico?

Formaram-se basicamente duas posições:

- a) É reincidente específico aquele que, condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, pratica novamente qualquer um desses delitos, ainda que tipificados por dispositivos distintos. Exemplo: homicídio qualificado e tráfico de drogas. É a tendência atualmente dominante, pois a lei dos crimes hediondos não definiu a reincidência específica, e todos os delitos por ela abrangidos merecem igual tratamento, por força constitucional (CF, art. 5.º, XLIII).
- b) É reincidente específico o agente que, depois de condenado por crime hediondo ou equiparado, comete idêntico delito. Exemplo: latrocínio e latrocínio.

#### 4) Reparação do dano

Dispensa-se esse requisito quando comprovada a efetiva impossibilidade do condenado em atendê-lo (CP, art. 83, IV).

Esse requisito pode ser ainda dispensado quando a vítima não for encontrada para ser indenizada, bem como quando renunciar a dívida ou mostrar-se desinteressada em ser ressarcida.

### 40.7.2. Requisitos subjetivos

Não bastam os requisitos objetivos. Reclama-se ainda o atendimento aos requisitos subjetivos legalmente previstos, atinentes à pessoa do condenado. São eles:

#### 1) Comportamento satisfatório durante a execução da pena

Com a edição da Lei 10.792/2003, o art. 112, *caput*, e § 2.º, da LEP, refere-se ao “bom comportamento carcerário”, e não mais ao comporta-

<sup>10</sup> STJ: HC 84.189/RJ, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 18.12.2007.

mento satisfatório. Contudo, a redação do Código Penal foi mantida (art. 83, III).

Esse requisito deve ser comprovado pelo **diretor do estabelecimento prisional**, levando em conta o modo de agir do condenado após o início da execução da pena, desprezando-se seu comportamento pretérito.

Ainda, nos termos da Súmula 441 do Superior Tribunal de Justiça: “A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional”.<sup>11</sup> É também o entendimento do Supremo Tribunal Federal.<sup>12</sup>

### **2) Bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído**

Nada obstante a proibição do trabalho forçado (CF, art. 5.º, XLVII, “c”), o exercício de atividade laboral é obrigatório para a concessão do livramento condicional. O preso não é forçado a trabalhar, mas, se não o fizer, será vedado o benefício da liberdade antecipada.

Esse requisito deve ser desprezado quando, em face de problemas do estabelecimento prisional, nenhum trabalho foi atribuído ao condenado.

### **3) Aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto**

Exige-se unicamente prova da **aptidão** para o exercício de trabalho honesto, e não de emprego certo e garantido após a saída do estabelecimento prisional. De fato, requisito dessa natureza inviabilizaria o benefício, pois se até mesmo muitos primários e de vida pretérita escorreita encontram-se desempregados, o que falar-se daqueles que carregam em suas folhas de antecedentes a pecha da condenação por crimes e contravenções penais.

### **4) Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir**

Encontra-se definido pelo art. 83, parágrafo único, do Código Penal, e deve ser constatado pela Comissão Técnica de Classificação, responsável pela elaboração e fiscalização do programa de individualização da execução penal (LEP, arts. 5.º a 9.º). Faz-se um **juízo de prognose**, direcionado ao

<sup>11</sup> Com a edição da Súmula 441, o STJ modificou sua linha de jurisprudência, no sentido de que a prática de falta grave obstava a concessão do livramento condicional. O período de pena a ser cumprido deveria ser reiniciado, desprezando-se o tempo anterior à falta grave: HC 99.218/RS, rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 6.ª Turma, j. 29.04.2008.

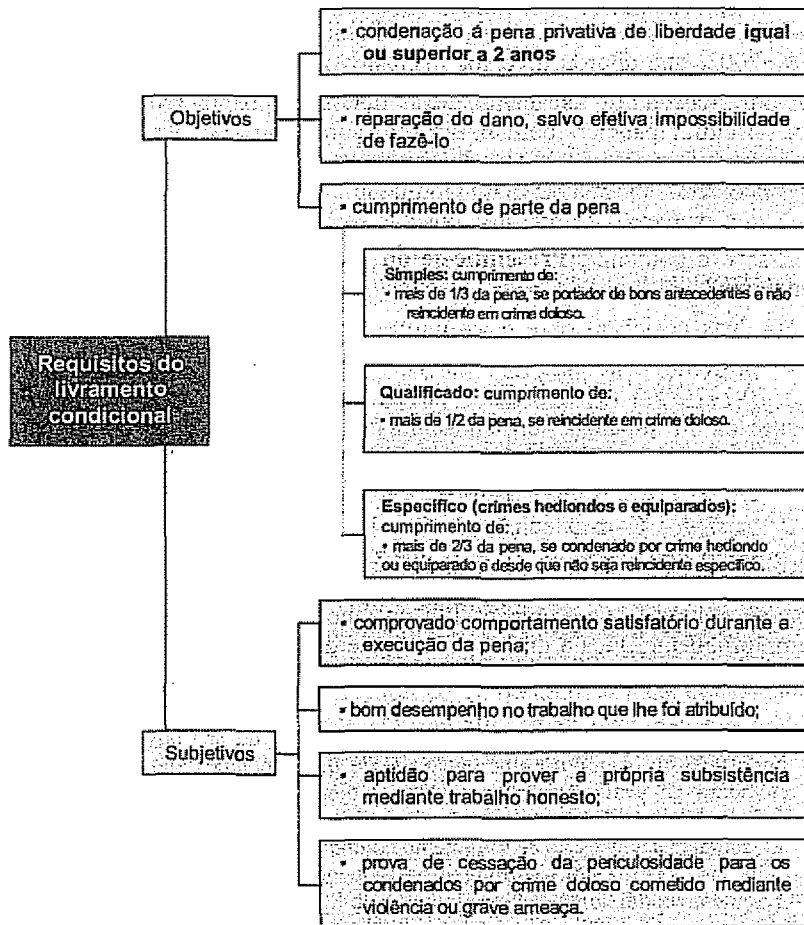
<sup>12</sup> No caso de prática de falta grave, o requisito temporal é aferido a partir da quantidade de pena efetivamente cumprida, a qual não sofre alteração com o mau comportamento do preso, pois o tempo de pena já cumprido não pode ser desconsiderado. Exemplificativamente, na hipótese de fuga, o período em que o condenado esteve foragido não será computado como tempo de pena cumprida (STF: HC 94.163/RS, rel. Min. Carlos Britto, 1.ª Turma, j. 02.12.2008, noticiado no *Informativo* 531).

futuro, com o propósito de constatar se, em razão de suas condições pessoais, é provável a reincidência pelo condenado. Em caso positivo, nega-se o benefício.

Esse requisito, obrigatório para os crimes cometidos com violência à pessoa ou grave ameaça, é facultativo para os demais delitos.

Pode ser inclusive realizado **exame criminológico** para elaboração desse prognóstico. Esse procedimento, entretanto, encontra resistência em parte da jurisprudência, em face da ausência de previsão legal.

**5) Não ser reincidente específico, nos crimes hediondos ou assemelhados**





## 40.8. RITO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL

O pedido de livramento condicional deve ser endereçado ao juízo da execução (LEP, arts. 66, III, “e”, e 131). Não precisa ser subscrito por advogado, a teor do art. 712, *caput*, do Código de Processo Penal: “O livramento condicional poderá ser concedido mediante requerimento do sentenciado, de seu cônjuge ou de parente em linha reta, ou por proposta do diretor do estabelecimento penal, ou por iniciativa do Conselho Penitenciário”.

E, antes de sua decisão, o juiz deve ouvir o Ministério Público, sob pena de nulidade (LEP, arts. 67 e 131).

Discute-se a necessidade de manifestação do **Conselho Penitenciário** antes da concessão do livramento condicional. A polêmica reside na Lei 10.792/2003, que alterou diversos dispositivos da Lei de Execução Penal.

Com efeito, entre as incumbências do Conselho Penitenciário não mais se inclui emitir parecer sobre livramento condicional, pois esse encargo foi eliminado do art. 70, I, da Lei de Execução Penal pela lei acima indicada. Entretanto, essa mesma lei não modificou o art. 131 da Lei de Execução Penal, que reclama a oitiva do Conselho Penitenciário.

Essa é a polêmica. **Prescinde-se ou não do parecer do Conselho Penitenciário?**

Há duas posições sobre o assunto:

*1.ª posição:* É necessário o parecer do Conselho Penitenciário. Embora a Lei 10.792/2003 tenha retirado do art. 70, I, da Lei de Execução Penal – dentre as incumbências do Conselho Penitenciário –, a de emitir parecer sobre livramento condicional, remanesce no art. 131 da LEP a necessidade dessa manifestação no procedimento da liberdade antecipada.

*2.ª posição:* Com a edição da Lei 10.792/2003, dispensa-se o parecer do Conselho Penitenciário. Pode o juiz da execução, portanto, conceder ou denegar o livramento condicional sem a prévia manifestação desse órgão. Anote-se, contudo, que o parecer do Conselho Penitenciário não foi extirpado peremptoriamente. Fica à discricionariedade do juiz, quando reputar necessário, determinar sua realização. Para o Supremo Tribunal Federal:

A jurisprudência do STF assenta-se no sentido de não haver ilegalidade na imposição do exame criminológico, desde que fundamentada a decisão, como elemento de avaliação dos requisitos subjetivos necessários para o eventual deferimento ou não da progressão de regime. Enfatizou a possibilidade de sua adoção para a concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas (LEP, art. 112, § 2.º). Ademais, observou que a interpretação do instituto do livramento condicional – cujos efeitos estão ligados ao comportamento carcerário e às avaliações sociais e psicológicas do condenado – não permitira o acolhimento do pedido, notadamente se considerado o teor das decisões proferidas

na 1.<sup>a</sup> instância, em que informado que o paciente não registra cumprimento satisfatório da reprimenda, com o cometimento de faltas graves.<sup>13</sup>

É também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

A nova redação dada pela Lei 10.792/2003 ao art. 112 da LEP tornou prescindível a realização de exames periciais antes exigidos para a concessão da progressão de regime prisional e do livramento condicional, cabendo ao Juízo da Execução a ponderação casuística sobre a necessidade ou não de adoção de tais medidas. Apesar de ter sido retirada do texto legal a exigência expressa de realização do referido exame, a legislação de regência não impede que, diante do caso concreto, o Juiz possa se valer desse instrumento para formar a sua convicção, como forma de justificar sua decisão sobre o pedido.<sup>14</sup>

Ressalte-se, porém, qualquer que seja a posição adotada, que a manifestação do Conselho Penitenciário, tipicamente de índole administrativa, tanto pela concessão como pela denegação do livramento condicional, não vincula o juízo da execução, que pode acolher ou rejeitar o parecer lançado. Veja-se, a propósito, o teor do art. 713 do Código de Processo Penal: “As condições de admissibilidade, conveniência e oportunidade da concessão do livramento serão verificadas pelo Conselho Penitenciário, a cujo parecer não ficará, entretanto, adstrito o juiz”.

Finalmente, a decisão judicial que concede ou denega o livramento condicional pode ser impugnada por recurso de agravo (LEP, art. 197).

Concedido o benefício, será expedida **carta de livramento** com cópia integral da decisão judicial em duas vias, remetendo-se uma à autoridade administrativa incumbida da sua execução e outra ao Conselho Penitenciário (LEP, art. 136).

Após, em dia marcado pelo presidente do Conselho Penitenciário, será realizada audiência admonitória, consistente em cerimônia solene no estabelecimento onde o condenado cumpre a pena privativa de liberdade, observando-se o procedimento previsto no art. 137 da Lei de Execução Penal: I – a sentença será lida ao liberando, na presença dos demais condenados, pelo presidente do Conselho Penitenciário ou membro por ele designado, ou, na falta, pelo juiz; II – a autoridade administrativa chamará a atenção do liberando para as condições impostas na sentença de livramento; e III – o liberando declarará se aceita as condições.

<sup>13</sup> HC 93.108/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1.<sup>a</sup> Turma, j. 21.10.2008, noticiado no *Informativo* 525.

<sup>14</sup> HC 92.016/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.<sup>a</sup> Turma, j. 17.04.2008. Em igual sentido: HC 101.121/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5.<sup>a</sup> Turma, j. 08.04.2008, HC 93.807/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.<sup>a</sup> Turma, j. 11.03.2008, HC 87.589/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.<sup>a</sup> Turma, j. 21.02.2008, e HC 46.426-SP, 5.<sup>a</sup> Turma, rel. Min. Laurita Vaz, j. 07.03.2006, noticiado no *Informativo* 276.

Se aceitar as condições, o liberado, ao sair do estabelecimento penal, receberá uma **caderneta**, que exibirá à autoridade judiciária ou administrativa sempre que lhe for exigida (LEP, art. 138, *caput*).

#### 40.9. CONDIÇÕES

Como indica o próprio nome do instituto, o livramento é **condicional**. Com efeito, a liberdade antecipada se sujeita ao cumprimento de condições a serem observadas pelo condenado durante o período de prova ou de experiência, isto é, pelo tempo restante da pena privativa de liberdade.

Esse período de prova tem início com a cerimônia realizada no estabelecimento prisional em que o condenado cumpre a pena, realizada após a concessão do benefício pelo juízo da execução. Na cerimônia, com suas etapas definidas pelo art. 137 da Lei de Execução Penal, o condenado declara se aceita ou não as condições a que fica subordinado o livramento (CP, art. 85).

Essas condições podem ser legais ou judiciais.

**Condições legais** são as que decorrem do mandamento legal. Estão previstas em **rol taxativo**. Nos termos do art. 132, § 1.º, da Lei de Execução Penal, serão **sempre** impostas ao liberado condicional as obrigações seguintes:

- a) obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável, se for apto para o trabalho. Esse prazo razoável deve ser estipulado pelo juiz. Entende-se que, se o condenado for pessoa portadora de deficiência física impeditiva de atividade laborativa, não se impõe essa condição.
- b) comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação. O prazo da comunicação também deve ser indicado pelo magistrado. Na praxe, normalmente é mensal.
- c) não mudar do território da comarca do Juízo da Execução, sem prévia autorização deste.

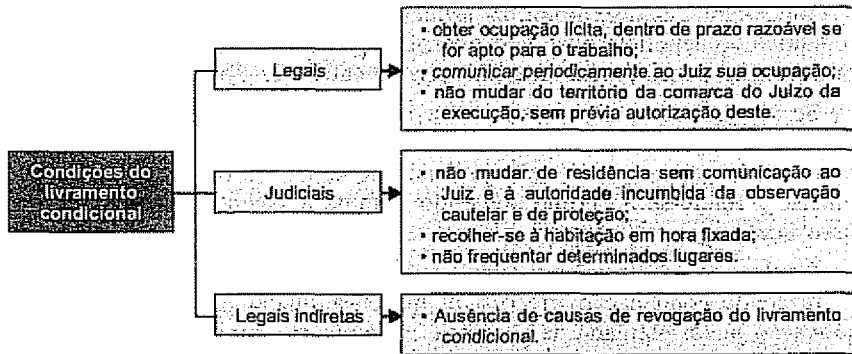
Sem prejuízo dessas condições, podem ainda ser impostas **condições judiciais**. Não são de aplicação peremptória, reservando espaço para a discricionariedade do magistrado. Estão indicadas em **rol exemplificativo**, pois o juiz da execução tem a faculdade de estabelecer outras condições, desde que adequadas ao caso e em conformidade com os direitos constitucionais do condenado. Em conformidade com o art. 132, § 2.º, da Lei de Execução Penal, poderão ser ainda impostas ao liberado condicional, entre outras obrigações, as seguintes:

- a) não mudar de residência sem comunicação ao juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção;

- b) recolher-se à habitação em hora fixada; e
- c) não frequentar determinados lugares.

Nas duas últimas condições (“b” e “c”), o juiz da execução deve indicar, precisamente, qual o horário para recolhimento da habitação e os lugares cuja frequência está proibida.

Fala-se, ainda, em **condições legais indiretas**. Consistem nas causas de revogação do livramento condicional, e recebem esse nome pela razão de se constituírem em **condições negativas**, ou seja, revogam o benefício se estiverem presentes. Portanto, o condenado, para não ensejar a revogação da liberdade antecipada durante o período de prova, deve evitar que tais acontecimentos se verifiquem.



## 40.10. REVOGAÇÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL

O livramento condicional é **precário**. Destarte, é inerente ao benefício sua possibilidade de revogação a qualquer momento, desde que não sejam cumpridas suas condições, legais, judiciais ou indiretas.

A revogação pode ser obrigatória ou facultativa, e suas causas encontram-se disciplinadas pelos arts. 86 e 87 do Código Penal.

Deve ser decretada pelo juiz da execução, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do Conselho Penitenciário. Em qualquer caso, o juiz deve proceder à **prévia oitiva** do condenado, sob pena de nulidade por violação do princípio constitucional da ampla defesa.

### 40.10.1. Revogação obrigatória

De acordo com o art. 86 do Código Penal:

**Art. 86.** Revoga-se o livramento, se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível:

- I - por crime cometido durante a vigência do benefício;
- II - por crime anterior, observado o disposto no art. 84 deste Código.

Podem ser retiradas algumas conclusões desse dispositivo legal.

Inicialmente, são **causas legais de revogação**, pois ao magistrado não é dado o direito de recusá-las. Decorrem da lei, sem qualquer margem de discricionariedade para o Poder Judiciário.

Ademais, a condenação irrecorrível por contravenção penal, qualquer que seja o momento de sua prática, com aplicação de pena privativa de liberdade, não autoriza a revogação obrigatória do livramento condicional. Essa posição se reforça com a análise do art. 87 do Código Penal, que permite a revogação facultativa do benefício quando o liberado é condenado irrecorrivelmente por contravenção penal a pena que não seja privativa de liberdade.

Se não bastasse, não é possível a revogação obrigatória do livramento condicional quando o crime é cometido antes da cerimônia do livramento condicional, mas após a decisão judicial que concedeu o benefício. De fato, o inciso I refere-se ao crime cometido durante a vigência do benefício, ao passo que o inciso II reporta-se a crime anterior.

Finalmente, a decisão judicial que revoga o livramento condicional em razão de condenação irrecorrível dispensa fundamentação, pois toda a motivação já foi efetuada na sentença condenatória, limitando-se o juízo da execução a reconhecê-la.

#### *40.10.1.1. Inciso I*

O liberado deve ser condenado à pena privativa de liberdade, por decisão transitada em julgado, por crime **cometido durante a vigência do benefício**.

Nesse caso, o juiz poderá ordenar a prisão do liberado, ouvidos o Conselho Penitenciário e o Ministério Público, **suspendendo** o curso do livramento condicional, cuja revogação, entretanto, ficará dependendo da decisão final (LEP, art. 145).

Se a decisão final for condenatória, e transitar em julgado, o juiz deverá revogar o livramento condicional. De fato, o juiz não poderá declarar extinta a pena, enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime cometido na vigência do livramento (CP, art. 89). E como violou a confiança nele depositada pelo juízo da execução, praticando um crime durante a vigência do benefício, os efeitos da revogação são rigorosos, quais sejam:

- a) não se computa na pena o tempo em que esteve solto o liberado;
- b) não se concede, em relação à mesma pena, novo livramento; e
- c) não se pode somar o restante da pena cominada ao crime à nova pena, para fins de concessão de novo livramento.

É o que se extrai do art. 88 do Código Penal,<sup>15</sup> dos arts. 728 e 729 do Código de Processo Penal, bem como dos arts. 141 e 142 da Lei de Execução Penal. Para o Superior Tribunal de Justiça:

Praticado pelo condenado novo crime, com trânsito em julgado, no curso do livramento condicional, deverá o benefício ser revogado e o lapso de tempo em que o beneficiário ficou em liberdade, não será computado como pena cumprida. O gozo do livramento condicional requer responsabilidade do beneficiário e um comportamento afastado da vida delitativa, de forma que ele dê mostras de que merece desfrutar do convívio social, sob pena de ver revogado o benefício e perdido o lapso temporal que esteve em liberdade.<sup>16</sup>

#### 40.10.1.2. Inciso II

O livramento condicional deve ser revogado quando o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível, por crime anterior, observado o disposto no art. 84 do Código Penal.

A referência ao art. 84 tem o seguinte significado: somente é possível a revogação quando a nova pena privativa de liberdade, somada à anterior, que ensejou o livramento condicional, resultar na impossibilidade de manutenção do benefício. Exemplo: depois de condenado a 12 anos de reclusão, o réu, primário e com bons antecedentes, cumpriu mais de quatro anos da pena e a ele foi concedida a liberdade antecipada. Após dois anos no gozo do benefício, e, portanto, faltando seis anos para a extinção da pena privativa de liberdade, é condenado a 20 anos de reclusão por crime anterior. Sua pena faltante, somadas as duas, é de 26 anos, razão pela qual é incompatível preservar o livramento condicional com os seis anos de pena até então cumpridos, que representam menos de um terço do total.

Como, entretanto, o liberado não abusou a confiança nele depositada pelo Poder Judiciário, pois o crime foi cometido antes da concessão da liberdade antecipada, os efeitos da revogação são mais suaves, quais sejam:

<sup>15</sup> Para o STF, o art. 88 do Código Penal é aplicável unicamente ao livramento condicional, não incidindo no tocante à comutação da pena (HC 98.422/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.ª Turma, j. 05.10.2010, noticiado no *Informativo* 603).

<sup>16</sup> AgRg no REsp 897.696/RS, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 6.ª Turma, j. 29.04.2008. Em igual sentido: "A condenação irrecorrível, por crime cometido na vigência do livramento condicional, é causa de revogação obrigatória do benefício (inciso I do art. 88 do Código Penal). Revogado o livramento condicional pela prática delitiva durante o período de prova, não se conta como tempo de pena cumprida o lapso temporal em que o condenado ficou em liberdade" (HC 90.449/RJ, rel. Min. Carlos Britto, 1.ª Turma, j. 09.10.2007).

- a) computa-se como cumprimento da pena o tempo em que o condenado esteve solto;
- b) admite-se a soma do tempo das duas penas para concessão de novo livramento; e
- c) permite-se novo livramento condicional, desde que o condenado tenha cumprido mais de um terço ou mais de metade do total da pena imposta (soma das penas), conforme seja primário e portador de bons antecedentes ou reincidente em crime doloso.

É o que consta do art. 88 do Código Penal, dos arts. 728 e 729 do Código Penal, e dos arts. 141 e 142 da Lei de Execução Penal.

#### 40.10.2. Revogação facultativa

Nos termos do art. 87 do Código Penal:

**Art. 87.** O juiz poderá, também, revogar o livramento, se o liberado deixar de cumprir qualquer das condições constantes da sentença, ou for irrecorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade.

O dispositivo citado contém causas judiciais de revogação do livramento condicional, pois fica a critério do magistrado eventual manutenção do benefício. E, se decidir não revogá-lo, o juiz deverá advertir o liberado ou agravar as condições impostas (LEP, art. 140, parágrafo único).

A revogação facultativa é possível em duas hipóteses:

*1.ª hipótese: Se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença*

O motivo dessa causa é simples: o livramento é condicional, mas o condenado não cumpre as condições assumidas por ocasião da concessão do benefício. Se ele não honrou sua palavra, o Estado pode revogar a liberdade antecipada, com a conseqüente retomada da execução da pena privativa de liberdade.

O descumprimento de qualquer condição, legal ou judicial, faculta a revogação do livramento condicional. É prudente, contudo, sem prejuízo da prévia oitiva do condenado (LEP, art. 143), que lhe seja feita nova advertência, com reiteração das condições impostas ou mesmo com o agravamento de tais condições. Em suma, razoável tentar-se a manutenção do benefício e somente revogá-lo com o desatendimento reiterado das condições que lhe são inerentes.

Mas se o juiz optar pela revogação do benefício, seus efeitos serão rigorosos, pois o liberado abusou da confiança nele depositada pelo Estado. Como se infere do art. 88 do Código Penal, não se desconta na pena o tempo em que esteve solto o condenado, e também não se permite a concessão, no tocante à mesma pena, de novo livramento condicional.

*2.ª hipótese: Se o liberado for irrecorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade*

É irrelevante o momento da prática do crime ou da contravenção penal, isto é, se antes do livramento condicional ou durante o período de experiência. Saliente-se, porém, que a revogação facultativa depende de condenação irrecorrível a pena que **não seja privativa de liberdade**.

A condenação irrecorrível a pena privativa de liberdade pela prática de crime induz à revogação obrigatória (CP, art. 86), e não gera nenhum efeito se decorrente de contravenção penal.

De acordo com a regra estipulada pelo art. 88 do Código Penal, variam os efeitos, todavia, em razão do momento em que a infração penal foi praticada.

Se cometido o crime ou contravenção penal anteriormente ao benefício, os efeitos são os seguintes: desconta-se da pena o tempo em que esteve solto o condenado, e também se permite novo livramento condicional em relação à mesma pena.

Por outro lado, se praticado o crime ou contravenção penal na vigência do benefício, os efeitos são mais graves: não se desconta da pena o tempo em que esteve solto o condenado, e não se autoriza a concessão, no tocante à mesma pena, de novo livramento condicional.

#### 40.11. SUSPENSÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL

Dispõe o art. 145 da Lei de Execução Penal:

Praticada pelo liberado outra infração penal, o juiz poderá ordenar a sua prisão, ouvidos o Conselho Penitenciário e o Ministério Público, suspendendo o curso do livramento condicional, cuja revogação, entretanto, ficará dependendo da decisão final.

A revogação do livramento condicional, tanto na modalidade obrigatória como na forma facultativa, quando motivada pela prática de crime ou contravenção penal, depende do trânsito em julgado da condenação. É o que consta expressamente dos arts. 86 e 87 do Código Penal.

Pode acontecer, entretanto, de ser moroso o trâmite da ação penal iniciada em razão do cometimento do crime ou da contravenção penal, a ponto de



não haver decisão definitiva ao tempo do término do período de prova do livramento condicional. Nesse caso, deveria ser declarada a extinção da pena privativa de liberdade, com fulcro no art. 90 do Código Penal.

Esse procedimento levaria ao inconveniente de, posteriormente à extinção da pena privativa de liberdade, ser o agente definitivamente condenado por crime ou contravenção penal cometidos antes ou durante a vigência do benefício. Para superar esse entrave, o art. 145 da Lei de Execução Penal permite ao magistrado, depois de ouvidos o Conselho Penitenciário e o Ministério Público, a suspensão do livramento condicional até a decisão final.<sup>17</sup>

O dispositivo legal é aplicável às hipóteses descritas pelo art. 86, I e II, bem como pelo art. 87, ambos do Código Penal.<sup>18</sup> Com efeito, o art. 145 da LEP limita-se a falar em prática de outra infração penal (crime ou contravenção), pouco importando se na vigência do livramento condicional ou em momento pretérito. Não se exige, portanto, condenação definitiva, bastando o cometimento do crime ou da contravenção penal.<sup>19</sup>

Ademais, a condenação por sentença irrecorrível decorrente de crime do qual resulte pena privativa de liberdade deve ensejar a revogação do benefício, enquanto a condenação definitiva por crime ou contravenção penal a pena que não seja privativa de liberdade pode produzir igual efeito.

Mas não é possível a suspensão do livramento condicional quando o liberado deixa de cumprir qualquer das obrigações decorrentes da sentença (CP, art. 87, 1.ª parte), pois a Lei de Execução Penal autoriza essa medida somente quando praticada outra infração penal.

## 40.12. PRORROGAÇÃO DO PERÍODO DE PROVA

É cabível a prorrogação do período de prova quando o beneficiário responde a ação penal em razão de crime cometido na vigência do livramento condicional. É o que dispõe o art. 89 do Código Penal: “O juiz não poderá declarar extinta a pena, enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime cometido na vigência do livramento”.

O juiz da vara das execuções não poderá declarar a extinção da pena privativa de liberdade enquanto não transitar em julgado a sentença proferida na ação penal ajuizada em decorrência do crime cometido na vigência do

<sup>17</sup> “Suspensão o livramento condicional durante o seu curso, nos termos do art. 145 da Lei de Execução Penal, não há óbice para que o benefício venha a ser revogado depois de expirado o período de prova” (STJ: HC 81.753/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5.ª Turma, j. 11.12.2007). No mesmo sentido: STJ: HC 89.138/MG, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora conyocada do TJ/MG), 6.ª Turma, j. 12.02.2008.

<sup>18</sup> “O cometimento de outro delito pelo condenado, no decorrer do livramento condicional, autoriza a suspensão cautelar do benefício, a teor dos arts. 145 da Lei de Execução Penal e 732 do Código de Processo Penal” (STJ: AgRg no REsp 996.569/RS, rel. Ministro Paulo Gallotti, 6.ª Turma, j. 15.05.2008).

<sup>19</sup> STJ: HC 15.379/RS, rel. Min. Felix Fischer, 6.ª Turma, j. 18.03.2010, noticiado no *Informativo* 427.

livramento condicional. Deve prorrogar o período de prova até o trânsito em julgado da sentença, que poderá ser condenatória ou absolutória.

Durante a prorrogação não subsistem as condições do livramento condicional, desde que já tenha sido ultrapassado o período de prova, ou seja, já tenha se esvaído o tempo restante da pena privativa de liberdade.

A dúvida reside em saber se essa prorrogação é automática ou se depende de expressa decisão judicial. Há duas posições sobre o assunto:

*1.ª posição:* A prorrogação é automática e prescinde de decisão judicial. Para essa corrente, basta o recebimento da denúncia ou da queixa. É o entendimento dominante na doutrina, com base na leitura do art. 89 do Código Penal, com eco minoritário no Superior Tribunal de Justiça:

Se o condenado é preso em flagrante delito durante o período de prova do livramento condicional, sem, contudo, em tal lapso, haver a declaração de revogação ou prorrogação, não há falar-se em automática extinção da punibilidade.<sup>20</sup>

*2.ª posição:* A prorrogação não é automática e depende de decisão judicial expressa. É a posição do Supremo Tribunal Federal,<sup>21</sup> e amplamente dominante no Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

Não havendo suspensão ou prorrogação do livramento condicional pelo Juízo das Execuções, que estava ciente da prática de nova conduta delituosa, a pena é automaticamente extinta após o decurso do prazo, nos termos do art. 90 do Código Penal.

Segundo a orientação do Supremo Tribunal Federal, a solução legal exclusiva para obstar a extinção da pena, pelo término do prazo do livramento condicional sem decisão judicial que o revogue, é a medida cautelar (arts. 732 do CPP e 145 da LEP).<sup>22</sup>

Para ambas as posições, a prorrogação somente é possível em relação a crime cometido na vigência do benefício, pois o crime anterior permite o desconto na pena do tempo em que esteve solto o condenado. Destarte, seria inócuo prorrogar o benefício além do período de prova, uma vez que a pena privativa de liberdade já estaria integralmente cumprida.

Pouco importa seja o crime doloso ou culposo, punido com reclusão ou detenção.

Não se admite, entretanto, a prorrogação do período de prova no caso de contravenção penal cometida durante a vigência do livramento condicional, pois a lei fala somente em “crime”.

<sup>20</sup> AgRg no HC 73.714-RJ, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma, j. 09.10.2007.

<sup>21</sup> HC 88.610-RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 05.06.2007, noticiado no *Informativo* 470.

<sup>22</sup> HC 79.511-RJ, rel. Min. Amaldo Esteves Lima, 5.ª Turma, j. 04.10.2007. No mesmo sentido, dentre outros: HC 86.688-RJ, rel. Min. Félix Fischer, 5.ª Turma, j. 18.12.2007, e HC 41.492-RJ, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6.ª Turma, j. 31.08.2005.

Com o término da prorrogação em razão de crime cometido durante a vigência do benefício, operando-se o trânsito em julgado da sentença, podem ocorrer as seguintes situações:

- a) o liberado é absolvido: declara-se a extinção da pena privativa de liberdade;
- b) o liberado é condenado a pena privativa de liberdade: o benefício é obrigatoriamente revogado (CP, art. 86, I e II); e
- c) o liberado é condenado a pena que não seja privativa de liberdade: a revogação do livramento condicional é facultativa (CP, art. 87, *in fine*).

#### 40.13. EXTINÇÃO DA PENA

Superado sem revogação o período de prova do livramento condicional, considera-se extinta a pena privativa de liberdade (CP, art. 90).

Cuida-se de **sentença meramente declaratória**, com eficácia retroativa (*ex tunc*) à data em que se encerrou o período de prova. Destarte, extingue-se a pena privativa de liberdade com o término sem revogação do período de prova, e não com a decisão judicial que se limita a reconhecer o fim da sanção penal.

Antes da decretação da extinção da pena privativa de liberdade, o magistrado deve ouvir o Ministério Público (LEP, art. 67).

Para o entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal, considera-se extinta a pena privativa de liberdade com o término do período de livramento condicional se não houve a sua revogação nem a suspensão cautelar do curso do benefício por decisão judicial.<sup>23</sup>

#### 40.14. QUESTÕES DIVERSAS SOBRE LIVRAMENTO CONDICIONAL

##### 40.14.1. Livramento condicional insubsistente

É aquele em que o condenado foge do estabelecimento prisional depois da concessão do benefício, mas antes da aceitação das condições, realizada

<sup>23</sup> HC 88.610-RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 05.06.2007, noticiado no *Informativo* 470. É também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma reiterou seu entendimento de, uma vez cumprido o prazo do livramento condicional e suas condições, não havendo suspensão ou revogação, a pena deve ser extinta automaticamente, conforme dispõe o art. 90 do CP. Não é permitido ao Juízo das execuções retroagir ao tempo do período de prova para revogar o benefício, visto que definitiva a condenação em crime praticado naquele momento e mais tarde percebido” (HC 149.597/RJ, rel. Min. Armaido Esteves Lima, 5.ª Turma, j. 23.03.2010, noticiado no *Informativo* 428). No mesmo sentido: HC 86.888/RJ, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 18.12.2007; e HC 25.727-RJ, rel. Min. Paulo Gallotti, 6.ª Turma, j. 08.05.2007, noticiado no *Informativo* 319.

por ocasião da cerimônia solene descrita pelo art. 137 da Lei de Execução Penal. Não há causa para revogação do livramento condicional, que deve ser considerado insubsistente. Utiliza-se igual raciocínio para a hipótese em que o condenado, a quem foi deferido o livramento condicional, não comparece por qualquer motivo na referida cerimônia.

#### 40.14.2. Livramento condicional e *habeas corpus*

O *habeas corpus* não é meio adequado para discutir eventual equívoco da decisão do juízo da execução que denegou o livramento condicional. De fato, no bojo do remédio constitucional não se admite dilação probatória, indispensável para análise do preenchimento dos requisitos legais exigidos para concessão do benefício.

Em hipóteses excepcionais, porém, o tribunal *ad quem* pode conceder livramento condicional em sede de *habeas corpus*, quando a decisão denegatória for teratológica, isto é, manifestamente ilegal, e todos os requisitos legais estiverem documentalmente comprovados.

#### 40.14.3. Livramento condicional humanitário

É o livramento condicional deferido ao condenado que ainda não cumpriu o montante da pena legalmente exigido (CP, art. 83, I, II ou V), mas está acometido por enfermidade grave e incurável. Baseia-se em razões de piedade, de forma análoga ao *sursis* humanitário.

Não pode ser permitido por ausência de previsão legal. Para a concessão do livramento condicional, o condenado deve atender a todos os requisitos objetivos e subjetivos exigidos pela legislação em vigor.

#### 40.14.4. Livramento condicional cautelar

Cuida-se de criação pretoriana aplicável em duas hipóteses: (1) em substituição ao regime aberto, visando evitar a inócua prisão domiciliar, em face da inexistência de Casa de Albergado; e (2) nos casos em que o condenado preenche os requisitos objetivos, mas o juízo aguarda o parecer do Conselho Penitenciário, para aqueles que acreditam ainda ser essa medida necessária perante a Lei de Execução Penal. Se o parecer, posteriormente, for favorável, ratifica-se o livramento condicional, e, se negativo, ordena-se o retorno ao estabelecimento prisional.

Essa modalidade de livramento condicional deve ser rejeitada. Na primeira hipótese, por constituir-se em decisão judicial estranha ao pedido: o regime aberto deve ser deferido ou indeferido, não se permitindo a criação de uma terceira alternativa, automaticamente excluída. E, na segunda hipótese, por ausência de previsão legal: ou estão presentes os requisitos do livramento

condicional, e o benefício deve ser concedido, ou estão ausentes, e há de ser negado. Não se permite uma “meia concessão” da liberdade antecipada.

#### 40.14.5. Livramento condicional para estrangeiros que estejam no Brasil em caráter temporário

Há duas posições acerca da possibilidade de concessão de livramento condicional ao estrangeiro que se encontra de passagem pelo território nacional:

1.<sup>a</sup> posição: Não é cabível, pois o estrangeiro não tem endereço determinado e visto permanente no Brasil. Além disso, se em liberdade, o condenado, por ser mero visitante, não atenderia as condições impostas. Deve, assim, cumprir integralmente a pena privativa de liberdade, quitando sua dívida com a justiça brasileira, e, depois, ser expulso do território nacional, em face da prática do delito.

Essa posição é dominante, principalmente pelo fato de ser vedado ao estrangeiro com permanência irregular ou visto temporário o exercício de atividade honesta e remunerada, nos moldes do art. 97 e seguintes do Estatuto do Estrangeiro – Lei 6.815/1980. Consequentemente, se não tem aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto, não preenche um dos requisitos subjetivos para o livramento condicional (CP, art. 83, III).

Conclui-se que, mesmo para essa corrente, é possível o livramento condicional para os estrangeiros que estejam no Brasil em situação regular, isto é, com visto permanente, endereço fixo e prova de não ter sido expulso. Consequentemente, não há falar em livramento condicional quando o decreto de expulsão seja subordinado ao cumprimento da pena imposta no Brasil. Na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

A Turma indeferiu *habeas corpus* em que se discutia a possibilidade, ou não, de um estrangeiro — com decreto de expulsão em seu desfavor e que reingressa indevidamente no Brasil — obter livramento condicional enquanto cumpre pena por crime aqui praticado naquelas condições. Aplicou-se a jurisprudência do STF no sentido da incompatibilidade entre a concessão do livramento condicional e a expulsão de estrangeiro cujo decreto está subordinado ao cumprimento da pena a que foi condenado no Brasil.<sup>24</sup>

2.<sup>a</sup> posição: É possível o livramento condicional, com base no art. 5.<sup>o</sup>, *caput*, da Constituição Federal, que proíbe distinções entre brasileiros, natos ou naturalizados, e estrangeiros. Como sabido, em que pese o *caput* do art. 5.<sup>o</sup> da Constituição Federal fazer referência expressa somente a brasileiros (natos ou naturalizados), e estrangeiros residentes no País, é pacífico o entendimento de que igual tratamento deve ser dispensado aos estrangeiros

<sup>24</sup> HC 99.400/RJ, rel. Min. Cármen Lúcia, 1.<sup>a</sup> Turma, j. 27.04.2010, noticiado no *Informativo* 584.

não residentes no país. Confira-se, a propósito, uma interessante decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Apesar de a jurisprudência deste Superior Tribunal e do Supremo Tribunal Federal orientar-se pela impossibilidade de conceder os benefícios da progressão de regime e do livramento condicional aos estrangeiros que cumprem pena no Brasil, o tema merece reflexões, pois não condiz com os objetivos, fundamentos ou princípios estabelecidos pela nova ordem constitucional de 1988 (arts. 1.º, III, 3.º, IV e 4.º, II). A despeito de o art. 5.º da Constituição não se referir ao estrangeiro não-domiciliado, a dimensão jurídica do caso diz mais com os direitos humanos do que com aqueles tidos como fundamentais e lembra ainda que o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica. Apesar da jurisprudência diversa, tanto o Código Penal quanto a Lei de Execuções Penais devem ser aplicados aos estrangeiros. Ademais, essas normas não fazem quaisquer restrições aos direitos dos estrangeiros que cumprem pena no país. A expulsão do estrangeiro infrator é uma espécie de sanção penal que não se afastou do terreno penal, condicionando-se, no mais das vezes, ao cumprimento total da pena, mas no caso dos autos, não há decreto de expulsão. Entretanto, a condição de estrangeiro não implica sua permanência em regime fechado, até porque a progressão de regime com o livramento condicional são formas de cumprimento da pena. Pensar o contrário seria discriminação (HC 25.298-PR, DJ 1.º.07.2004) e violaria o princípio da individualização da pena. Quanto ao fato apontado na jurisprudência de que o estrangeiro não-domiciliado no Brasil possa evadir-se, caso colocado em regime diferente do fechado, a bem da condição humana digna, devem ser apurados caso a caso os requisitos de merecimento para o desenvolvimento gradual do desconto da pena. Por fim, quanto à proibição formal de o estrangeiro trabalhar, também não teria o condão de inviabilizar a obtenção dos direitos pleiteados. A hipótese estaria a clamar uma interpretação de modo que nem o Estatuto do Estrangeiro nem a Lei de Execuções Penais sejam aplicados isoladamente, mas dentro de um contexto maior. Nos termos dos arts. 31 e 41, II, da Lei 7.210/1984, independentemente de ser nacional ou estrangeiro, o preso condenado tem o dever e o direito de trabalhar, uma vez que o labor é condição da dignidade humana, além de ter finalidade educativa e produtiva, visando à readaptação no meio social (LEP, art. 28).<sup>25</sup>

#### 40.15. QUESTÕES

1. (Juiz de Direito – TJ/DFT – 2003) No que diz respeito ao livramento condicional, é incorreto afirmar:  
(A) O juiz pode conceder livramento condicional em caso de contravenção, sendo possível somente quando a prisão simples é igualou superior a dois anos.

<sup>25</sup> HC 103.373-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma, j. 26.08.2008, noticiado no *Informativo* 365.

- (B) Tratando-se de condenado por crime doloso cometido com violência ou grave ameaça, a concessão do livramento condicional exige pericia de cessação da periculosidade do liberado.
- (C) No caso de reiteração criminal, para a concessão do livramento condicional exige-se que ao menos um dos delitos autônomos seja apenado com sanção superior a dois anos.
- (D) Computa-se o tempo de remição da pena para efeito do livramento condicional.
2. (OAB/SP 118.º) Com relação ao tema do livramento condicional, é correto afirmar:
- (A) revoga-se o livramento se o liberado vem a ser condenado à pena privativa de liberdade em sentença irrecorrível, por crime cometido durante a vigência do benefício.
- (B) não se revoga o livramento se o liberado vem a ser condenado à pena privativa de liberdade em sentença irrecorrível, por crime anterior à vigência do benefício.
- (C) as penas que correspondem a infrações diversas não devem somar-se para efeito do livramento.
- (D) revogado o livramento, poderá o réu, a qualquer tempo, pleitear novamente o benefício.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

**Obs.:** Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no site [www.edltorametodo.com.br](http://www.edltorametodo.com.br).

## EFEITOS DA CONDENAÇÃO

**Sumário:** 41.1. Introdução – 41.2. Pressuposto – 41.3. Divisão dos efeitos da condenação: 41.3.1. Efeitos principais; 41.3.2. Efeitos secundários – 41.4. Efeitos da condenação previstos fora do Código Penal: 41.4.1. Suspensão dos direitos políticos; 41.4.2. Perda do mandato do Deputado Federal ou Senador; 41.4.3. Rescisão contratual na Justiça do Trabalho; 41.4.4. Lei de Licitações; 41.4.5. Lei de Falências; 41.4.6. Lei de Tortura; 41.4.7. Lei de Drogas; 41.4.8. Crimes resultantes de preconceitos de raça e de cor – 41.5. Quadro esquemático – 41.6. Questões.

### 41.1. INTRODUÇÃO

Condenação é o ato exclusivo do Poder Judiciário que, representado por um de seus membros e depois de obedecido o devido processo legal, aplica em sentença uma pena ao agente culpável reconhecido como responsável por um fato típico e ilícito.

Efeitos da condenação são todas as consequências que, direta ou indiretamente, atingem a pessoa do condenado por sentença penal transitada em julgado.

Esses efeitos não se limitam ao campo penal, incidindo também nas áreas cível, administrativa, trabalhista e político-eleitoral, entre outras.

### 41.2. PRESSUPOSTO

Para se falar em seus efeitos, por óbvio, reclama-se a existência de uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado.

Sentença penal condenatória é aquela proferida em regular ação penal, impondo pena ao envolvido (autor, coautor ou partícipe) em um crime ou contravenção penal. Transitada em julgado é a decisão judicial que não mais comporta recursos.



A sentença que aplica medida de segurança aos imputáveis do art. 26, *caput*, do Código Penal, tem natureza absolutória (CPP, art. 386, parágrafo único).<sup>1</sup> Por corolário, ausente a condenação, não produz os efeitos ora em estudo.

Por outro lado, a sentença que aplica medida de segurança aos semi-imputáveis do art. 26, parágrafo único, do Código Penal, é condenatória. De fato, o sistema vicariante acolhido por nosso sistema jurídico impõe, ao juiz, a condenação do agente, com redução da pena de um a dois terços, e, posteriormente, se recomendável, a substituição da pena diminuída por medida de segurança.

### 41.3. DIVISÃO DOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO

Os efeitos da condenação se dividem em principais e secundários.

#### 41.3.1. Efeitos principais

São a imposição das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos, pecuniárias, e, ainda, de medidas de segurança aos semi-imputáveis.

A imposição de sanção penal é, sem dúvida, o efeito precípua da condenação. A circunstância de estar o condenado obrigado a cumpri-la, todavia, não afasta a existência de outros efeitos, de cunho penal ou não, que em determinadas situações obrigatoriamente a ela aderem.

#### 41.3.2. Efeitos secundários

Também conhecidos como efeitos mediatos, acessórios, reflexos ou indiretos, constituem-se em consequências da sentença penal condenatória como fato jurídico.

Os efeitos secundários se dividem em dois blocos: penais e extrapenais. Estão previstos no Código Penal e fora dele.

##### 41.3.2.1. Efeitos secundários de natureza penal

O trânsito em julgado da sentença penal condenatória gera diversos efeitos jurídicos,<sup>2</sup> destacando-se no Código Penal:

- a) caracterização da reincidência, se posteriormente for praticado novo crime, com todas as consequências daí resultantes (arts. 63 e 64);

<sup>1</sup> Como impõe medida de segurança, é chamada de *absolvição imprópria*.

<sup>2</sup> São inúmeros os efeitos penais secundários da condenação, e inviável e cansativo aqui enumerá-los. Escolhemos, por isso, os mais importantes e de maior incidência em concursos públicos.

- b) fixação de regime fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 33, § 2.º);
- c) configuração de maus antecedentes (art. 59);
- d) revogação, obrigatória ou facultativa, do *sursis* e do livramento condicional (arts. 77, I e § 1.º, 86, *caput*, e 87);
- e) aumento ou interrupção do prazo da prescrição da pretensão executória (arts. 110, *caput*, e 117, VI);
- f) revogação da reabilitação (art. 95);
- g) conversão da pena restritiva de direitos por privativa de liberdade (art. 44, § 5.º); e
- h) vedação da concessão de privilégios a crimes contra o patrimônio (arts. 155, § 2.º, 170 e 171, § 1.º).

No Código de Processo Penal, acarreta na inscrição do nome do réu no rol dos culpados (art. 393, II).

Produz também efeitos na legislação especial, tal como a impossibilidade de concessão da transação penal e da suspensão condicional do processo (arts. 76, § 2.º, I, e 89, *caput*, da Lei 9.099/1995).

#### 41.3.2.2. *Efeitos secundários de natureza extrapenal previstos no Código Penal*

São assim denominados (extrapenais) por incidirem em áreas diversas do Direito. Dividem-se em genéricos e específicos.

**Efeitos genéricos**, chamados dessa maneira por recaírem sobre todos os crimes, são os previstos no art. 91 do Código Penal: obrigação de reparar o dano e confisco.

A interpretação *a contrario sensu* do art. 92, parágrafo único, do Código Penal, mostra serem tais efeitos **automáticos**, ou seja, não precisam ser expressamente declarados na sentença. Toda condenação os produz.

**Efeitos específicos** são os indicados pelo art. 92 do Código Penal: perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, e inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Têm essa denominação pelo fato de serem aplicados somente em determinados crimes. Por fim, **não são automáticos**, necessitando de expressa motivação na sentença condenatória para produzirem efeitos. É o que consta do art. 92, parágrafo único, do Código Penal.

#### 41.3.2.2.1. Efeitos genéricos

##### 41.3.2.2.1.1. Reparação do dano

Para o art. 91, I, do Código Penal, é efeito da condenação “tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”.

Em sintonia com esse dispositivo, o art. 63 do Código de Processo Penal estatui que “transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para efeito de reparação do dano, o ofendido, seu representante legal e seus herdeiros”.

Nesse sentido, estabelece o art. 475-N, I, do Código de Processo Civil, ser título executivo judicial a sentença penal condenatória transitada em julgado.

Recorde-se que a sentença que concede perdão judicial não é condenatória, mas declaratória da extinção da punibilidade (Súmula 18 do STJ).

Por outro lado, a sentença que aplica medida de segurança ao imputável é absolutória, enquanto a que impõe igual sanção penal ao semi-imputável é condenatória.

O cometimento de um crime acarreta na atribuição de duas responsabilidades ao autor, uma penal e outra civil, e, nada obstante tais instâncias sejam independentes, seria desarrazoado exigir que, já presente uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado reconhecendo a prova da autoria e da materialidade de um fato delituoso, tivesse a vítima ou seu representante legal a necessidade de iniciar uma ação de conhecimento para conseguir a reparação do dano.

Busca-se, assim, facilitar o ressarcimento da vítima. Já estará reconhecido o caráter ilícito do fato, bem como a obrigação de reparar o dano (*an debeatur*). Entretanto, como o título executivo é incompleto, a sentença penal deverá ser liquidada por artigos, para se apurar com exatidão o *quantum debeatur*, na forma definida pelo art. 475-E do Código de Processo Civil.

De fato, o juiz, ao proferir sentença condenatória, obrigatoriamente fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido (CPP, art. 387, inc. IV). Opera-se a determinação de um valor mínimo, mas ainda impreciso, mas com o trânsito em julgado da sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada por esse montante pré-estabelecido, sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido (CPP, art. 63, parágrafo único).

Destarte, transitada em julgado a sentença penal condenatória, não se pode questionar no juízo cível a obrigação de reparar o dano causado pelo crime, mas somente o seu valor.

Não perde a condição de título executivo judicial a sentença penal condenatória com trânsito em julgado se posteriormente a ela verificar-se a extinção da punibilidade do agente.

Em se tratando de extinção da punibilidade derivada de *abolitio criminis* ou de anistia, embora rescindam a sentença condenatória no plano penal, persiste o efeito civil da reparação do dano.

Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre, a execução da sentença penal condenatória será promovida, dependendo do seu requerimento, pelo Ministério Público (CPP, art. 68) ou pela Defensoria Pública, onde houver.

Se, após o trânsito em julgado da sentença penal, falecer o condenado, a execução civil será ajuizada em face de seus herdeiros, até os limites das forças da herança, em consonância com as regras previstas no art. 5.º, XLV, da Constituição Federal, e no art. 943 do Código Civil.

A sentença penal condenatória com trânsito em julgado apenas pode ser executada civilmente contra aquele que foi réu na ação penal. Para acionar o responsável civil que não foi criminalmente acusado, será obrigatório o ajuizamento de ação civil de conhecimento, funcionando a condenação como elemento probatório, e não como título executivo.

Se o réu condenado com trânsito em julgado for absolvido em revisão criminal, desaparece a força executiva, mesmo se já tiver sido iniciada a execução civil. Tal como fora criado, o título é desconstituído por decisão judicial.

Sempre que a decisão judicial não tiver natureza condenatória, como nos casos de sentença declaratória da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, arquivamento de inquérito policial, transação penal, entre outros, deverá o prejudicado intentar ação civil de indenização em razão de ato ilícito.

A sentença penal absolutória, em regra, não produz a obrigação de reparar o dano, salvo na hipótese de acórdão que absolve o réu em sede de revisão criminal. De fato, o injustamente condenado pode, ao efetuar pedido de revisão criminal, cumulá-lo com indenização por perdas e danos. Nesse caso, pode-se reconhecer o direito à indenização na esfera cível.

O ofendido, seu representante legal ou herdeiros não precisam aguardar o final da ação penal para postular, no juízo cível, a reparação do dano. Mas, sem o título executivo, deverá ser ajuizada a ação civil *ex delicto*, situação em que o seu trâmite pode ser suspenso, por decisão judicial, até o julgamento definitivo da ação penal (CPP, art. 64, parágrafo único), visando evitar decisões judiciais contraditórias.

A absolvição na esfera penal faz coisa julgada no campo civil, impedindo a reparação do dano, quando fundamentada no reconhecimento inequívoco da inexistência do fato ou da autoria, no exercício regular do direito, no estrito cumprimento do dever legal e na legítima defesa.

Nas demais hipóteses de absolvição, arroladas no art. 386 do Código de Processo Penal, subsiste a possibilidade de se buscar civilmente a reparação do dano.

Finalmente, em caso de absolvição penal em razão da comprovação do estado de necessidade, permanece a responsabilidade civil, na forma prevista no art. 929 do Código Civil. Com efeito, quando o proprietário da coisa destruída ou deteriorada não foi o responsável pelo perigo, a ele é assegurado o direito à indenização do prejuízo que lhe foi causado, por parte do autor do fato típico.

Por sua vez, se o perigo foi causado por terceiro, quem sofreu o prejuízo deverá ajuizar ação indenizatória contra aquele que, em estado de necessidade, destruiu ou deteriorou o bem que lhe pertencia. A este, contudo, é reservado o direito de mover ação de regresso contra quem provocou o perigo, na forma do art. 930 do Código Civil.

#### 41.3.2.2.1.2. Confisco

O confisco é previsto como efeito da condenação no art. 91, II, do Código Penal:

**Art. 91.** São efeitos da condenação:

(...)

II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Confisco, como efeito da condenação, é a **perda de bens de natureza ilícita** em favor da União.

A medida possui dupla finalidade: impedir a difusão de instrumentos adequados à prática de novos crimes e proibir o enriquecimento ilícito por parte do criminoso.

O citado dispositivo legal não autoriza o confisco de bens particulares e lícitos do condenado, mas somente o dos instrumentos e produtos do crime, e preserva os interesses de terceiros de boa-fé.

**Instrumento do crime** (*instrumenta sceleris*) é o meio de que se vale o agente para cometer o delito, e apenas pode ser confiscado quando seu fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constituir fato ilícito. É o caso, por exemplo, da arma de fogo que o agente utilizou para cometer um roubo, salvo se ele possuir seu registro e autorização para portá-la.

Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte não podem ser confiscados, exceto quando utilizados para a prática de crimes previstos na Lei de Drogas (Lei 11.343/2006, arts. 62 e 63), ou então quando sua fabricação ou uso constituir fato ilícito (CP, art. 91, II, “a”).

Por mandamento constitucional, serão confiscadas as glebas de terra utilizadas para cultura ilegal de plantas psicotrópicas, bem como todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas (CF, art. 243, *caput* e parágrafo único).

Embora existam entendimentos em contrário, os instrumentos de contração penal não podem ser confiscados, pois a lei penal deve ser interpretada restritivamente, e o art. 91, II, "a", do Código Penal fala somente em confisco dos instrumentos do crime.

A perda dos instrumentos é **automática**, resultando do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não cabe o confisco, por consequência, nos casos de absolvição, ou quando celebrada transação penal, por se tratar de sentença meramente homologatória, ou na hipótese de arquivamento do inquérito policial ou declaração da extinção da punibilidade fundada na prescrição da pretensão punitiva.

**Produto do crime** (*producta sceleris*) significa a vantagem direta obtida pelo agente em decorrência da prática do crime. É o caso do relógio roubado.

**Proveito do crime**, por outro lado, é a vantagem indireta do crime, resultante da especificação do produto do crime (é o caso do ouro derivado do derretimento do relógio), o bem adquirido pelo agente em razão de alienação do produto do crime (o dinheiro auferido com a venda do relógio roubado), bem como o preço do crime (*pretium sceleris*).

Inicialmente, o produto e o proveito do crime deverão ser restituídos ao prejudicado pelo crime ou ao terceiro de boa-fé. Essa restituição será possível ainda que se trate de bem cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção se constitua em fato ilícito, desde que tal pessoa, por força de sua qualidade ou função, tenha autorização para ser seu proprietário. Exemplo: uma arma de guerra é apreendida, mas vem a ser devolvida ao seu legítimo dono, um colecionador de armas autorizado pelo Comando do Exército.

O confisco pela União somente será efetuado se for desconhecida a identidade do proprietário do bem ou não for reclamado seu valor, hipótese em que, uma vez confiscados, os instrumentos e produtos do crime passam à União, integrando o patrimônio do Fundo Penitenciário Nacional (art. 2.º, IV, da Lei Complementar 79/1994, regulamentada pelo Decreto 1.093/1994).<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Depois da apreensão dos instrumentos e produtos do crime, serão esses bens inutilizados, leiloados ou recolhidos a museu criminal, se houver interesse na sua conservação. Os bens imóveis adquiridos pelo agente com o proveito do crime, ainda que transferidos a terceiro, serão sequestrados (CPP, arts. 122 a 125).

#### 41.3.2.2.2. Efeitos específicos

##### 41.3.2.2.2.1. Perda de cargo, função pública ou mandato eletivo

O art. 92, I, do Código Penal, define como efeito específico da condenação:

**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 1 (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.

Esses efeitos **não são automáticos**, devendo ser motivadamente declarados na sentença. Consequentemente, o magistrado precisa proceder à apreciação da natureza e da extensão do dano, bem como às condições pessoais do réu, para aferir seu cabimento no caso concreto.

Na **alínea “a”**, além do conceito de funcionário público contido no art. 327 do Código Penal, deve ser analisado se o crime ocorreu no exercício das funções exercidas pelo agente, isto é, se ele se valeu das facilidades proporcionadas por sua função para praticar o delito.

Ademais, como a lei fala em perda **de**, e não da função pública, o efeito alcança qualquer função pública, não se limitando àquela momentaneamente exercida pelo agente.

Já na **alínea “b”**, é possível a incidência do efeito da condenação em qualquer crime, bastando a presença de dois requisitos: (1) natureza da pena: privativa de liberdade; e (2) quantidade da pena: superior a 4 (quatro) anos.

Esse efeito específico da condenação não se confunde com a *proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública*, elencada no art. 47, I, do Código Penal como pena restritiva de direitos, espécie de pena de interdição **temporária** de direitos.

O efeito da condenação, por sua vez, é **permanente**, já que o condenado, ainda que seja posteriormente reabilitado, jamais poderá ocupar o cargo, função ou mandato objeto da perda, salvo se o recuperar por investidura legítima.

Anote-se, porém, que a possibilidade de perda do cargo público não precisa vir prevista na denúncia, posto que decorre de previsão legal expressa, como efeito da condenação, nos termos do art. 92 do Código Penal.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> STJ: HC 81.954/PR, rel. Min. Maria Thereza da Assis Moura, 6.ª Turma, j. 29.11.2007.

#### 41.3.2.2.2. Perda do cargo de membro vitalício do Ministério Público

O art. 208 da Lei Complementar 75/1993 dispõe: “Os membros do Ministério Público da União, após dois anos de efetivo exercício, só poderão ser demitidos por decisão judicial transitada em julgado”.

De seu turno, a Lei 8.625/1993 – Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal estabelece em seu art. 38, § 1.º, I a III, que o membro vitalício do Ministério Público somente perderá o cargo por sentença judicial transitada em julgado, proferida em ação civil própria, em três casos: (1) prática de crime incompatível com o exercício do cargo, após decisão judicial transitada em julgado; (2) exercício da advocacia; e (3) abandono do cargo por prazo superior a 30 dias corridos.

Assim, fica fácil concluir que, no tocante aos membros vitalícios do Ministério Público da União, a perda do cargo decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado segue as regras do art. 92, I, do Código Penal.

A questão se torna mais complicada, todavia, em relação aos membros vitalícios dos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal, pelo fato de se exigir, para a perda do cargo, decisão judicial transitada em julgado em ação civil própria, ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça perante o Tribunal de Justiça, após condenação definitiva em ação penal movida pela prática de crime incompatível com o exercício do cargo.

Em síntese, para a perda do cargo, a teor da interpretação literal do mencionado dispositivo legal, seriam necessárias duas condenações transitadas em julgado, uma pela prática do crime, e outra em ação civil própria, a qual depende da anterior.

Firmou-se, entretanto, pacífico entendimento no sentido de que essa sistemática seria por demais protetiva e desnecessária. Basta o cumprimento das regras do Código Penal para que possa ser decretada na sentença condenatória a perda do cargo. Para Hugo Nigro Mazzilli:

A nosso ver, o art. 38, § 1.º, da LONMP, refere-se às únicas hipóteses em que se admite perda do cargo por ação civil específica, mas não obsta a que, respeitados os pressupostos constitucionais, a lei admita outras hipóteses de perda do cargo de membro do Ministério Público, como em razão de condenação criminal.<sup>5</sup>

Com efeito, a garantia da vitaliciedade estaria respeitada, pois a ação penal contra Promotor de Justiça somente pode ser ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça, perante o Tribunal de Justiça respectivo. Não haveria motivo para esse procedimento ser repetido.

<sup>5</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 91.



#### 41.3.2.2.3. Incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela

É também efeito específico da condenação “a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos á pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado”.

Esse efeito não é automático, e para a sua imposição reclama três requisitos: (1) natureza do crime: somente os dolosos; (2) natureza da pena: reclusão; e (3) qualidade da vítima: filho, tutelado ou curatelado.

Nada obstante a lei exija, dentre outros, o requisito de ser o crime doloso punido com reclusão, é possível ao juiz aplicar esse efeito da condenação quando, no caso concreto, tiver imposto pena diversa (detenção, restritiva de direitos ou multa), ou, ainda, concedido *sursis*.<sup>6</sup>

Presentes os requisitos, o juiz pode declarar na sentença esse efeito. Pouco importa a quantidade da pena, e ainda o regime prisional.

Sua aplicação não é obrigatória, e sua pertinência deve ser avaliada no caso concreto, notadamente quando o crime provoque a incompatibilidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela.

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 de 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.

Em relação à vítima do crime doloso e punido com reclusão, essa incapacidade é permanente. De fato, mesmo em caso de reabilitação é vedada a reintegração do agente na situação anterior (CP, art. 93, parágrafo único).

No tocante a outros filhos, pupilos ou curatelados, a incapacidade é provisória, pois o condenado, se reabilitado, poderá voltar a exercer o poder familiar, tutela ou curatela.

#### 41.3.2.2.4. Inabilitação para dirigir veículo

O art. 92, I, do Código Penal, reza ser efeito específico da condenação a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

A lei exige, portanto, dois requisitos: (1) o crime deve ser doloso; e (2) utilização do veículo como meio de execução. Não se autoriza esse efeito, pois, no caso de crime culposos.

<sup>6</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal. Parte geral*, 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1, p. 363.

Esse efeito da condenação não se confunde com a suspensão da autorização ou de habilitação, definida pelo art. 47, III, do Código Penal, como pena restrita de direitos aplicável aos responsáveis por crimes culposos de trânsito, com igual duração à da pena privativa de liberdade substituída.

No caso de crime praticado na direção de **veículo automotor**, os arts. 292 e 293 da Lei 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro) preveem a suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação como pena, a ser aplicada isolada ou cumulativamente com outras penas, pelo prazo de 2 (dois) meses a 5 (cinco) anos.

#### 41.4. EFEITOS DA CONDENAÇÃO PREVISTOS FORA DO CÓDIGO PENAL

##### 41.4.1. Suspensão dos direitos políticos

Nos termos do art. 15, III, da Constituição Federal, opera-se a suspensão dos direitos políticos em face da condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

Esse efeito é automático, prescindindo de motivação expressa na sentença condenatória, e a suspensão abrange os direitos políticos de natureza ativa e passiva. Subsiste até a extinção da sanção penal. De acordo com a orientação do Supremo Tribunal Federal: “Da suspensão de direitos políticos – efeito da condenação criminal transitada em julgado – ressalvada a hipótese excepcional do art. 55, § 2.º, da Constituição – resulta por si mesma a perda do mandato eletivo ou do cargo do agente político”.<sup>7</sup>

É indiferente o regime prisional fixado na sentença, bem como eventual substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa. Da mesma forma, a concessão de *sursis* e de livramento condicional não influi na suspensão dos direitos políticos, pois não extinguem a pena.

E, como estabelece a Súmula 9 do Tribunal Superior Eleitoral: “A suspensão dos direitos políticos decorrentes de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independentemente de reabilitação ou prova de reparação dos danos”.

##### 41.4.2. Perda do mandato do Deputado Federal ou Senador

Diz o art. 55, VI, da Constituição Federal: “Perderá o mandato o Deputado ou Senador que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado”.

<sup>7</sup> RE 418.876/MT, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1.ª Turma, j. 30.03.2004.

Esse efeito da condenação pode ser aplicado a qualquer espécie de crime, independente da sanção penal aplicada e de sua respectiva quantidade.

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 (CF, art. 55, § 2.º).

#### **41.4.3. Rescisão contratual na Justiça do Trabalho**

A condenação criminal transitada em julgado contra o empregado, qualquer que seja o crime, bem como o local de sua prática e a sua vítima, faz coisa julgada na Justiça do Trabalho.

Se a execução da pena não tiver sido suspensa, autoriza a demissão por justa causa pelo empregador. É o que dispõe o art. 482, “d”, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Esse efeito, como é lógico, não precisa ser motivadamente fundamentado na sentença penal condenatória.

#### **41.4.4. Lei de Licitações**

De acordo com o art. 83 da Lei 8.666/1993, os crimes referentes a licitações e contratos da Administração Pública, ainda que na forma tentada, sujeitam seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo. Como a lei não dispõe sobre a aplicabilidade desse efeito, utiliza-se a sistemática prevista no Código Penal. Consequentemente, sua incidência depende de fundamentação expressa na sentença condenatória.

#### **41.4.5. Lei de Falências**

O art. 181, I a III, da Lei 11.101/2005 – Lei de Falências estabelece como efeitos da condenação aos crimes nela previstos, a inabilitação para o exercício de atividade empresarial, o impedimento para o exercício de cargo ou função em conselho de administração, diretoria ou gerência das sociedades sujeitas à lei de falências, e a impossibilidade de gerir empresa por mandato ou por gestão de negócio.

Por sua vez, o art. 181, § 1.º, esclarece que tais efeitos não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença, e perdurarão até 5 (cinco) anos após a extinção da punibilidade, podendo, contudo, cessar antes pela reabilitação criminal.

Com o trânsito em julgado da condenação, o juiz deverá notificar o Registro Público de Empresas para que adote as medidas necessárias para impedir novo registro em nome dos inabilitados (art. 181, § 2.º).

#### 41.4.6. Lei de Tortura

A condenação pela prática de crime definido pela Lei de Tortura, se o agente for funcionário público, acarretará a perda do cargo, função ou emprego público, bem como a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada (Lei 9.455/1997, art. 1.º, § 5.º).

Cuida-se de efeito automático da condenação.

#### 41.4.7. Lei de Drogas

No caso de crime ligado ao tráfico de drogas (arts. 33, *caput* e § 1.º, e 34 a 37 da Lei 11.343/2006), seu art. 56, § 1.º, permite ao juiz, por ocasião do recebimento da denúncia, decretar o afastamento cautelar do acusado de suas atividades, se for funcionário público, comunicando o órgão respectivo.

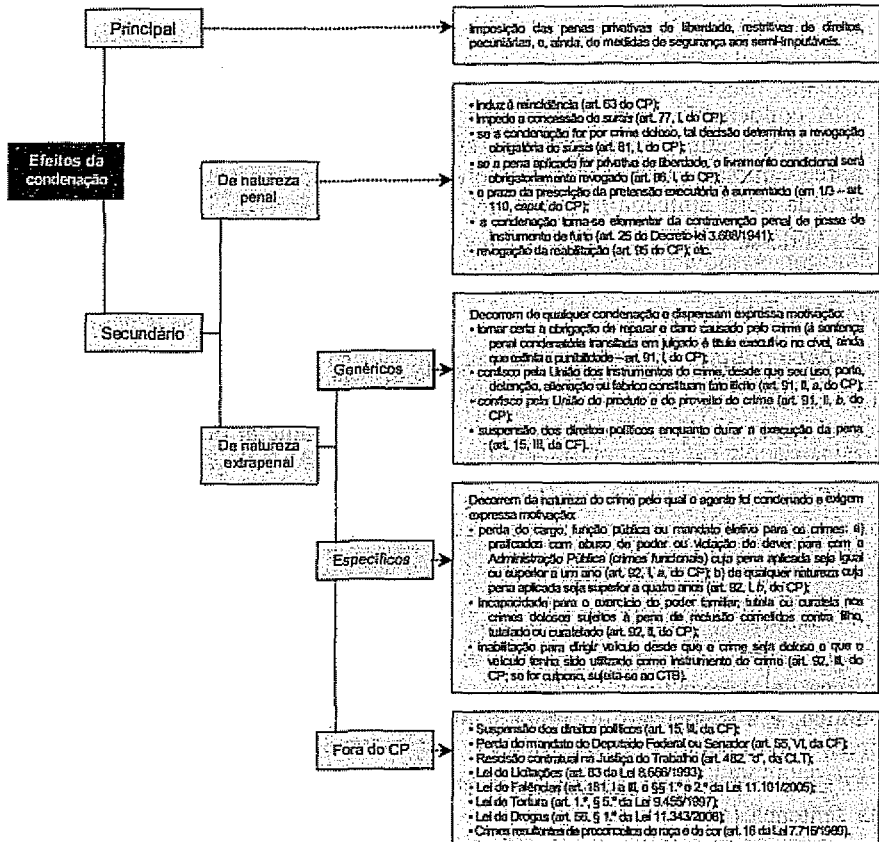
Trata-se de medida cautelar. Em caso de condenação, a perda do cargo ou função pública observa a regra geral delineada pelo Código Penal.

#### 41.4.8. Crimes resultantes de preconceitos de raça e de cor

O art. 16 da Lei 7.716/1989 estabelece ser efeito da condenação aos crimes nela previstos a perda do cargo ou função pública, para o servidor público, e a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo não superior a 3 (três) meses.

Esses efeitos **não são automáticos**, devendo ser expressamente declarados na sentença (art. 18).

## 41.5. QUADRO ESQUEMÁTICO



## 41.6. QUESTÕES

1. (82.º Promotor de Justiça – MP/SP) Assinale a alternativa incorreta.
  - (A) As leis temporárias e excepcionais não se aplicam a fatos ocorridos antes de sua vigência, não se derogando o princípio da reserva legal.
  - (B) Nos crimes instantâneos de efeitos permanentes, consumada a infração em dado momento, seus efeitos permanecem independentemente da vontade do sujeito ativo.
  - (C) Excluído, pela reabilitação, o efeito da condenação consistente em perda do cargo, o funcionário público deverá ser reconduzido ao mesmo cargo de que fora demitido.
  - (D) Ocorre tentativa branca quando o objeto material não sofre lesão.
  - (E) Na Lei de Abuso de Autoridade são descritos crimes próprios e, apesar disso, pode-se admitir participação de terceiro que não exerça “autoridade”.

2. (Juiz de Direito – TJ/PR – 2006) Sobre os efeitos da condenação, é CORRETO afirmar:

- (A) Todos os efeitos da condenação são automáticos, não havendo necessidade de sua declaração motivada na sentença.
- (B) É efeito da condenação a perda do instrumento do crime em favor da União, mesmo que este pertença ao lesado ou a terceiro de boa-fé.
- (C) É efeito da condenação a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, sendo irrelevante para tal a quantidade de pena fixada na sentença.
- (D) A condenação torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.

3. (22.º Procurador da República – MPF) Com relação à condenação, registra-se que:

- (A) a imposição de sanção penal (pena privativa de liberdade, restritiva de direito e/ou multa) ou de medida de segurança não é seu principal efeito;
- (B) produz efeitos penais e extrapenais, podendo-se enquadrar entre estes o de impedir ou invalidar o *sursis*, o de revogar o livramento condicional ou a reabilitação, o de lançar o nome do réu no rol dos culpados, o de propiciar reincidências etc.;
- (C) torna certa a obrigação de indenizar e provoca, também, a perda, em favor da União, dos bens e valores de origem ilícita, sendo estes os efeitos penais genéricos e automáticos, pois não precisam ser expressamente pronunciados pelo Juiz;
- (D) a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo do agente aparece como efeito extrapenal específico, mas deve ser motivadamente declarada na sentença que impõe pena privativa de liberdade superior a um ano pela prática de crime praticado com violação de dever em relação à administração pública.

4. (Magistratura/RS – 2009) Considere os possíveis efeitos da condenação quando a pena privativa de liberdade deva ser cumprida sob qualquer regime.

- I – Tornar certa a obrigação de reparar o dano causado pelo crime.
- II – Determinar a perda, em favor da União, do revólver de uso permitido utilizado pelo homicida, não obstante registro e porte regular da arma.
- III – Impor o confisco do automóvel utilizado pelo motorista no cometimento do crime de tráfico de droga, muito embora a origem lícita do bem e sua utilização casual ou eventual.

Quais são corretos?

- (A) Apenas I
- (B) Apenas II
- (C) Apenas III
- (D) Apenas I e III
- (E) I, II e III

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

**Obs.:** Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no site [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

## REABILITAÇÃO

Sumário: 42.1. Conceito – 42.2. Origem histórica – 42.3. Natureza jurídica – 42.4. Modalidades de reabilitação no Código Penal: 42.4.1. Sigilo das condenações: art. 93, *caput*, parte final; 42.4.2. Efeitos secundários de natureza extrapenal e específicos da condenação: art. 93, parágrafo único – 42.5. Reabilitação e reincidência – 42.6. Pressuposto e requisitos da reabilitação: 42.6.1. Pressuposto; 42.6.2. Requisitos – 42.7. Pedido de reabilitação – 42.8. Revogação da reabilitação – 42.9. Reabilitação e *habeas corpus* – 42.10. Questões.

### 42.1. CONCEITO

Reabilitação é o instituto jurídico-penal que se destina a **promover a reinserção social do condenado**, a ele assegurando o **sigilo de seus antecedentes criminais**, bem como a **suspensão condicional de determinados efeitos secundários de natureza extrapenal e específicos da condenação**, mediante a declaração judicial no sentido de que as penas a ele aplicadas foram cumpridas ou por qualquer outro modo extintas. Busca, pois, reintegrar o condenado que tenha cumprido a pena na posição jurídica que desfrutava anteriormente à prolação da condenação.<sup>1</sup>

Tem, portanto, duas funções: (1) assegurar ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação (art. 93, *caput*); e (2) suspender condicionalmente os efeitos da condenação previstos no art. 92 do Código Penal (art. 93, parágrafo único).

### 42.2. ORIGEM HISTÓRICA

A primeira manifestação do instituto da reabilitação ocorreu no Direito Romano, por meio da *restitutio in integrum*, forma de clemência soberana

<sup>1</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, 1966. p. 226.

extintiva da pena e restauradora dos direitos patrimoniais e morais do condenado.

No Brasil, surgiu inicialmente no art. 86 do Código Penal de 1890, prevista como causa de extinção da condenação. Com o trânsito em julgado da revisão criminal, favorável ao réu, tinha ele automaticamente restabelecidos todos os seus direitos, bem como era garantida a indenização pelos prejuízos decorrentes da condenação.

### 42.3. NATUREZA JURÍDICA

Cuida-se de medida de política criminal assecuratória do sigilo sobre os antecedentes criminais do condenado e, ainda, causa suspensiva condicional de certos efeitos secundários de natureza extrapenal e específicos da condenação.

Não se trata, pois, de causa de extinção da punibilidade. De fato, como consta da Exposição de Motivos, item 82:

Trata-se de instituto que não *extingue*, mas tão-somente *suspende* alguns efeitos penais da sentença condenatória, visto que a qualquer tempo, revogada a reabilitação, se restabelece o *status quo ante*. Diferentemente, as causas extintivas da punibilidade operam efeitos irrevogáveis, fazendo cessar definitivamente a pretensão punitiva ou a execução.

### 42.4. MODALIDADES DE REABILITAÇÃO NO CÓDIGO PENAL

#### 42.4.1. Sigilo das condenações: art. 93, *caput*, parte final

A reabilitação assegura ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação, nos termos do art. 93, *caput*, parte final, do Código Penal.

Mas qual é o verdadeiro alcance dessa finalidade da reabilitação?

O art. 202 da Lei de Execução Penal estatui que 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.

Esse sigilo, como se percebe, é garantido de forma automática e imediata depois do cumprimento integral ou extinção da pena por qualquer outro motivo. Prescinde da reabilitação.

Tal sigilo, entretanto, é mais restrito, pois pode ser quebrado por qualquer autoridade judiciária, por membro do Ministério Público ou, ainda, por Delegado de Polícia.



De outro lado, o sigilo assegurado pela reabilitação é mais amplo, pois as informações por ele cobertas somente podem ser obtidas por requisição (ordem), não de qualquer integrante do Poder Judiciário, mas exclusivamente do juiz criminal. É o que se extrai do art. 748 do Código de Processo Penal.

No tocante ao sigilo dos registros sobre o processo e sentença do condenado, essa é a utilidade prática da reabilitação. Na esteira do pensamento do Superior Tribunal de Justiça:

Esta Corte Superior já pacificou o entendimento segundo o qual, por analogia à regra inserta no art. 748 do Código de Processo Penal, as anotações referentes a inquéritos policiais e processos penais devem ser excluídas da Folha de Antecedentes Criminais nas hipóteses em que resultarem na extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, arquivamento, absolvição ou reabilitação.<sup>2</sup>

#### 42.4.2. Efeitos secundários de natureza extrapenal e específicos da condenação: art. 93, parágrafo único

Os efeitos secundários de natureza extrapenal e específicos da condenação estão elencados no art. 92 do Código Penal.

A suspensão desses efeitos é **condicional**, porque do reabilitando exige-se o cumprimento de condições para retornar à situação em que estava previamente à condenação.

Vejamos cada um deles, e os reflexos provocados pela reabilitação.

##### 42.4.2.1. Perda de cargo, função pública ou mandato eletivo

O art. 92, I, do Código Penal, prevê como efeito secundário de natureza extrapenal e específico da condenação a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo 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, ou ainda quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos, nos demais crimes.

O agente reabilitado não é reintegrado, automaticamente, à situação anterior, por expressa determinação do art. 93, parágrafo único, do Código Penal.

Pode voltar, contudo, a exercer novo cargo, emprego ou função pública, desde que proveniente de nova investidura. Exemplo: o funcionário

<sup>2</sup> RMS 25.096/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 28.02.2008.

público condenado por peculato, que perdeu o cargo público que ocupava, desde que reabilitado, pode novamente ser funcionário público, se aprovado no concurso público respectivo.

#### *42.4.2.2. Incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela*

É também efeito secundário de natureza extrapenal e específico da condenação a incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado.

Como se sabe, os efeitos da condenação decorrentes de um crime doloso, punido com reclusão, cometido contra filho, tutelado ou curatelado podem ser estendidos às demais pessoas que se encontram em igual situação jurídica.

Com a reabilitação, o condenado pode voltar a exercer o poder familiar, a tutela ou a curatela **em relação àqueles que não foram vítimas do delito doloso punido com reclusão**, pois em relação ao ofendido a incapacidade é permanente, conforme determina o art. 93, parágrafo único, do Código Penal.

Em outras palavras, jamais poderá ser exercido novamente o poder familiar, tutela ou curatela em face da vítima do crime cuja condenação produziu o efeito previsto no art. 92, II, do Código Penal.

#### *42.4.2.3. Inabilitação para dirigir veículo*

O art. 92, III, do Código Penal arrola como efeito secundário de natureza extrapenal e específico da condenação a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Uma vez reabilitado, o agente **podará obter nova carteira de habilitação**, sem qualquer restrição legal.

## **42.5. REABILITAÇÃO E REINCIDÊNCIA**

A reabilitação suspende condicionalmente alguns efeitos secundários de natureza extrapenal e específicos da condenação.

A condenação, todavia, permanece íntegra, pois o instituto em análise não a rescinde. **Portanto, se, embora reabilitado, o agente vier a praticar novo delito, será considerado reincidente.**

Com efeito, o art. 64, I, do Código Penal é peremptório ao esclarecer que a condenação anterior somente perde força para gerar a reincidência quando, entre a data do cumprimento ou extinção da pena dela decorrente 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.

Esse hiato temporal é o que se convencionou chamar de período depurador ou caducidade da reincidência.

## 42.6. PRESSUPOSTO E REQUISITOS DA REABILITAÇÃO

### 42.6.1. Pressuposto

A interpretação do art. 94 do Código Penal revela que a reabilitação possui um pressuposto e diversos requisitos.

O **pressuposto** é a existência de uma sentença condenatória transitada em julgado. É indiferente a natureza da sanção penal aplicada ao condenado, uma vez que a reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, tal como dispõe o art. 93, *caput*, do Código Penal.<sup>3</sup>

### 42.6.2. Requisitos

A lei exige, ainda, a observância de determinados requisitos, de natureza objetiva e subjetiva.

#### 42.6.2.1. Requisitos objetivos

São os que se relacionam ao tempo de cumprimento da pena e à reparação do dano.

##### *a) Tempo de cumprimento da pena*

O art. 94, *caput*, do Código Penal, condiciona a reabilitação a um marco temporal. Deve ter transcorrido o período de 2 (**dois**) anos do dia em que tiver sido extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar a sua execução, computando-se o período de prova do *sursis* e do livramento condicional, se não sobrevier revogação.

O prazo é o mesmo, seja o condenado primário ou reincidente.

Nas hipóteses de *sursis* e de livramento condicional, o termo inicial do prazo é a audiência admonitória.

Na pena de multa, o prazo se inicia a partir do seu efetivo pagamento, pois esse ato enseja a sua extinção, ou então da data de sua prescrição da pretensão executória.

<sup>3</sup> Por esse motivo, entende o Superior Tribunal de Justiça que "uma vez decretada a prescrição da pretensão punitiva e inexistindo, portanto, qualquer condenação, resta ausente o interesse processual de se obter a reabilitação criminal" (REsp 66.5531/SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5.ª Turma, j. 03.02.2005).

Em se tratando de extinção da pena pela ocorrência da prescrição, a contagem do prazo tem início na data em que ocorreu a causa extintiva da punibilidade, pouco importando o momento em que se deu o seu reconhecimento judicial.

**Se o agente ostentar diversas condenações, o pedido de reabilitação deve ser formulado no tocante a todas elas.** Não pode se limitar somente a parcela das penas, em razão de as demais ainda não terem sido integralmente cumpridas ou extintas por qualquer outra causa. A reabilitação tem por essência a totalidade de seus efeitos, proporcionando a plena reinserção social do condenado. Como leciona Aloysio de Carvalho Filho:

Duas ou mais as penas impostas, a reabilitação não pode ser deferida, enquanto não preenchida a condição do cumprimento de todas elas. É da índole e da finalidade do instituto ser de efeitos totais, gerais. Do mesmo modo que não se compreenderia uma reabilitação em porções, não se justifica uma reabilitação que anule umas penas, deixando outras de pé. Teríamos o penoso espetáculo de um reabilitado manco, para quem a reabilitação, afinal, seria uma irrisória inutilidade, por lhe não haver restituído, senão em parte, a liberdade de ação, quando, no seu caso, ou toda ou nenhuma.<sup>4</sup>

#### *b) Reparação do dano*

O art. 94, III, do Código Penal autoriza a reabilitação ao condenado que tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de fazê-lo, até o dia do pedido, ou exhiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

Esse requisito é dispensado quando já se operou a prescrição do débito no âmbito civil.

Em homenagem à separação e independência entre as instâncias, subsiste a obrigação de reparar o dano, como requisito da reabilitação, quando em prol do penalmente condenado tiver sido julgado improcedente o pedido de indenização formulado no juízo civil. Com efeito, prevalece a decisão penal no tocante à prova da autoria e da materialidade do fato delituoso.

Não há falar em dano a ser reparado nos crimes que não o produzem, tal como apologia ao crime, ato obsceno e quadrilha ou bando.

Da mesma forma, não incide esse requisito quando o crime não apresenta vítima determinada, ou ainda quando figura como sujeito passivo um ente destituído de personalidade jurídica (crime vago).

A pobreza, na acepção jurídica do termo, que justifica a dispensa da reparação do dano, pode ser provada por qualquer meio legítimo.

A renúncia da vítima ou a novação civil da dívida também autorizam a reabilitação independentemente do ressarcimento dos prejuízos.

<sup>4</sup> CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1944. v. IV, p. 388-389.

O fato de a vítima não ter ajuizado ação indenizatória contra o condenado não significa estar ele livre de reparar o dano.

#### 42.6.2.2. Requisitos subjetivos

Dizem respeito à **pessoa do condenado**. São dois: domicílio no país nos dois anos seguintes ao cumprimento ou extinção da pena e bom comportamento público e privado nesse período.

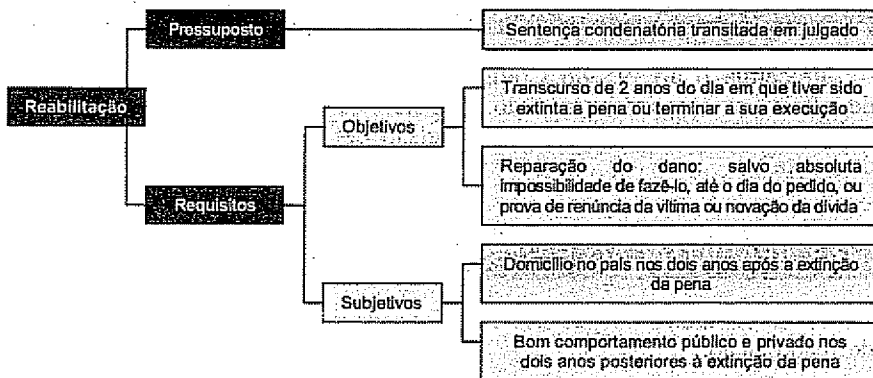
##### a) Domicílio no país

Exige-se que o condenado tenha sido domiciliado no Brasil no prazo de dois anos após a extinção da pena, o que admite liberdade de prova.

##### b) Bom comportamento público e privado

O condenado, no prazo de dois anos posteriormente à extinção da pena, deve ter apresentado, de forma efetiva e constante, bom comportamento público e privado. Não só a prática de novo delito impede a reabilitação. Qualquer ato capaz de macular a reputação do agente pode fazê-lo.

A demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado pode ser feita, exemplificativamente, com frequência a estabelecimentos de ensino e cursos profissionalizantes, ocupação lícita e honesta, participação em programas filantrópicos e sociais, etc.



### 42.7. PEDIDO DE REABILITAÇÃO

A legitimidade para formular o pedido de reabilitação é **privativa do condenado**. Cuida-se de ato eminentemente pessoal, intransferível. Não se estende aos seus herdeiros ou sucessores em caso de falecimento do

titular, o que se justifica pela finalidade do instituto (reinserção social do condenado).

Inexiste, pois, reabilitação em prol da memória do condenado falecido, uma vez que a medida somente produz efeitos para o futuro.

O condenado deve ser assistido por advogado e o pedido deve ser endereçado ao juízo de primeiro grau em que tramitou a ação penal, ainda que a decisão condenatória transitada em julgado tenha sido proferida em sede recursal. No caso de competência originária, a reabilitação deve ser ajuizada perante o Tribunal competente.<sup>5</sup>

A petição inicial deve estar acompanhada de todos os requisitos de índole objetiva e subjetiva, disciplinados pelo art. 94 do Código Penal.

Deve ser ouvido o Ministério Público previamente à decisão judicial.

A sentença que concede ou nega a reabilitação pode ser impugnada por meio de recurso de apelação, na forma do art. 593, II, do Código de Processo Penal. Na hipótese de concessão, comporta também recurso de ofício, conforme determina o art. 746 do citado diploma legal.

O art. 94, parágrafo único, do Código Penal revela o caráter *rebus sic stantibus* da reabilitação, pois, uma vez negada, poderá ser novamente requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários.

## 42.8. REVOGAÇÃO DA REABILITAÇÃO

Preceitua o art. 95 do Código Penal: “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”.

## 42.9. REABILITAÇÃO E HABEAS CORPUS

A via do *habeas corpus* não é a adequada para instrumentalizar o pedido de reabilitação.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> No único julgado sobre o assunto, assim decidiu o Supremo Tribunal Federal: “No nosso sistema processual vigente, não se inclui a reabilitação entre os incidentes da execução, e o Código de Processo Penal comum (art. 743) e o Código de Processo Penal Militar (art. 651) determinam expressamente que o benefício seja requerido no juízo da condenação” (CC 7.015/SP, rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. 01.08.1994).

<sup>6</sup> STF: HC 90.554/RJ, rel. Min. Cármen Lúcia, 1.ª Turma, j. 06.03.2007.

**42.10. QUESTÕES**

1. (Advogado/CEF – 2006) Considerando o posicionamento doutrinário e jurisprudencial dominante, julgue o item subsequente, relativo à parte geral do Código Penal.

A reabilitação atinge todos os efeitos da condenação, alcançando, inclusive, os casos de perda de cargo ou função pública, o que significa que o condenado que perdeu o cargo ou a função pode, se reintegrado, ser reconduzido ao exercício do mesmo cargo, com reparação de vantagens e de vencimentos, entre outros.

2. (Juiz de Direito – TJ/TO – 2007) Assinale a opção correta no que se refere a reabilitação.

- (A) Considere que Marcelo tenha sido condenado por crime de furto qualificado e que tenha sido reabilitado após regular cumprimento da pena e decurso do prazo legal. Considere, ainda, que, após a reabilitação, ele tenha cometido novo crime, nessa vez, de estupro. Nessa situação, o juiz, ao proferir sentença condenatória contra Marcelo pela prática do crime de estupro, não poderá considerá-lo reincidente por causa do furto qualificado anteriormente praticado.
- (B) Para fins de reabilitação, é desnecessária, em caso de crime contra o patrimônio, a análise de ressarcimento do dano causado pelo crime.
- (C) A prescrição da pretensão punitiva do Estado não impede o pedido de reabilitação.
- (D) Sendo o reabilitado condenado exclusivamente a pena de multa, a reabilitação não será revogada.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

Obs.: Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no site [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

## MEDIDAS DE SEGURANÇA

**Sumário:** 43.1. Conceito – 43.2. Distinções entre pena e medida de segurança – 43.3. Princípios das medidas de segurança: 43.3.1. Legalidade; 43.3.2. Anterioridade; 43.3.3. Jurisdicionalidade – 43.4. Requisitos para aplicação – 43.5. Conceito de periculosidade – 43.6. Espécies de periculosidade – 43.7. Aplicação da medida de segurança – 43.8. Espécies de medidas de segurança – 43.9. Prazo mínimo da medida de segurança – 43.10. Prazo máximo da medida de segurança – 43.11. Execução das medidas de segurança – 43.12. Medida de segurança provisória ou preventiva – 43.13. Conversão do tratamento ambulatorial para internação – 43.14. Desinternação progressiva – 43.15. Conversão da pena em medida de segurança – 43.16. Direitos do internado – 43.17. Medidas de segurança na Lei de Drogas – 43.18. Adolescente infrator e medidas de segurança – 43.19. Questões.

### 43.1. CONCEITO

Medida de segurança é a modalidade de sanção penal com finalidade exclusivamente preventiva, e de caráter terapêutico, destinada a tratar inimputáveis e semi-imputáveis portadores de periculosidade, com o escopo de evitar a prática de futuras infrações penais.

Em que pese o seu aspecto curativo, revela-se como espécie de sanção penal, pois toda e qualquer privação ou restrição de direitos, para quem a suporta, apresenta conteúdo penoso. Essa é a posição dominante em sede doutrinária.

Há, contudo, entendimentos minoritários no sentido de tratar-se de instituto estritamente assistencial ou curativo, razão pela qual não estaria submetido aos princípios vetores do Direito Penal, dentre os quais o da reserva legal e da anterioridade.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> É o caso de TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. 13. tir. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 40-42.



## 43.2. DISTINÇÕES ENTRE PENA E MEDIDA DE SEGURANÇA

No Direito Penal brasileiro, penas e medidas de segurança apresentam claras distinções.

As penas têm **finalidade** eclética, isto é, retributiva e preventiva, enquanto as **medidas de segurança destinam-se exclusivamente à prevenção de novas infrações penais (prevenção especial).**<sup>2</sup>

As penas são aplicadas por **período** determinado, guardando proporcionalidade com a reprovação do crime. Já as medidas de segurança são aplicadas por período determinado quanto ao limite mínimo, mas absolutamente indeterminado no tocante à duração máxima, pois a sua extinção depende do fim da periculosidade do agente.

As penas têm como **pressuposto** a culpabilidade, ao passo que as medidas de segurança reclamam a periculosidade do indivíduo.

No tocante aos **destinatários**, as penas se dirigem aos imputáveis e semi-imputáveis sem periculosidade. Por sua vez, as medidas de segurança se dirigem aos **inimputáveis e aos semi-imputáveis perigosos**. Não é possível a aplicação de medidas de segurança aos imputáveis.

	Penas	Medidas de segurança
<b>Finalidades</b>	Retribuição (castigo), prevenção geral e prevenção especial	Prevenção especial
<b>Duração</b>	Determinada	Determinada no mínimo e indeterminada no máximo (com a ressalva das divergências doutrinárias e jurisprudenciais)
<b>Pressuposto</b>	Culpabilidade	Periculosidade
<b>Destinatários</b>	Imputáveis e semi-imputáveis sem periculosidade (que não necessitam de especial tratamento curativo)	Inimputáveis e semi-imputáveis dotados de periculosidade (que necessitam de especial tratamento curativo)

<sup>2</sup> "As funções, objetivos imediatos ou 'fins meios' das medidas de segurança são de prevenção especial de recuperação social do agente perigoso, através do tratamento da anomalia psíquica ou da correção da tendência criminosa e, ainda, inocuação ou neutralização da periculosidade criminal do infrator" (CARVALHO, Américo Talpa de. *Direito penal, Parte Geral. Questões fundamentais. Teoria Geral do Crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 76).

### 43.3. PRINCÍPIOS DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

#### 43.3.1. Legalidade

Apenas a lei pode criar medidas de segurança. Não podem ser veiculadas por medida provisória, nos termos do art. 62, § 1.º, I, "b", da Constituição Federal.

#### 43.3.2. Anterioridade

Somente se admite a imposição de uma medida de segurança quando sua previsão legal for anterior à prática da infração penal, eis que a essa espécie de sanção penal também incide o princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais severa (CF, art. 5.º, XL).

#### 43.3.3. Jurisdicionalidade

A medida de segurança apenas pode ser aplicada pelo Poder Judiciário, com observância do devido processo legal.

### 43.4. REQUISITOS PARA APLICAÇÃO

A aplicação de medida depende de três requisitos: (1) prática de um fato típico e ilícito; (2) periculosidade do agente; e (3) não tenha ocorrido a extinção da punibilidade.

Deve ter sido praticada uma infração penal, ou seja, reclamam-se certeza da autoria e prova da materialidade do fato delituoso. O raciocínio a ser feito é o seguinte: há provas para a condenação, mas como o caso concreto não autoriza a imposição de pena, é necessária a aplicação de medida de segurança.

Destarte, o simples fato de ser a pessoa portadora de periculosidade não permite a incidência da medida de segurança. É imperioso o respeito ao devido processo legal, com o exercício do contraditório e da ampla defesa. Exemplificativamente, um imputável que tenha praticado um fato típico em estado de necessidade não comete crime, razão pela qual não se aplica medida de segurança. Da mesma forma, não incide essa espécie de sanção penal quando ausentes provas inequívocas da autoria e da materialidade do fato.

Em segundo lugar, o agente deve possuir periculosidade.

E, finalmente, é obrigatório que o Estado ainda possua o direito de punir. Nos termos do art. 96, parágrafo único, do Código Penal: "Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta".

### 43.5. CONCEITO DE PERICULOSIDADE

Periculosidade é a efetiva probabilidade, relativa ao responsável por uma infração penal, inimputável ou semi-imputável, de voltar a envolver-se em crimes ou contravenções penais. Extrai-se da natureza e da gravidade do fato cometido e das circunstâncias indicadas na legislação nacional. É considerada socialmente perigosa a pessoa que cometeu o fato, quando é de temer que pratique novos fatos previstos na lei como infrações.<sup>1</sup>

Não é, assim, a mera possibilidade de reincidência. Exige-se mais, é dizer, faz-se necessário um juízo de probabilidade, no qual a chance de nova infração penal ser praticada é concreta e potencial, segundo as regras da experiência comum.

Reclama-se um **prognóstico** completo, calcado em conjecturas razoáveis, de que o indivíduo tornará a cometer infrações penais. De fato, funcionando a periculosidade como um dos pressupostos das medidas de segurança, e tendo essa espécie de sanção penal como função exclusiva a prevenção especial, o magistrado deve analisar o futuro, com o escopo de aferir a probabilidade de o agente praticar novos ilícitos penais. Daí falar-se em **juízo de prognose**.

Nas penas, ao contrário, opera-se um diagnóstico acerca do passado do agente, para se concluir se é ou não necessária sua aplicação. Fala-se, nesse caso, de **juízo de diagnose**. Com efeito, as penas têm como pressuposto a culpabilidade.

Em suma, a pena se justifica em razão daquilo que fez o agente. A medida de segurança, por outro lado, somente se legitima se necessária para evitar que o indivíduo venha novamente a enveredar pelo caminho da ilicitude penal.

### 43.6. ESPÉCIES DE PERICULOSIDADE

De acordo com o sistema adotado pelo Código Penal, a periculosidade pode ser presumida ou real.

**Periculosidade presumida** é a que ocorre quando a lei, expressamente, considera determinado indivíduo perigoso. Essa presunção é absoluta (*iuris et de iure*), e o juiz tem a obrigação de impor ao agente a medida de segurança. Aplica-se aos inimputáveis do art. 26, *caput*, do Código Penal, de modo que tais pessoas serão submetidas a medida de segurança quando comprovado seu envolvimento em uma infração penal.

Se um inimputável, portanto, praticou uma infração penal, será tratado como perigoso; prescindindo-se de conclusão pericial específica nesse sentido. Basta ser inimputável e responsável por um crime ou contravenção penal.

<sup>1</sup> NOGUEIRA, J. C. Ataliba. *Medidas de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1937. p. 221.

**Periculosidade real** é a que deve ser provada no caso concreto, isto é, a lei não presume sua existência. É aplicável aos semi-imputáveis do art. 26, parágrafo único, do Código Penal.

Destarte, quando um semi-imputável comete uma infração penal, será tratado como culpável, salvo se o exame pericial que constatar sua responsabilidade diminuída concluir também (e essa conclusão for aceita pelo magistrado) pela sua periculosidade, recomendando a substituição da pena por medida de segurança.

### 43.7. APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA

O inimputável (CP, art. 26, *caput*) que pratica uma infração penal é absolvido. Não se aplica pena, em virtude da ausência de seu pressuposto, qual seja, a culpabilidade. Essa absolvição está prevista no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

Diante de sua periculosidade, todavia, impõe-se uma medida de segurança. Trata-se de **sentença absolutória imprópria**, assim chamada por recair sobre o réu uma sanção penal, na forma definida pelo art. 386, parágrafo único, III, do Código de Processo Penal.

De acordo com a Súmula 422 do Supremo Tribunal Federal: “A absolvição criminal não prejudica a medida de segurança, quando couber, ainda que importe privação da liberdade”.

Por outro lado, no tocante ao semi-imputável (CP, art. 26, parágrafo único) responsável por um crime ou contravenção penal a sentença é **condenatória**. A presença da culpabilidade, embora diminuída, autoriza a imposição de pena, reduzida obrigatoriamente de um a dois terços.

Se, entretanto, constatar-se a sua periculosidade, de forma a necessitar o condenado de especial tratamento curativo, a pena reduzida pode ser substituída por medida de segurança. O art. 98 do Código Penal acolheu o **sistema vicariante** ou **unitário**, pois ao semi-imputável será aplicada pena reduzida de um a dois terços ou medida de segurança, conforme seja mais adequado ao caso concreto.

Antes da reforma da Parte Geral do Código Penal pela Lei 7.209/1984, imperava o **sistema do duplo binário** (derivado do italiano *doppio binario*),<sup>4</sup> também chamado de **duplo trilho** ou **dupla via**, pelo qual o semi-imputável perigoso cumpria inicialmente a pena privativa de liberdade, e, ao final desta, se subsistisse a periculosidade, era submetido a medida de segurança.

Em relação aos semi-imputáveis, a sentença sempre será condenatória, tanto na hipótese de aplicação de pena privativa de liberdade como no caso

<sup>4</sup> DOTTI, René Ariel. Visão geral da medida de segurança. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Método, 2001. p. 310.

de sua substituição por medida de segurança. Mas, uma vez aplicada a medida de segurança, segue-se o mesmo regramento existente para os inimputáveis no tocante à execução da sanção penal.<sup>5</sup>

### 43.8. ESPÉCIES DE MEDIDAS DE SEGURANÇA

O art. 96 do Código Penal apresenta duas espécies de medidas de segurança: detentiva e restritiva.

**Detentiva**, prevista no inciso I, consiste em **internação** em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado. Importa em privação da liberdade do agente.

**Restritiva**, elencada pelo inciso II, é a sujeição a **tratamento ambulatorial**. O agente permanece livre, mas submetido a tratamento médico adequado.

O critério para escolha da espécie de medida de segurança a ser aplicada reside na **natureza da pena cominada em abstrato** à infração penal. Com efeito, dispõe o art. 97, *caput*, do Código Penal, que se o fato é punido com reclusão, o juiz determinará, obrigatoriamente, sua internação. Se o fato, todavia, for punível com detenção, poderá o juiz optar entre a internação e o tratamento ambulatorial.

No caso de pena de detenção, a escolha entre as medidas de segurança detentiva e restritiva deve ser guiada pelo grau de periculosidade do réu.

O rígido critério adotado pelo Código Penal é alvo de críticas, por estabelecer um modelo padrão para medidas de segurança e levar à internação de diversas pessoas que poderiam ser tratadas de forma mais branda. Cria, inclusive, distinções injustas entre imputáveis e inimputáveis. O condenado pela prática de crime de furto simples dificilmente seria submetido ao cárcere, pois teria direito a diversos institutos que evitam a privação da liberdade, tais como penas restritivas de direitos, *sursis* etc. Se inimputável, contudo, seria inevitavelmente internado, por se tratar de crime punido com reclusão.

Em face disso, há propostas para a correção do equívoco legislativo, reservando a internação somente aos casos em que a periculosidade do agente efetivamente reclame a privação da liberdade. Para Carlota Pizarro de Almeida:

Não é correto, portanto, quando se trate de portadores de anomalia psíquica, estabelecer uma correspondência entre a medida de segurança e a gravidade do fato praticado. Mas já será importante estabelecê-la em relação à perigosidade do agente: só assim se respeita o princípio da proporcionalidade.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> STJ: REsp 863.665/MT, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 22.05.2007.

<sup>6</sup> ALMEIDA, Carlota Pizarro de. *Modelos de inimputabilidade*. Da teoria à prática. Coimbra: Almedina, 2000. p. 34.

O Superior Tribunal de Justiça assim se pronunciou sobre o assunto:

A medida de segurança, enquanto resposta penal adequada aos casos de exclusão ou diminuição da culpabilidade, previstos no art. 26, *caput* e parágrafo único, do Código Penal, deve ajustar-se, em espécie, à natureza do tratamento de que necessita o agente inimputável ou semi-imputável do fato-crime.<sup>7</sup>

Este mesmo tribunal concedeu o tratamento ambulatorial para o autor de um furto, crime punido com reclusão. Sustentou que a internação, na prática, pode até piorar as condições psicológicas do sujeito, enquanto o tratamento ambulatorial permite a convivência com a família e amigos, mormente quando, por não se tratar de pessoa violenta nem com um passado que faça presumir sua periculosidade, não oferece risco ao patrimônio de outras pessoas. Saliou ainda que, hoje, os hospitais psiquiátricos estão fechando, restituindo à sociedade aquelas pessoas que ali se encontravam por problemas mentais, sendo entendimento geral que o tratamento deve ser feito dentro da própria sociedade e não à sua margem, em local isolado.<sup>8</sup>

#### 43.9. PRAZO MÍNIMO DA MEDIDA DE SEGURANÇA

A sentença que aplica medida de segurança deve, obrigatoriamente, fixar o prazo mínimo de internação ou tratamento ambulatorial, entre um a três anos, nos termos do art. 97, § 1.º, *in fine*, do Código Penal.

O prazo mínimo se destina à realização do exame de cessação da periculosidade.

#### 43.10. PRAZO MÁXIMO DA MEDIDA DE SEGURANÇA

O Código Penal estabelece em seu art. 97, § 1.º, 1.ª parte: “A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade”.

A medida de segurança, pelo texto da lei, pode ser eterna. De fato, se a periculosidade durar por toda a vida do agente, pelo mesmo período se arrastará a internação ou o tratamento ambulatorial.

Essa opção legal se funda na premissa de que, por ser a medida de segurança um bem, destinada a proteger o responsável por uma infração penal, e também recuperá-lo do mal de que padece, não encontra limites no tempo. O que é bom não deve ser barrado por questões temporais. Encontra ressonância em algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

<sup>7</sup> REsp 324.091-SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6.ª Turma, j. 16.12.2003.

<sup>8</sup> HC 113.016-MS, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), 6.ª Turma, j. 18.11.2008, noticiado no *Informativo* 377.

Nos termos do art. 97, § 1.º, do Código Penal, a medida de segurança, na modalidade internação ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante laudo pericial, a cessação de periculosidade, sendo o prazo mínimo estabelecido entre 1 (um) a 3 (três) anos.<sup>9</sup>

A escolha legislativa, todavia, não é unânime. Diversos penalistas pugnam pela inconstitucionalidade da duração indeterminada, quiçá perpétua, da medida de segurança, espécie de sanção penal. Além disso, se o imputável é protegido pelo limite de 30 anos para cumprimento da pena privativa de liberdade, não poderia um inimputável, doente, ser internado por prazo indeterminado.<sup>10</sup> Essa posição é atualmente aceita pelo Supremo Tribunal Federal:

A interpretação sistemática e teleológica dos arts. 75, 97 e 183, os dois primeiros do Código Penal e o último da Lei de Execuções Penais, deve fazer-se considerada a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas. A medida de segurança fica jungida ao período máximo de trinta anos.<sup>11</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, de seu turno, tem inovado sobre o assunto, decidindo que a duração da medida de segurança não pode ultrapassar o limite máximo de pena cominada abstratamente ao delito praticado, em obediência aos princípios da isonomia e da proporcionalidade:

Trata a *quaestio juris* sobre a duração máxima da medida de segurança, a fim de fixar restrição à intervenção estatal em relação ao inimputável na esfera penal. A Turma entendeu que fere o princípio da isonomia o fato de a lei fixar o período máximo de cumprimento da pena para o inimputável (art. 97, § 1.º, do CP), pela prática de um crime, determinando que este cumpra medida de segurança por prazo indeterminado, condicionando seu término à cessação de periculosidade. Em razão da incerteza da duração máxima de medida de segurança, está-se tratando de forma mais gravosa o infrator inimputável quando comparado ao imputável, para o qual a lei limita o poder de atuação do Estado. Assim, o tempo de duração máximo da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo de pena cominada abstratamente ao delito praticado, em respeito aos princípios da isonomia e da proporcionalidade.<sup>12</sup>

Em nossa opinião, a posição lançada pelo Superior Tribunal de Justiça desponta como a mais adequada acerca do máximo de duração da medida de segurança, especialmente no tocante à internação em hospital de custódia

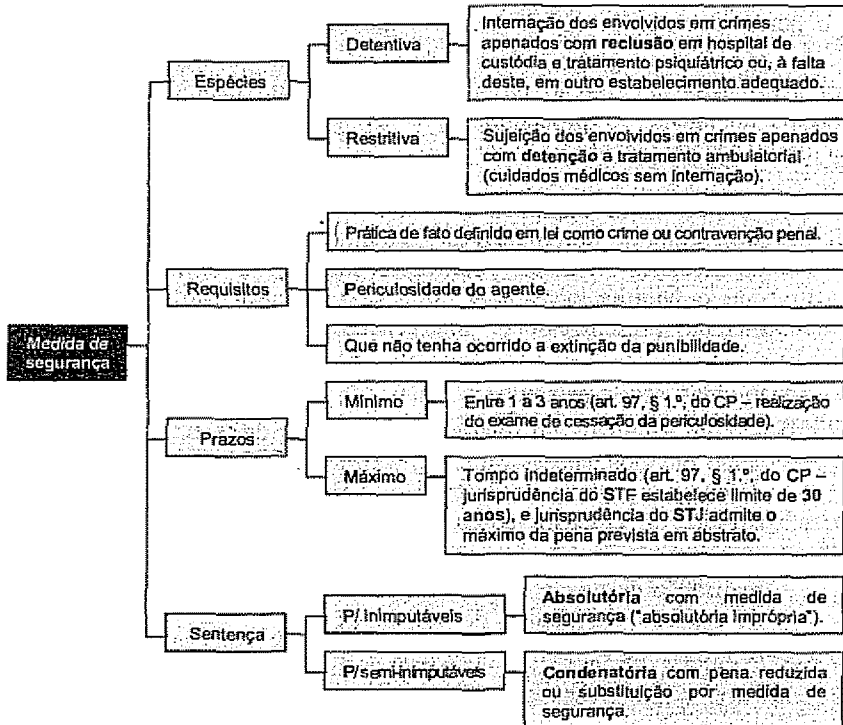
<sup>9</sup> REsp 820.330/RS, rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 28.02.2008. No mesmo sentido: HC 70.497/SP, rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1.ª Região), 6.ª Turma, j. 12.11.2007.

<sup>10</sup> É o caso de ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral, 7. ed. São Paulo: RT, 2007. v. 1, p. 733.

<sup>11</sup> HC 84.219/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 1.ª Turma, j. 16.08.2005. E também: HC 97621/RS, rel. Min. Cezar Peluso, 2.ª Turma, j. 02.06.2009, noticiado no *Informativo* 549.

<sup>12</sup> HC 125.342-RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 19.11.2009, 6.ª Turma, noticiado no *Informativo* 416. Na mesma direção: HC 143.315/RS, rel. Min. Og Fernandes, 6.ª Turma, j. 05.08.2010, noticiado no *Informativo* 441.

e tratamento psiquiátrico. Com efeito, se uma pessoa culpável (imputável ou semi-imputável), e, portanto, dotada de livre arbítrio e responsável por uma conduta reprovável, pode ser apenada até o limite previsto em lei, não há razão para permitir que um indivíduo envolvido pela periculosidade (inimputável ou semi-imputável), normalmente portador de doença mental, receba uma medida de segurança por período superior.



### 43.11. EXECUÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Com o trânsito em julgado da sentença que aplica a medida de segurança, será ordenada pelo juiz a expedição de **guia para a execução** (LEP, art. 171).

Essa guia é imprescindível, pois sem ela ninguém será internado em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, nem submetido a tratamento ambulatorial, para cumprimento da medida de segurança (LEP, art. 172).



Em se tratando de internação, o agente é obrigatoriamente submetido a exame criminológico. No tratamento ambulatorial esse exame é facultativo (LEP, art. 174).

Durante a execução da medida de segurança, o sentenciado pode contratar médico de sua confiança pessoal para orientar e acompanhar o tratamento. Em caso de divergência entre o profissional particular e o médico oficial, decidirá o juiz da execução, como *peritum peritorum*, isto é, o perito dos peritos (LEP, art. 43 e parágrafo único).

Ao término do prazo mínimo de duração da medida de segurança, será averiguada a cessação da periculosidade, pelo exame das condições pessoais do agente. O procedimento a ser seguido consta do art. 175 da Lei de Execução Penal:

- I - a autoridade administrativa, até 1 (um) mês antes de expirar o prazo mínimo de duração da medida de segurança, remeterá ao juiz da execução minucioso relatório, instruído com o laudo psiquiátrico, que o habilite a resolver sobre a revogação ou permanência da medida. Prescinde-se de intervenção judicial;
- II - o juiz pode determinar a realização de diligências para esclarecer dúvidas acaso existentes;
- III - com a juntada do relatório e realização de eventuais diligências, serão ouvidos, sucessivamente, o Ministério Público e o curador ou defensor, no prazo de 3 (três) dias para cada um. O juiz nomeará curador ou defensor se o sentenciado não o tiver;
- IV - o juiz, de ofício ou a pedido das partes, poderá determinar a realização de novas diligências, ainda que expirado o prazo mínimo de duração da medida de segurança; e
- V - ouvidas as partes e cumpridas as diligências acaso determinadas, o juiz profere sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias.

Excepcionalmente, o juiz pode determinar a antecipação do exame de cessação da periculosidade, embora não decorrido o período mínimo de duração da medida de segurança, atendendo a pedido fundamentado do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor (LEP, art. 176). Ainda que não previsto em lei, entende-se que o juiz pode também, de ofício, ordenar antecipadamente a realização do exame, quando tiver ciência de fato relevante capaz de justificar sua atuação.

Se concluir pela persistência da periculosidade, o juiz manterá a medida de segurança, devendo a autoridade administrativa renovar o exame psiquiátrico de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução (CP, art. 97, § 2.º).

Por outro lado, se concluir pela cessação da periculosidade, o juiz **suspende** a execução da medida de segurança, determinando a **desinternação** (para a espécie detentiva) ou a **liberação** (para a modalidade restritiva) do agente. Essa decisão comporta agravo em execução, **com efeito suspensivo**, pois a desinternação ou liberação dependem do trânsito em julgado (LEP, art. 179). Essa é a única hipótese de agravo de execução com efeito suspensivo (LEP, art. 197 c/c art. 179).

A desinternação e a liberação serão sempre **condicionadas**, pois o juiz deve impor ao agente as mesmas condições do livramento condicional (LEP, art. 178). Essas condições se dividem em obrigatórias e facultativas.

São **condições obrigatórias**: (1) obter ocupação lícita, se apto para o trabalho, (2) comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação, e (3) não mudar da comarca **sem** prévia autorização judicial (art. 178 da LEP).

O juiz tem, ainda, a discricionariedade para impor **condições facultativas**, tais como: (1) não mudar de residência sem comunicação ao juiz e à autoridade incumbida da observância cautelar e de proteção, (2) recolher-se à habitação em hora fixada, e (3) não frequentar determinados lugares.

A desinternação e a liberação, de natureza condicional, serão revogadas pelo juízo da execução se o agente, **antes do decurso de 1 ano**, praticar fato, e não necessariamente infração penal, indicativo da manutenção da sua periculosidade (CP, art. 97, § 3.º).

O internado ou submetido a tratamento ambulatorial que foi liberado pelo período de 1 (um) ano, a contar da saída do estabelecimento, é chamado de **egresso** pelo art. 26, I, da Lei de Execução Penal.

#### 43.12. MEDIDA DE SEGURANÇA PROVISÓRIA OU PREVENTIVA

Não é possível a aplicação da medida de segurança durante o trâmite da ação penal, por falta de amparo legal. Com efeito, a Lei 7.209/1984 – Reforma da Parte Geral do Código Penal – não repetiu o art. 80 da redação original de 1940. Em razão disso, prevalece em doutrina o entendimento de que não mais subsiste o disposto pelo art. 378 do Código de Processo Penal. Nessa linha já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

A Lei de Execução Penal, ao dispor sobre o cumprimento das medidas de segurança, determina, tratando-se de internação em hospital psiquiátrico, que esta apenas se efetive mediante “guia expedida pela autoridade judiciária”

(art. 172), o que somente é possível depois de “Transitada em julgado a sentença que aplicar a medida de segurança (...)” (art. 171).<sup>13</sup>

### 43.13. CONVERSÃO DO TRATAMENTO AMBULATORIAL PARA INTERNAÇÃO

De acordo com o art. 97, § 4.º, do Código Penal, “em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos”.

E, ainda, estabelece o art. 184 da Lei de Execução Penal: “O tratamento ambulatorial poderá ser convertido em internação se o agente revelar incompatibilidade com a medida”. Além disso, determina o parágrafo único do citado dispositivo legal que, nessa hipótese, o prazo mínimo de internação será de 1 (um) ano.

### 43.14. DESINTERNAÇÃO PROGRESSIVA

Cuida-se da conversão da internação para tratamento ambulatorial, durante o prazo de duração da medida de segurança, como forma de preparar o sentenciado, progressivamente, para o retorno ao convívio social, nos casos em que a internação não se mostra mais necessária, embora o agente dependa da manutenção dos cuidados médicos.

Essa providência, nada obstante não prevista em lei, tem sido admitida na prática forense, uma vez que a medida de segurança não possui o caráter de castigo, podendo ser abrandada quando a situação fática dispensar a privação da liberdade do agente. Confira-se a posição do Superior Tribunal de Justiça:

Ainda que a cessação da periculosidade do paciente tenha sido atestada por dois laudos consecutivos, não é recomendável a desinternação imediata, tendo em vista as circunstâncias do caso, já que a doença do paciente é controlada apenas mediante o uso contínuo da medicação, que este não tem qualquer respaldo familiar, e que possui extensa folha de antecedentes, demonstrando a possibilidade de reiteração de condutas previstas como crime. Cabível no caso, a **desinternação progressiva** do paciente, para que se adapte ao meio externo, e à responsabilidade de dar continuidade ao tratamento quando em liberdade.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> HC 90.226 MC/SP, decisão monocrática do Min. Celso de Mello, j. 07.12.2006.

<sup>14</sup> HC 89.212/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma, j. 27.03.2008.

É também o entendimento reinante no Supremo Tribunal Federal: “Observou-se que, na espécie, o último laudo psiquiátrico informara que, apesar de persistir a periculosidade do agente, esta se encontraria atenuada, de modo a indicar ser cabível a adoção da desinternação progressiva”.<sup>15</sup>

Para os partidários da desinternação progressiva, o inimputável ou o semi-imputável tem o direito à progressividade ao tratamento ambulatorial sob pena de afrontar-se a individualização na execução da sanção criminal, prevista constitucionalmente no art. 5.º, XLVI. A progressividade do internamento ao tratamento ambulatorial consiste numa garantia constitucional, inerente a qualquer cidadão, configurando-se sua inadmissibilidade um contrassenso às finalidades do tratamento.<sup>16</sup>

### 43.15. CONVERSÃO DA PENA EM MEDIDA DE SEGURANÇA

Se no curso da execução da pena privativa de liberdade sobrevier ao condenado doença mental ou perturbação de saúde mental, o art. 183 da Lei de Execução Penal autoriza o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa, a substituí-la por medida de segurança.

Essa substituição somente deve ocorrer quando a doença mental ou perturbação da saúde mental for de natureza **permanente**. Se transitória, transfere-se o condenado a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, e, uma vez curado, retorna ao estabelecimento prisional, nos moldes do art. 41 do Código Penal.

A conversão somente poderá ser efetuada **durante o prazo de cumprimento da pena, e necessita de perícia médica**. Realizada a conversão, discute-se o período máximo de duração da medida de segurança. É grande a controvérsia, existindo quatro posições sobre o assunto:

- 1.ª posição: A medida de segurança deverá persistir por prazo indeterminado, até a cessação da periculosidade, nos moldes do art. 97, § 1.º, do Código Penal. Pouco importa a duração da pena privativa de liberdade substituída.
- 2.ª posição: A medida de segurança terá a duração máxima de 30 anos, limite fixado pelo art. 75 do Código Penal para a pena privativa de liberdade.

<sup>15</sup> HC 98.360/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 04.08.2009, noticiado no Informativo 554; e HC 97.621/RS, rel. Min. Cezar Peluso, 2.ª Turma, j. 02.06.2009, noticiado no Informativo 549.

<sup>16</sup> FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: RT, 2001. p. 172-173.

- 3.<sup>a</sup> posição: A medida de segurança terá a duração da pena máxima cominada em abstrato à infração penal que ensejou a imposição da pena privativa de liberdade.
- 4.<sup>a</sup> posição: A medida de segurança terá igual duração à pena privativa de liberdade originariamente aplicada. O sentenciado cumpre a medida de segurança pelo restante da pena aplicada. Como bem observa Antomo Carlos da Ponte:

Realizada a conversão, que optará por uma medida de segurança detentiva (internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico) ou restritiva (sujeição a tratamento ambulatorial), passam a reger a execução penal as regras próprias da sanção aplicada em substituição. Isso significa que a medida de segurança será estabelecida por um prazo mínimo, variável de um a três anos, sem, contudo, que seu prazo máximo ultrapasse aquele correspondente à pena substituída, sob pena de ofensa à coisa julgada, uma vez que a superveniência de doença mental não tem o condão de retroagir seus efeitos, de modo a alterar o que ficou decidido e transitou em julgado. Do contrário, estar-se-ia, de modo indireto, impondo-se ao sentenciado o cumprimento correspondente ao somatório da pena e da medida de segurança, possibilidade definitivamente afastada pelo sistema vicariante.<sup>17</sup>

É também a posição do Superior Tribunal de Justiça:

A medida de segurança prevista na Lei de Execuções Penais, hipótese dos autos, é aplicada quando, no curso na execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, sendo adstrita ao tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade fixada na sentença condenatória, sob pena de ofensa à coisa julgada. Verificado o cumprimento integral da medida de segurança substitutiva, deve ser determinada sua extinção.<sup>18</sup>

#### 43.16. DIREITOS DO INTERNADO

Reza o art. 99 do Código Penal: “O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento”.

Como consequência desse mandamento legal, o sentenciado a quem foi imposta medida de segurança detentiva não pode ser colocado em estabelecimento prisional comum, sob pena de ser submetido a constrangimento ilegal sanável por *habeas corpus*. Por corolário, o indivíduo deve

<sup>17</sup> PONTE, Antonio Carlos da. *Inimputabilidade e processo penal*. 2. ed, São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 87.

<sup>18</sup> HC 88.849/SP, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 5.<sup>a</sup> Turma, j. 28.11.2007.

aguardar o surgimento de vaga em tratamento ambulatorial. É a posição do Superior Tribunal de Justiça:

É ilegal a prisão de imputável sujeito a medidas de segurança de internação, mesmo quando a razão da manutenção da custódia seja a ausência de vagas em estabelecimentos hospitalares adequados à realização do tratamento. Ordem concedida, em parte, para determinar a imediata transferência do paciente para hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou outro estabelecimento adequado, sendo que, na falta de vagas, deve ser o mesmo submetido a regime de tratamento ambulatorial até que surja referida vaga.<sup>19</sup>

Cumpre frisar, todavia, que em concursos públicos que se coadunam com tratamento mais rigoroso da questão (Ministério Público, Polícias Civil e Federal, entre outros), é prudente adotar a posição que sustenta a possibilidade de o agente altamente perigoso aguardar, em presídio comum, a abertura de vaga em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, com fulcro no interesse público apto a autorizar essa situação excepcional.

#### 43.17. MEDIDAS DE SEGURANÇA NA LEI DE DROGAS

Os arts. 45, parágrafo único, e 47, ambos da Lei 11.343/2006, disciplinam expressamente as medidas de segurança no tocante aos crimes nela previstos, em relação aos agentes imputáveis e semi-imputáveis dependentes de drogas.

#### 43.18. ADOLESCENTE INFRATOR E MEDIDAS DE SEGURANÇA

A internação decorrente da condenação pela prática de ato infracional deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração (Lei 8.069/1990 – ECA, art. 123). O fato de o adolescente infrator ter completado 21 (vinte e um) anos impõe a sua liberação compulsória da medida de internação (ECA, art. 121, § 5.º).

Portanto, com a superveniência dos 21 (vinte e um) anos de idade, não é possível aplicar, por analogia, medida de segurança prevista no Código Penal àquele sob proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que a personalidade do infrator revele manifesta periculosidade.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> HC 81.959/MG, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma, j. 07.02.2008. Em igual sentido: HC 87.869/SP, rel. Min. Nilson Naves, 6.ª Turma, j. 12.06.2007.

<sup>20</sup> STJ: HC 55.280/GO, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5.ª Turma, j. 27.09.2007.

**43.19. QUESTÕES**

1. (84.º Promotor de Justiça – MP/SP) Considere os seguintes enunciados, relacionados com os temas de imputabilidade penal (CP, art. 26) e medida de segurança:
- I – Não é cabível imposição de medida de segurança aos plenamente imputáveis.
  - II – Nos casos de semi-imputabilidade, não é permitida a cumulação da pena e medida de segurança.
  - III – Nas hipóteses de inimputabilidade plena, a regra é a absolvição seguida de imposição de medida de segurança consistente em internação em hospital de custódia e tratamento, podendo o juiz optar pelo tratamento ambulatorial no caso de crime punido com detenção.

Estão em conformidade com o sistema estabelecido no Código Penal,

- (A) apenas I e II.
  - (B) apenas II e III.
  - (C) apenas I e III.
  - (D) nenhum dos três.
  - (E) todos os três.
2. (84.º Promotor de Justiça – MP/SP) Assinale a alternativa incorreta: Perante o Código Penal, a condição de reincidente em crime doloso
- (A) é prevista como preponderante no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes.
  - (B) é relevante na aferição do estágio mínimo de cumprimento de pena exigido para o livramento condicional.
  - (C) constitui causa interruptiva de prescrição.
  - (D) configura pressuposto necessário à imposição de medida de segurança.
  - (E) exerce influência no cálculo do prazo da prescrição da pretensão executória.
3. (Juiz Federal – TRF/5.ª Região – 2007) O item subsequente apresenta uma situação hipotética, seguida de uma assertiva a ser julgada no que concerne a penas e sua aplicação.
- Genival, que está preso há dois anos em centro de detenção provisória, aguardando vaga em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, foi, por sentença penal transitada em julgado, submetido a medida de segurança de internação. Nessa situação, conforme orientação do STJ, há constrangimento ilegal na manutenção de Genival em prisão comum, cabendo, assim, habeas corpus, para que ele seja submetido a tratamento ambulatorial até que surja vaga em estabelecimento adequado.
4. (Delegado de Polícia – MG – 2007) Em relação aos inimputáveis e às medidas de segurança é correto afirmar que
- (A) Sendo adequado às circunstâncias pessoais em que se encontre o sentenciado, a qualquer tempo, pode a pena do mesmo ser substituída pela aplicação de medida de segurança.

- (B) As medidas de segurança destinam-se exclusivamente aos inimputáveis. Aos semi-imputáveis somente há previsão de redução de pena e, necessitando eles de especial tratamento curativo, não há que se falar em substituição da pena por medida de segurança consoante o princípio da reserva legal.
- (C) O réu considerado inimputável será absolvido e conseqüentemente será aplicada a ele uma medida de segurança que não possui limite de tempo mínimo nem máximo.
- (D) A desinternação é sempre condicional, devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de cinco anos, pratica fato indicativo de periculosidade.

**5. (Defensor Público da União – 2004) Nessa situação, no momento em que se iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade, ocorrerá causa interruptiva da prescrição da pretensão punitiva do Estado, reiniciando-se a contagem do prazo prescricional a partir do dia da interrupção.**

Julgue o item subsequente acerca da execução das penas e das medidas de segurança.

Considere a seguinte situação hipotética. Célio, tendo praticado crime de homicídio, teve reconhecida, durante o trâmite do processo penal, a sua semi-imputabilidade, uma vez que não possuía, na data do fato, a plena capacidade de compreender o caráter ilícito do fato e de orientar-se de acordo com esse entendimento. Condenado pelo crime, o juiz aplicou-lhe pena privativa de liberdade, substituindo a pena por medida de segurança. Nessa situação, a medida de segurança aplicada em substituição, de acordo com o Código Penal, poderá ter duração superior à pena privativa de liberdade aplicada.

**6. (180.º Juiz de Direito – TJ/SP) José, tido como inimputável no curso de um processo-crime em prova pericial, vem a agredir João, causando-lhe ferimentos de natureza grave. Apura-se, no entanto, que agiu em legítima defesa. O juiz, ante o disposto no Código Penal, art. 97, deve absolver o réu,**

- (A) sujeitando-o à internação em casa de custódia, por ser o delito apenado com reclusão;
- (B) descabendo a aplicação de qualquer medida de segurança;
- (C) e aplicar-lhe medida de segurança pelo prazo correspondente a seu grau de periculosidade;
- (D) mas aplicar-lhe medida de segurança de, no mínimo, um ano.

**7. (MP/PR 2009) Sobre o tema culpabilidade e exculpação, assinale a alternativa INCORRETA:**

- (A) de acordo com a sistemática adotada pelo Código Penal, a imputabilidade, como elemento da culpabilidade, não pode ser excluída em situações de *actio libera in causa*.
- (B) a capacidade relativa de culpabilidade, por perturbação da saúde mental, não exclui a culpabilidade, mas é fator obrigatório de redução de pena.
- (C) o excesso no cumprimento de ordem não manifestamente ilegal, emanada de superior hierárquico, pode ser atribuído ao subordinado a título de dolo ou culpa.
- (D) a coação moral irresistível pode fundamentar hipótese legal de exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de comportamento diverso, diferentemente da coação física absoluta, que exclui a própria ação.
- (E) se o inimputável por doença mental realiza uma ação típica, aplica-se medida de segurança, não sendo necessário verificar se estava ou não em situação de justificação.



8. (Magistratura/TO – CESPE/2007) Lúcio foi pronunciado pelo juiz da 1.ª Vara do Tribunal do Júri de Palmas por ter praticado crime de homicídio duplamente qualificado. Em recurso da defesa, fundamentado no exame de sanidade mental que indicou sua inimputabilidade e necessidade de internação em instituição de saúde mental, pleiteou-se a revogação da pronúncia, sem se pretender imposição de medida de segurança. Nessa situação hipotética, o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (TJ/TO), ao entender procedente o pedido da defesa, deve
- (A) absolver sumariamente o acusado, aplicando-lhe medida de segurança.
  - (B) manter a sentença de pronúncia, visto que compete ao tribunal do júri absolver sumariamente o acusado inimputável e, em seguida, aplicar-lhe medida de segurança.
  - (C) absolver sumariamente o acusado, sem impor-lhe medida de segurança.
  - (D) despronunciar o acusado.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

**Obs.:** Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no *site* [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

## ACÇÃO PENAL

**Sumário:** 44.1. Introdução – 44.2. Conceito – 44.3. Características – 44.4. Classificação da acção penal: 44.4.1. Divisão com base na tutela jurisdiccional invocada; 44.4.2. Divisão subjetiva – 44.5. Condições da acção penal: 44.5.1. Condições genéricas; 44.5.2. Condições específicas ou condições de procedibilidade – 44.6. Acção penal pública: 44.6.1. Princípios; 44.6.2. Acção penal pública incondicionada; 44.6.3. Acção penal pública condicionada – 44.7. Acção penal privada: 44.7.1. Prazo; 44.7.2. Princípios; 44.7.3. Espécies – 44.8. Acção penal nos crimes complexos; 44.9. Acção penal nos crimes contra a dignidade sexual: crimes contra a liberdade sexual e crimes sexuais contra vulnerável – 44.10. Acção penal e crime de lesão corporal praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher – 44.11. Questões.

### 44.1. INTRODUÇÃO

O instituto da acção penal, em que pese ser mais intimamente relacionado ao processo penal, e, por consequência, disciplinado pelo Código de Processo Penal, é também tratado pelos arts. 100 a 106 do Código Penal, o que redundará em críticas doutrinárias, por ser o direito de acção um direito subjetivo processual, autónomo e distinto do direito material.

Essa postura se justifica pelo fato de diversas questões afetas à acção penal implicarem na extinção da punibilidade, ampliando a esfera de liberdade do cidadão e retirando do Estado o direito de punir.

### 44.2. CONCEITO

Acção penal é o direito de exigir do Estado a aplicação do direito penal objetivo em face do indivíduo envolvido em um fato tipificado em lei como infração penal.

### 44.3. CARACTERÍSTICAS

O direito ao exercício da ação penal apresenta as seguintes características:

- a) **público:** a atividade jurisdicional provocada é incumbência do Poder Público;
- b) **subjetivo:** o seu titular exige do Estado a prestação jurisdicional;
- c) **autônomo:** independe da efetiva existência do direito material;
- d) **abstrato:** independe do resultado final da postulação (favorável ou desfavorável); e
- e) **instrumental:** embora o fim último do autor seja o de obter um resultado favorável à pretensão insatisfeita, o direito de ação tem por fim a instauração de um processo, com a tutela jurisdicional, para a composição da lide. Esse direito instrumental, porém, só existe porque é conexo a um caso concreto.<sup>1</sup>

### 44.4. CLASSIFICAÇÃO DA AÇÃO PENAL

A classificação da ação penal pode ser efetuada levando em consideração a tutela jurisdicional invocada ou a titularidade para sua propositura.

#### 44.4.1. Divisão com base na tutela jurisdicional invocada

É a utilizada também no processo civil, e classifica as ações em:

- a) **de conhecimento:** visa o reconhecimento do direito submetido à apreciação judicial. É exemplo a ação proposta pelo Ministério Público ou pelo ofendido ou seu representante legal, visando a condenação do responsável por um fato típico e ilícito. É também chamada de “ação penal condenatória”.<sup>2</sup>
- b) **cautelar:** busca resguardar o direito invocado na ação principal, de forma a permitir a eficácia da prestação jurisdicional. Há diversos provimentos cautelares, tal como o sequestro, previsto nos arts. 125 e 132 do Código de Processo Penal, medida destinada

<sup>1</sup> DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 87-88.

<sup>2</sup> Para o STJ, não há constrangimento na utilização do termo “ação penal condenatória” na denúncia apresentada pelo Ministério Público, porque essa é a classificação dada à ação penal instaurada pelo Estado contra o acusado (HC 88.448/DF, rel. Min. Og Fernandes, 6.ª Turma, j. 08.05.2010, noticiado no Informativo 433).

a efetuar a constrição dos bens adquiridos com os proventos da infração penal; e

- c) **de execução:** almeja a satisfação de um direito já reconhecido. A Lei 7.210/1984 cuida da execução da sentença penal condenatória.

#### 44.4.2. Divisão subjetiva

É a classificação adotada pelo art. 100 do Código Penal: “A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido”.

Essa divisão parte da titularidade para propositura da ação penal. É pública a proposta pelo Ministério Público, e privada a que tem como sujeito ativo o ofendido ou seu representante legal.

### 44.5. CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL

#### 44.5.1. Condições genéricas

Ao contrário do que se dá no Código de Processo Civil (arts. 3.º e 267, VI), não estão arroladas pelo Código de Processo Penal as **condições genéricas** para a propositura da ação penal. São indicadas pela doutrina e pela jurisprudência, no entanto, três condições: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade *ad causam* e interesse processual.

Afrânio Silva Jardim aponta ainda uma quarta condição genérica, qual seja, a **justa causa**.<sup>3</sup> Essa posição, anteriormente doutrinária, foi recepcionada pela Lei 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 395 do Código de Processo Penal, para o fim de estabelecer em seu inciso III a rejeição da denúncia quando faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Passemos à análise de cada uma delas.

##### 44.5.1.1. Possibilidade jurídica do pedido

Para o possível exercício do direito de ação, o fato descrito na denúncia ou queixa-crime há de ser típico, ou seja, deve encontrar subsunção na lei penal incriminadora. Por tal motivo, dispõe o art. 395, II, do Código de Processo Penal: “A denúncia ou queixa será rejeitada quando faltar pressuposto processual ou **condição** para o exercício da ação penal”. Para Fernando Capez:

<sup>3</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 39.

A fim de não se confundir a análise dessa condição da ação com o mérito, a apreciação da possibilidade jurídica do pedido deve ser feita sobre a causa de pedir (*causa petendi*) considerada em tese, desvinculada de qualquer prova porventura existente. Analisa-se o fato *tal qual narrado na peça inicial*, sem se perquirir se essa é ou não a verdadeira realidade, a fim de se concluir se o ordenamento material comina-lhe, em abstrato, uma sanção. Deixa-se para o mérito a análise dos *atos provadas*.<sup>4</sup>

Tem-se, portanto, que a verificação do preenchimento da condição da ação em exame é efetuada tomando-se em consideração o ordenamento jurídico penal, isto é, verifica-se se os fatos narrados pela inicial acusatória encontram previsão em lei penal incriminadora, independentemente, nesse primeiro momento, da prova concreta de sua efetiva ocorrência.

#### 44.5.1.2. *Legitimidade ad causam ou legitimidade para agir*

Na consagrada definição de Alfredo Buzaid, legitimidade *ad causam* é a pertinência subjetiva para a ação.

Nesses termos, apenas a pessoa cuja titularidade da ação penal é garantida pela lei tem o poder de ajuizá-la (legitimidade ativa), bem como somente aquele supostamente responsável pelo fato definido como infração penal pode figurar no polo passivo dessa mesma ação (legitimidade passiva).

A lei penal estabelece como regra geral a ação penal pública, que apenas poderá ser proposta pelo Ministério Público, na forma definida pelo art. 129, I, da Constituição Federal. Destarte, nos crimes de ação penal pública, se a demanda for iniciada pelo ofendido ou seu representante legal, manifesta será a ilegitimidade ativa *ad causam*, salvo na situação prevista no art. 5.º, LIX, da Constituição Federal, e no art. 29 do Código de Processo Penal (ação penal privada subsidiária da pública).

Da mesma forma, em caso de ação penal privada, se a contenda for iniciada pelo Ministério Público, estará configurada a ilegitimidade para agir.

Essa condição deve ser analisada pelo magistrado por ocasião do recebimento da denúncia ou queixa, constituindo-se em causa de sua rejeição a ilegitimidade da parte (CPP, art. 395, II, com redação dada pela Lei 11.719/2008).

#### 44.5.1.3. *Interesse processual*

O interesse processual se relaciona com a **utilidade** ou **necessidade** da providência jurisdicional, e com a **adequação** do meio utilizado para alcançar o fim almejado.

<sup>4</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 113.

A obrigatoriedade da providência jurisdicional para que se possa impor qualquer sanção ao envolvido em uma infração penal decorre do art. 5.º, LIV, da Constituição Federal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Portanto, a ação penal é pressuposto para aplicação da pena, restando preenchido o requisito da **necessidade**.

A **utilidade**, por sua vez, se revela na eficácia da decisão judicial para satisfação do interesse pleiteado pelo titular da ação. Por esse motivo, a ocorrência de qualquer causa extintiva da punibilidade implicará na rejeição da denúncia ou queixa (CPP, art. 395, II), pois a ação penal será completamente inócua, ou ainda na absolvição sumária (CPP, art. 397, IV).

Aponta-se, rotineiramente, a prescrição antecipada ou virtual como hipótese de inutilidade do exercício da ação penal. Cumpre frisar, contudo, não ser essa espécie doutrinária de extinção da punibilidade aceita pelo Supremo Tribunal Federal, por ausência de previsão legal.<sup>5</sup>

Finalmente, a **adequação** desponta na compatibilidade entre o meio empregado pelo titular do direito posto em debate (ação penal) e a sua pretensão (condenação do autor do fato típico e ilícito).

#### 44.5.1.4. *Justa causa*

Para Afrânio Silva Jardim, às três condições clássicas que se apresentam no processo civil deve ser acrescentada uma quarta: a justa causa, ou seja, um **lastro mínimo de prova** capaz de fornecer arrimo á pretensão acusatória, uma vez que a simples instauração do processo penal atinge o *status dignitatis* do imputado.

Esse lastro probatório é fornecido pelo inquérito policial ou pelas peças de informação, procedimentos investigatórios e informativos que devem acompanhar a inicial acusatória (CPP, arts. 12, 39, § 5.º, e 46, § 1.º).<sup>6</sup>

Nessa esteira, os arts. 647 e 648, I, do Código de Processo Penal rotulam como coação ilegal a ausência de justa causa na ação penal, autorizando a concessão da ordem de *habeas corpus* para sanar o problema.

E após a edição da Lei 11.719/2008, a ausência de justa causa para o exercício da ação penal autoriza a rejeição da denúncia ou queixa (CPP, art. 395, III).

<sup>5</sup> Cf. HC 90.337/SP, rel. Min. Carlos Britto, 1.ª Turma, j. 19.06.2007.

<sup>6</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 36.

#### 44.5.2. Condições específicas ou condições de procedibilidade

São condições específicas ou condições de procedibilidade aquelas estabelecidas em lei, cuja ausência impede o regular exercício do direito de ação.

Encontram respaldo no art. 395, II, 2.<sup>a</sup> parte, do Código de Processo Penal, ao estatuir que a denúncia ou queixa será rejeitada quando: “faltar (...) condição para o exercício da ação penal”.

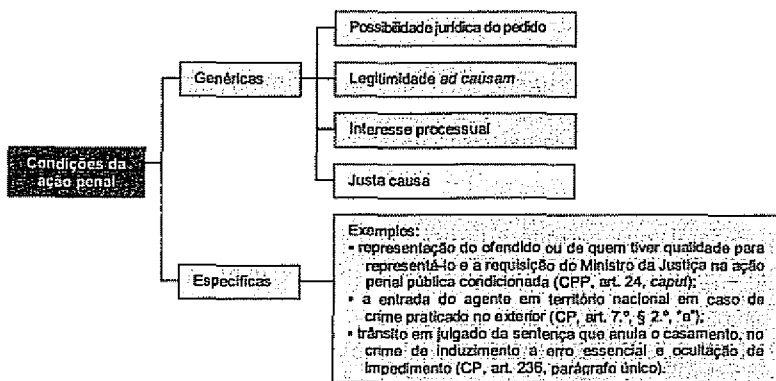
São exemplos de condições de procedibilidade: (1) a representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo e a requisição do Ministro da Justiça na ação penal pública condicionada (CPP, art. 24, *caput*); (2) a entrada do agente em território nacional em caso de crime praticado no exterior (CP, art. 7.<sup>o</sup>, § 2.<sup>o</sup>, “a”); e o trânsito em julgado da sentença que anula o casamento, no crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (CP, art. 236, parágrafo único).

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça também reconhecem, como condição de procedibilidade, a conclusão do procedimento administrativo, com o consequente lançamento definitivo do tributo, quando se discute a existência do débito ou do montante devido, para a instauração da ação penal por crimes contra a ordem tributária, previstos no art. 1.<sup>o</sup> da Lei 8.137/1990.<sup>7</sup>

Relativamente aos crimes definidos no art. 1.<sup>o</sup>, I a IV, da Lei 8.137/1990,<sup>8</sup> o Supremo Tribunal Federal, para espantar qualquer polêmica, editou a Súmula Vinculante 24: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no artigo 1.<sup>o</sup>, inciso I a IV, da Lei n.<sup>o</sup> 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.

<sup>7</sup> Cf. STJ: HC 48.063/SP, rel. Min. Jane Silva, j. 23.08.2007, e HC 65.418, rel. Min. Gilson Dipp, j. 07.12.2006. No STF: HC 89.983/PR, rel. Min. Carmen Lúcia, 1.<sup>a</sup> Turma, j. 06.03.2007. Há julgado do STF, contudo, considerando tratar-se de condição objetiva de punibilidade, pois enquanto o crédito tributário não estiver definitivamente constituído, não há tipicidade penal: HC 90957/RJ, rel. Min. Celso de Mello, 2.<sup>a</sup> Turma, j. 11.09.2007.

<sup>8</sup> Art. 1.<sup>o</sup>, I a IV, da Lei 8.137/1990: “Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou devesse ser falso ou inexato”.



## 44.6. AÇÃO PENAL PÚBLICA

Nos termos do art. 129, I, da Constituição Federal, é função institucional do Ministério Público promover, **privativamente**, a ação penal pública, na forma da lei.

A ação penal pública é iniciada por denúncia ajuizada pelo Ministério Público. O oferecimento da denúncia pode, no entanto, estar condicionado à representação da vítima ou seu representante legal, ou, ainda, à requisição do Ministro da Justiça, em hipóteses expressamente elencadas pela lei penal.

A ação penal pública, portanto, pode ser **condicionada** ou **incondicionada**, em conformidade com o art. 100, § 1.º, do Código Penal: “A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça”.

No mesmo sentido o disposto pelo art. 24, *caput*, do Código de Processo Penal: “Nos crimes de ação pública, esta será promovida pelo Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”.

### 44.6.1. Princípios

A ação penal pública é regida pelos seguintes princípios:

1) **Oficialidade ou autoritariedade:** os órgãos responsáveis pela persecução penal são públicos, oficiais, e a eles é atribuída autoridade, uma vez que o Estado detém a titularidade exclusiva do direito de punir.

2) **Obrigatoriedade ou legalidade:** se estiverem presentes elementos suficientes à propositura da ação penal, não há discricionariedade por parte do Ministério Público, que deverá, obrigatoriamente, oferecer denúncia. Por esse motivo, diz o art. 24, *caput*, do Código de Processo Penal que “...



esta será promovida...”. Pela mesma razão, o arquivamento do inquérito policial há de ser necessariamente motivado (CPP, art. 28), dependendo de pedido expresso do *Parquet*, seguido do deferimento, igualmente explícito, da autoridade judiciária (CPP, art. 18, e Súmula 524 do STF). Em outras palavras, não há espaço no sistema processual brasileiro para o arquivamento implícito.<sup>9</sup>

Esse princípio é mitigado pela previsão contida no art. 98, I, da Constituição Federal, que permite a transação penal nas infrações penais de menor potencial ofensivo, cuja regulamentação se deu pelo art. 76, *caput*, da Lei 9.099/1995.

**3) Indivisibilidade:** a ação penal pública deve englobar todos os envolvidos (coautores e partícipes) na infração penal, regra que decorre do próprio princípio da obrigatoriedade. O Ministério Público, porém, não está obrigado a ofertar denúncia quando não houver elementos probatórios mínimos para demonstrar, sumariamente, a participação de uma determinada pessoa no ilícito penal. A exclusão de um agente, entretanto, deve ser suficientemente justificada, pedindo-se, no tocante a ele, o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação. Com interpretação divergente acerca do acima exposto, há autores que falam na **divisibilidade** da ação penal pública, no sentido de que o processo penal pode ser desmembrado, pois o oferecimento de denúncia contra um acusado não exclui a possibilidade futura de ação penal contra outros envolvidos, e, além disso, permite-se o aditamento da denúncia com a inclusão de corréu a qualquer tempo e ainda a propositura de nova ação penal contra agente não incluído em processo já sentenciado. No famoso “inquérito do mensalão”, assim se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

Também não procede a alegação de que a ausência de acusação contra dois supostos envolvidos – beneficiados por acordo de delação premiada – conduziria à rejeição da denúncia, por violação ao princípio da indivisibilidade da ação penal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido da inaplicabilidade de tal princípio à ação penal pública, o que, aliás, se depreende da própria leitura do art. 48 do Código de Processo Penal.<sup>10</sup>

**4) Indisponibilidade ou indesistibilidade:** depois de instaurada a ação penal, o Ministério Público não poderá dela desistir (CPP, art. 42), bem como lhe é vedado desistir de eventual recurso interposto (CPP, art. 576). Esse princípio é abrandado pelo instituto disciplinado pelo art. 89 da Lei 9.099/1995, que autoriza o *Parquet* a propor ao acusado, depois do oferecimento da denúncia, a suspensão condicional do processo, pelo prazo de dois a quatro anos, o qual, se decorrido integralmente sem revogação, implicará na extinção da punibilidade.

<sup>9</sup> HC 104.356/RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 19.10.2010, noticiado no *Informativo* 605.

<sup>10</sup> Inq. 2.245/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 28.08.2007.

5) **Intranscendência:** a ação penal somente pode ser ajuizada contra os supostos responsáveis pela prática da infração penal, não abrangendo seus sucessores ou eventuais responsáveis civis. Para a condenação dos responsáveis pela indenização, em se tratando de pessoas distintas dos envolvidos no ilícito penal, deverá ser proposta ação autônoma de conhecimento, em consonância com a legislação processual civil.

6) **Oficiosidade:** salvo no caso da ação pública condicionada, os órgãos encarregados pela persecução penal devem agir de ofício, independentemente de provocação.

7) **Suficiência:** a ação penal é capaz de solucionar, por si só, a questão prejudicial não ligada ao estado civil das pessoas. Logo, é prescindível aguardar a solução de qualquer outra questão no âmbito cível.

#### 44.6.2. Ação penal pública incondicionada

É a espécie de ação penal iniciada pelo Ministério Público, com o oferecimento de denúncia, que depende somente da existência de prova da materialidade e de indícios de autoria de um fato previsto em lei como infração penal.

A grande maioria das infrações penais pertence a essa categoria de ação penal. Consequentemente, sua pertinência é obtida por via residual, isto é, sempre que a lei não exigir a representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo (“somente se procede mediante representação”), a requisição do Ministro da Justiça, ou, ainda, indicar o cabimento de ação penal privada (“somente se procede mediante queixa”), o Ministério Público poderá oferecer denúncia, se presentes seus requisitos, independentemente de qualquer tipo de provocação.

#### 44.6.3. Ação penal pública condicionada

É condicionada a ação penal quando a lei expressamente exigir, como condição para o oferecimento da denúncia, a existência de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo, ou ainda, de requisição do Ministro da Justiça (CP, art. 100, § 1.º, e CPP, art. 24).

A necessidade de representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça visa proteger o ofendido, evitando que o escândalo do processo (*strepitus iudicii* ou *strepitus fori*) seja ainda mais prejudicial do que a ocorrência do crime em si.

##### 44.6.3.1. Representação do ofendido e requisição do Ministro da Justiça: natureza jurídica

Não há consenso doutrinário sobre o assunto.

Hélio Tornaghi as considerava condições objetivas de punibilidade,<sup>11</sup> enquanto Ada Pellegrini Grinover entende ser a representação uma parcela da possibilidade jurídica do pedido, já que, sem ela, a pretensão deduzida em juízo sequer pode ser admitida por ser juridicamente impossível.<sup>12</sup>

Para Fernando Capez<sup>13</sup> e Fernando da Costa Tourinho Filho,<sup>14</sup> a representação do ofendido ou de seu representante legal e a requisição do Ministro da Justiça são condições de procedibilidade.

Julio Fabbrini Mirabete, por sua vez, considera a representação e a requisição como condições suspensivas de procedibilidade, já que sem elas não pode ser proposta a ação penal pública.<sup>15</sup>

O Supremo Tribunal Federal entende tratar-se de **condição de procedibilidade**:

O oferecimento da representação, condição de procedibilidade da ação penal pública condicionada, não exige requisito formal, podendo ser suprida pela manifestação expressa da vítima ou de seu representante, no sentido do prosseguimento da ação penal contra o autor.<sup>16</sup>

#### 44.6.3.2. Representação do ofendido

##### 44.6.3.2.1. Conceito

A representação, também chamada de *delatio criminis postulatoria*, apresenta **duplo aspecto**: é, simultaneamente, autorização e pedido para que se possa iniciar a persecução penal nos casos exigidos em lei.

##### 44.6.3.2.2. Legitimados

Podem oferecer representação:

1) *O ofendido, quando maior de 18 anos* (CPP, art. 24).

O art. 34 do Código de Processo Penal, que traçava a legitimidade concorrente para representação entre o ofendido maior de 18 e menor de 21 anos de idade e seu representante legal, foi tacitamente revogado pelo art. 5.º do Código Civil de 2002, que não mais prevê a incapacidade relativa para tal faixa etária.

<sup>11</sup> TORNAGUI, Hélio. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1, p. 44.

<sup>12</sup> *Apud* DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assad. *Op. cit.*, p. 116.

<sup>13</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 121.

<sup>14</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 296-302.

<sup>15</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 98-99.

<sup>16</sup> HC 88.387/MT, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 10.10.2006.

De fato, o fundamento da concorrência na legitimidade era o desenvolvimento civil incompleto do menor de 21 anos de idade, que ainda não tinha plena compreensão dos seus direitos e deveres, o que não mais se admite na legislação civil ora em vigor.

2) *O procurador com poderes especiais* (CPP, art. 39, *caput*).

Não se exige seja o procurador advogado regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. Deve, porém, possuir poderes específicos para oferecer representação.

3) *O representante legal, se o ofendido for menor de 18 anos ou mentalmente enfermo* (CPP, art. 24, *caput*, c/c art. 33, aplicável por analogia).

4) *O curador especial, quando o ofendido for menor de 18 anos ou mentalmente enfermo, e não tiver representante legal ou os interesses deste colidirem com os daquele, nomeado de ofício pelo juiz ou a requerimento do Ministério Público* (CPP, art. 33, aplicável por analogia).

#### 44.6.3.2.3. Eficácia objetiva da representação

Uma vez oferecida representação contra um dos responsáveis pela infração penal, o Ministério Público poderá oferecer denúncia contra qualquer dos envolvidos, em obediência ao princípio da indivisibilidade da ação penal pública.

E, se operar-se a retratação em relação a qualquer deles, seus efeitos se estenderão a todos, por aplicação analógica do art. 49 do Código de Processo Penal.

#### 44.6.3.2.4. Prazo

O direito de representação poderá ser exercido no prazo de seis meses, contado a partir do dia em que o ofendido ou seu representante legal tomou ciência acerca da autoria da infração penal.

Decorrido esse prazo, com a omissão de quem tinha a prerrogativa de oferecer a representação, verificar-se-á a extinção da punibilidade pela decadência (CP, art. 107, IV, 2.<sup>a</sup> figura).

Na hipótese de curador especial, tal prazo é computado a partir da aceitação da nomeação para exercer o *munus* público, e não do conhecimento da autoria.

Com a morte do ofendido, e se ainda não tiver se esgotado o prazo decadencial, o direito de representação será transmitido ao CADI (cônjuge, ascendente, descendente ou irmão - CPP, art. 24, § 1.<sup>o</sup>). E, nos termos do art. 38, parágrafo único, do Código de Processo Penal, a decadência, nesse caso, ocorrerá no mesmo prazo.

A doutrina diverge em relação à compreensão da contagem do prazo decadencial no caso de transmissão às pessoas acima indicadas. Deve ser contado a partir do dia em que o ofendido soube quem é o autor do crime? Ou deve ser contado a partir da data em que as pessoas indicadas pelo art. 24, § 1.º, do Código de Processo Penal tomaram conhecimento da autoria?

Para uma primeira corrente, o termo inicial ou *a quo* é o conhecimento da autoria pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Para outra corrente, no entanto, os sucessores terão o prazo de seis meses para o exercício do direito de representação, contado a partir da data em que tomaram conhecimento da autoria. Se os sucessores, entretanto, já tinham ciência da autoria da infração penal à época em que o ofendido estava vivo, o prazo decadencial se iniciará a partir da morte do ofendido.

No tocante ao ofendido menor de 18 anos ou enfermo mental, o prazo não começa a correr enquanto não cessar a incapacidade ou a enfermidade. Com efeito, não se pode falar na perda de um direito impossível de ser exercido. Todavia, para o representante legal, o prazo tem início com o conhecimento da autoria.

#### 44.6.3.2.5. Representação na Lei 9.099/1995

Em relação às infrações penais de menor potencial ofensivo, isto é, as contravenções penais e os crimes com pena máxima em abstrato igual ou inferior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa, independentemente da existência de rito especial, deve ser seguido o procedimento definido pelo art. 72 e seguintes da Lei 9.099/1995, a saber:

- a) abre-se oportunidade para composição dos danos civis entre o ofendido e o autor do fato, no caso de ação penal iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação;
- b) se obtida a composição, sua homologação judicial importa na renúncia ao direito de queixa ou de representação, com a consequente extinção da punibilidade;
- c) se, contudo, não for obtida a composição dos danos civis, e em se tratando de ação penal pública condicionada à representação, será dada oportunidade ao ofendido ou ao seu representante legal para exercer o direito de representação, verbalmente, com posterior redução a termo. O não oferecimento da representação na audiência preliminar não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei (Lei 9.099/1995, art. 75, *caput* e parágrafo

único), prazo este definido, como regra, pelo art. 38 do Código de Processo Penal.

#### 44.6.3.2.6. Retratação da representação

Estatui o art. 102 do Código Penal: “A representação será irretratável depois de oferecida denúncia”.

Note-se que o dispositivo legal fala em **oferecimento** da denúncia, e não em recebimento. Assim, se o Ministério Público já ofereceu denúncia, mas o Poder Judiciário ainda não a recebeu formalmente, será vedada a retratação.

Na hipótese de retratação da representação, antes do oferecimento da denúncia, há dois entendimentos:

- 1) o juiz deve declarar a **extinção da punibilidade**, em que pese a ausência de previsão expressa pelo art. 107 do Código Penal; e
- 2) os autos devem permanecer em cartório, uma vez que antes do decurso do prazo decadencial será possível o oferecimento de nova representação, ou seja, a retratação da retratação.

Essa última posição se afigura mais acertada. De fato, evita a utilização, pelo ofendido ou seu representante legal, da representação como forma de vingança, chantagem ou qualquer outro meio escuso contra o suposto autor ou partícipe da infração penal, espécie de barganha que o Direito não pode tolerar.

A jurisprudência admite também a **retratação tácita da representação**, desde que demonstrada de forma inequívoca a prática de ato incompatível com o desejo de instaurar a persecução penal em juízo. Exemplo: a vítima de um crime de ameaça convida o apontado autor do fato para ser padrinho de seu filho.

O art. 104, *caput*, e seu parágrafo único, do Código Penal, entretanto, somente admitem essa possibilidade – retratação tácita – relativamente ao direito de queixa:

**Art. 104.** O direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado expressa ou tacitamente.

**Parágrafo único.** Importa renúncia tácita ao direito de queixa a prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo; não a implica, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime.

#### 44.6.3.2.7. Forma

A representação **independe de forma especial**. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que é suficiente a demonstração inequívoca da intenção do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo em iniciar a ação penal.

No caso de vítima menor de 18 anos, admite-se seja a representação ofertada por qualquer pessoa que exerça sua guarda de fato, ou ainda por quem o sustente materialmente, com o propósito de evitar a impunidade do responsável pela prática da infração penal.

#### 44.6.3.2.8. Requisição do Ministro da Justiça

Cuida-se de **condição de procedibilidade** consistente em ato de natureza administrativa e política, revestido de *discricionariedade*, pois há crimes em que a viabilidade de propositura da ação penal depende de um juízo de conveniência e oportunidade por parte do Ministro da Justiça.

As hipóteses de ação penal pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça no Código Penal são: a) crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do território nacional (art. 7.º, § 3.º, “b”); e b) crimes contra a honra praticados contra o Presidente da República e contra chefe de governo estrangeiro (art. 141, I, c/c o art. 145, parágrafo único).

Há, ainda, a hipótese prevista no art. 31, IV, da Lei 7.170/1983 – Crimes contra a Segurança Nacional: “Art. 31. Para apuração de fato que configure crime previsto nesta Lei, instaurar-se-á inquérito policial, pela Polícia Federal: (...) IV – mediante requisição do Ministro da Justiça”.

#### 44.6.3.2.9. Prazo

A legislação não impõe prazo *decadencial* para o oferecimento da requisição do Ministro da Justiça. Dessa forma, pode ser lançada a qualquer tempo, desde que não tenha ocorrido a extinção da punibilidade, pela prescrição ou qualquer outra causa.

#### 44.6.3.2.10. Retratação da requisição

O direito positivo não previu a retratação da requisição. A doutrina, entretanto, apresenta dois posicionamentos:

- 1.º) A requisição do Ministro da Justiça é ato administrativo e político de caráter *discricionário*. Pode, portanto, ser revogado, se não subsis-

tirem os motivos de conveniência e oportunidade que a ensejaram,<sup>17</sup> até o oferecimento da denúncia; e

- 2.º) Não se admite a retratação, seja por falta de previsão legal, seja pela seriedade de que deve revestir-se o ato, mormente diante da ausência de prazo decadencial para seu oferecimento, o que proporciona tempo suficiente para reflexão acerca do seu cabimento.

#### 44.6.3.2.11. Não vinculação da requisição

A palavra requisição significa ordem, mandamento, de modo que seu destinatário está obrigado a cumpri-la. Nesse sentido, o Ministério Público e a autoridade judiciária requisitam à autoridade policial a instauração de inquérito policial (CPP, art. 5.º, II, 1.ª parte).

Questiona-se: Com a requisição do Ministro da Justiça, estará o Ministério Público obrigado a oferecer denúncia?

Imagine-se a hipotética situação em que alguém se refira ao Presidente da República como “apreciador de bebidas alcoólicas”. O chefe do Poder Executivo Federal, sentindo-se ofendido em sua honra subjetiva, determina ao Ministro da Justiça o endereçamento de requisição ao Ministério Público, para que a pessoa indicada como autora do delito seja denunciada pela prática de injúria. Nesse caso, ainda que entenda o representante do “Parquet” não ocorrida a tipicidade do crime definido pelo art. 140 do Código Penal, deverá oferecer denúncia?

A resposta é não, obviamente.

Com efeito, essa requisição é incompatível com a independência funcional, princípio institucional do Ministério Público, na forma do art. 127, § 1.º, da Constituição Federal.

Desse modo, os dispositivos legais que se referem à requisição do Ministro da Justiça devem ser interpretados em conformidade com a época em que foram editados, especialmente os do Código de Processo Penal, de 1941, em que o Ministério Público não tinha o perfil constitucional atual. Ao contrário, era um mero ramo do Poder Executivo, o que se justificava com a expressão “requisição do Ministro da Justiça”, pois o *Parquet* a ele estava hierarquicamente vinculado.

A partir da Constituição de 1988, entretanto, a palavra requisição deve ser compreendida como **representação**.

<sup>17</sup> ROMEIRO, Jorge Alberto. *Da ação penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 125.



## 44.7. AÇÃO PENAL PRIVADA

Diz-se privada a ação penal cuja legitimidade para sua propositura pertence ao ofendido ou a quem legalmente o represente, quando aquele for menor de 18 anos ou mentalmente enfermo. É iniciada com o oferecimento de **queixa-crime**, a qual deve conter os mesmos elementos da denúncia (CPP, art. 41).

Poucos crimes são processados por meio de ação penal privada, e, vale recordar, tais casos são expressamente indicados pela lei. No Código Penal, podem ser lembrados os exemplos dos crimes tipificados pelos arts. 184 a 186, 236 e 345 (sem emprego de violência), entre outros.

### 44.7.1. Prazo

A queixa-crime deve ser ajuizada no prazo de seis meses, contado a partir da data em que o ofendido ou seu representante legal tomar conhecimento da autoria da infração penal (CPP, art. 38).

Esse prazo é **decadencial**. Não se prorroga por força de domingos, feriados ou férias, e deve ser incluído em seu cômputo o dia do começo, excluindo-se o dia do final, em consonância com a regra traçada pelo art. 10 do Código Penal.

O art. 38 do Código de Processo Penal, ao utilizar a expressão "salvo disposição em contrário", admite a existência de prazos diferenciados, tal como se dá no crime definido pelo art. 236 do Código Penal e nos crimes de ação penal privada contra a propriedade imaterial que deixam vestígios (CPP, art. 529, *caput*).

### 44.7.2. Princípios

A ação penal privada é regida pelos seguintes princípios:

**1) Oportunidade ou conveniência:** o ofendido tem liberdade para iniciar a ação penal. Pode ou não fazê-lo, a seu exclusivo critério.

A renúncia tácita ou expressa ao direito de queixa encontra previsão nos arts. 50 e 57 do Código de Processo Penal. Contudo, a renúncia contra um dos autores do crime a todos se estenderá (CPP, arts. 48 e 49).

O art. 74, parágrafo único, da Lei 9.099/1995 contém mais uma hipótese de renúncia ao direito de queixa, quando a composição dos danos civis causados pela infração de menor potencial ofensivo for homologada em juízo.

**2) Disponibilidade:** decorre do princípio da oportunidade, e permite ao ofendido ou representante legal a possibilidade de desistir da ação penal ou do recurso eventualmente interposto.

Pode ainda o querelante desistir da ação penal, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, valendo-se dos institutos do perdão aceito e da perempção (CPP, arts. 51 e 60).

**3) Indivisibilidade:** a queixa-crime contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público zelará pela sua indivisibilidade (CPP, art. 48). Portanto, o ofendido ou representante legal pode escolher entre ajuizar ou não a queixa-crime. Não é cabível, todavia, optar por oferecê-la somente contra um ou outro envolvido na infração penal. Como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

O direito de queixa é indivisível; assim, a queixa contra qualquer autor do crime obrigará ao processo de todos os envolvidos (art. 48 do CPP). Consequentemente, o ofendido não pode limitar a acusação a este ou aquele autor da conduta tida como delituosa. Não observar o princípio da indivisibilidade da ação penal, que torna obrigatória a formulação da queixa contra todos os autores, coautores e partícipes do crime, além de acarretar a renúncia ao direito de queixa a todos, é causa da extinção da punibilidade (art. 107, V, do CP).<sup>15</sup>

No tocante à possibilidade de o Ministério Público aditar a queixa-crime para incluir eventuais coautores ou partícipes, há três posições acerca do assunto:

**1.ª posição:** O Ministério Público não pode fazê-lo, uma vez que estaria invadindo a legitimação do ofendido ou de seu representante legal.

**2.ª posição:** O aditamento é possível e expressamente previsto no art. 46, § 2.º, do Código de Processo Penal: “O prazo para aditamento da queixa será de 3 (três) dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos, e, se este não se pronunciar dentro do tríduo, entender-se-á que não tem o que aditar, prosseguindo-se nos demais termos do processo”.

**3.ª posição:** O Ministério Público não pode aditar a queixa-crime. E, além disso, a inicial acusatória deve ser rejeitada, em razão da renúncia tácita com relação aos não incluídos, uma vez que referida causa de extinção da punibilidade se comunica aos demais (CPP, art. 49).

**4) Intranscendência:** a ação penal privada somente pode ser proposta contra os autores ou partícipes da infração penal, não abrangendo seus sucessores ou eventuais responsáveis civis.

<sup>15</sup> RHC 26.752/MG, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 18.02.2010, noticiado no *Informativo* 423.

### 44.7.3. Espécies

#### 44.7.3.1. *Ação penal exclusivamente privada ou ação penal privada propriamente dita*

A legitimidade para ajuizamento da queixa-crime é do ofendido, se maior de 18 anos e capaz. Se for menor de 18 anos ou mentalmente enfermo, poderá ser proposta por seu representante legal (CPP, art. 30).

No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (CPP, art. 31).

Se o ofendido for menor de 18 anos, ou mentalmente enfermo, e não tiver representante legal, ou colidirem os interesses deste com os daquele, o direito de queixa poderá ser exercido por curador especial, nomeado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, pelo juiz competente para o processo penal (CPP, art. 33).

#### 44.7.3.2. *Ação penal privada personalíssima*

Nessa modalidade de ação penal, a lei confere exclusivamente ao ofendido a titularidade do direito de queixa, intransmissível mesmo na hipótese do seu falecimento. Também não é possível a nomeação de curador especial ao incapaz, nem o oferecimento de queixa-crime pelo seu representante legal.

O único exemplo de ação penal privada personalíssima subsistente em nosso ordenamento jurídico é o crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento, tipificado pelo art. 236 do Código Penal:

**Art. 236.** Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

**Parágrafo único.** A ação penal depende de queixa do contraente enganado e não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.

A capacidade civil por emancipação ou pelo casamento não altera a impossibilidade de oferecer queixa. Destarte, o prazo decadencial apenas passará a fluir quando cessar a incapacidade penal, ou seja, quando o ofendido completar 18 anos de idade.

#### 44.7.3.3. *Ação penal privada subsidiária da pública*

De acordo com o art. 100, § 3.º, do Código Penal: “A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal”.

O direito à ação penal privada subsidiária da pública foi erigido à categoria de direito fundamental pelo art. 5.º, LIX, da Constituição Federal: “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”.

Em caso de inércia do Ministério Público, o ofendido ou representante legal pode oferecer **queixa subsidiária**, no prazo de seis meses, contados do termo final do prazo para oferecimento da denúncia.

Nesse caso, o Ministério Público poderá aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os atos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal (CPP, art. 29).

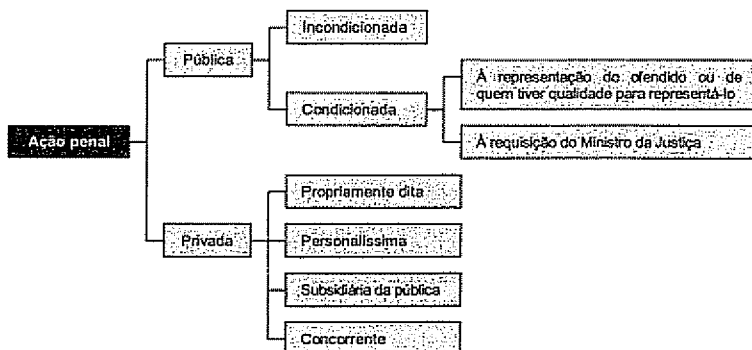
Após o prazo de seis meses, cessa a possibilidade de ação privada subsidiária, nada obstante o *Parquet* ainda possa oferecer denúncia enquanto não extinta a punibilidade do agente, uma vez que a ação não perde seu caráter público.

Cumpra frisar que a ação privada subsidiária tem cabimento apenas na **inércia do Ministério Público**. Dessa forma, não é admitida quando o *Parquet* solicitar o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação ou requisitar a realização de novas diligências para elucidar a materialidade do fato ou sua autoria

#### 44.7.3.4. Ação penal privada concorrente

Também se admite a ação penal privada concorrente, no tocante aos crimes contra a honra praticados contra funcionário público em razão de suas funções. Faculta-se ao ofendido escolher entre ajuizar a ação penal privada ou então oferecer representação autorizando o Ministério Público a exercer a ação penal pública condicionada à representação.

Nos termos da Súmula 714 do Supremo Tribunal Federal: “É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções”.



#### 44.8. AÇÃO PENAL NOS CRIMES COMPLEXOS

Para o art. 101 do Código Penal: “Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público”.

Crimes complexos são aqueles que resultam da fusão de dois ou mais tipos penais. Exemplos: roubo (furto + lesão corporal ou ameaça), latrocínio (roubo + homicídio) e extorsão mediante sequestro (extorsão + sequestro).

Destarte, o crime que resulta da união de dois outros será de ação penal pública, desde que um deles pertença a esta categoria, ainda que seja o outro de ação penal privada.

Como, porém, a lei sempre indica expressamente as hipóteses de crime de ação penal privada, essa regra é inócua e absolutamente desnecessária.

#### 44.9. AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL, CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL E CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL

Na redação original do Código Penal, os então denominados “crimes contra os costumes”, em regra, eram de ação penal privada (CP, antigo art. 225, § 1.º).

Eram, entretanto, de ação penal pública condicionada se a vítima ou seus pais não podiam prover às despesas do processo, sem privar-se dos recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família (CP, antigo art. 225, §§ 1.º, I, e 2.º).

E, ainda, eram de ação penal pública incondicionada **na hipótese de crime cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador** (CP, antigo art. 225, § 1.º, II).

Vale ainda lembrar que, com base na revogada sistemática dos crimes contra os costumes, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 608: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”. Violência real é a violência propriamente dita, isto é, o emprego de força física contra a vítima.

Esta súmula – instituída em época na qual o crime de lesão corporal, de qualquer modalidade, era de ação penal pública incondicionada – estava em consonância com a regra contida no art. 101 do Código Penal. Com a superveniência da Lei 9.099/1995, especialmente de seu art. 88, discutiu-se a viabilidade de manutenção da súmula mencionada, uma vez que o crime de lesão corporal de natureza leve passou a ser de ação penal pública condicio-

nada. Logo, o estupro com violência real, consistente em lesão leve, deveria ser processado por meio de ação penal pública condicionada.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, optou em julgado de 2002 por preservar o entendimento estampado na Súmula 608. Confira-se:

O advento da Lei 9.099/1995 não alterou a Súmula STF 608 que continua em vigor. O estupro com violência real é processado em ação pública incondicionada. Não importa se a violência é de natureza leve ou grave (HC 82.206/SP, rel. Min. Nelson Jobim, j. 08.10.2002).

Tudo mudou, porém, com a entrada em vigor da Lei 12.015/2009, responsável, entre outras medidas, pela alteração do Título VI da Parte Especial do Código Penal – Crimes contra a Dignidade Sexual.

Uma das principais alterações promovidas pelo citado diploma legal refere-se ao instituto da ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos crimes sexuais contra vulnerável, ou seja, pessoa menor de 14 anos de idade ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Agora, a ação penal em tais crimes é, em regra, pública condicionada à representação; e, nos casos de vítima menor de 18 anos ou pessoa vulnerável, a ação penal é pública incondicionada (CP, art. 225 e p. único).

Fica nítida, portanto, a modificação da política criminal no campo dos crimes sexuais. Afasta-se a ação penal privada (salvo em caso de inércia do *Parquet* relativamente à ação penal privada subsidiária da pública), outrora justificada pela proteção da intimidade da vítima, evitando-se o escândalo do processo criminal.

De fato, a ação penal passa a ser pública condicionada à representação, conferindo aos crimes sexuais maior coerência. Se o ofendido deseja preservar sua intimidade, sendo pessoa adulta e capaz, basta não representar. Porém, fazendo-o, caberá ao Ministério Público agir. Por outro lado, elimina-se a discussão sobre o estado de pobreza da pessoa ofendida, tutelando-se com especial ênfase o vulnerável.

Em razão disso, não há razão técnica para manutenção da súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, isto é, em caso de estupro de pessoa maior e capaz, ainda que praticado com violência real, a ação penal é pública condicionada à representação, em face da expressa determinação legal.<sup>19</sup>

É importante destacar que, inclusive no estupro qualificado pela lesão grave ou pela morte (CP, art. 213, §§ 1.º e 2.º), a ação penal é normalmente pública condicionada à representação. Este crime, em qualquer das formas qualificadas, insere-se entre os delitos contra a dignidade sexual, e não entre

<sup>19</sup> Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: RT, 2009. p. 62-63.

os crimes contra a vida, em face do tratamento dispensado pelo legislador, que o inseriu no Título VI da Parte Especial do Código Penal, e não em seu Título I (Crimes contra a Pessoa).

Como se não bastasse, desponta como inaplicável a regra geral da ação penal no crime complexo (CP, art. 101), em face da disposição específica contida no art. 225 do Código Penal, com a redação conferida pela Lei 12.015/2009.

Com efeito, o art. 225, *caput*, do Código Penal menciona textualmente que, “nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação”, e tais formas qualificadas de estupro encontram-se nos capítulos indicados pelo citado artigo de lei.

Há vozes, contudo, sustentando a pertinência da ação penal pública incondicionada para o estupro qualificado pela morte, pois, em muitos casos, não possuindo a vítima parentes para oferecer a representação perante a autoridade policial ou em juízo, o autor do crime sexual permaneceria impune. Este raciocínio, embora razoável, é incompatível com a regra contida no art. 225 do Código Penal.

Vale destacar, finalmente, que a Procuradoria Geral da República ajuizou no Supremo Tribunal Federal a ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade – n.º 4103, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do art. 225, *caput*, do Código Penal, com redação dada pela Lei 12.015/2009, para o fim de serem os crimes contra a dignidade sexual (notadamente o estupro) processados mediante ação penal pública incondicionada. A tese do Procurador-Geral da República repousa basicamente na violação da dignidade da pessoa humana e do princípio da proibição da proteção deficiente dos direitos fundamentais pelo Estado no campo dos crimes sexuais.<sup>20</sup>

#### 44.10. AÇÃO PENAL E CRIME DE LESÃO CORPORAL PRATICADO COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Nos crimes de lesões corporais com violência doméstica e familiar contra a mulher, em todas as suas modalidades (inclusive de natureza leve e culposa), a ação penal é pública incondicionada. Esta é a nossa posição.

As lesões leves e culposas, no plano histórico, sempre foram consideradas crimes de ação penal pública incondicionada pelo direito brasileiro. Todavia, com a entrada em vigor da Lei 9.099/1995, elas foram transformadas pelo seu art. 88 em delitos de ação penal pública condicionada à representação do ofendido ou de seu representante legal.

Esse panorama foi alterado com a Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha –, pois estabelece seu art. 41: “Aos crimes praticados com violência

<sup>20</sup> Para um estudo aprofundado do assunto: MACHADO, Martha de Toledo. *Proibições de excesso e proteção insuficiente no direito penal*. São Paulo: Verbatim, 2009.

doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

Portanto, como não se aplicam as disposições da Lei 9.099/1995, afasta-se a incidência do seu art. 88, e os crimes de lesões corporais de natureza leve e culposa voltam a ser de ação penal pública incondicionada, exclusivamente quando cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher.

Além disso, podem ser apontados outros argumentos que justificam essa posição:

- 1) o art. 88 da Lei 9.099/1995 foi derogado em relação à Lei Maria da Penha, em razão de o art. 41 deste diploma legal ter expressamente afastado a aplicação, por inteiro, daquela lei ao tipo descrito no art. 129, § 9.º, do CP;
- 2) isso se deve ao fato de que as referidas leis possuem escopos diametralmente opostos. Enquanto a Lei dos Juizados Especiais busca evitar o início do processo penal, que poderá culminar em imposição de sanção ao agente, a Lei Maria da Penha procura punir com maior rigor o agressor que age às escondidas nos lares, pondo em risco a saúde de sua família;
- 3) a Lei 11.340/2006 procurou criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra as mulheres nos termos do § 8.º do art. 226 e do art. 227, ambos da CF/1988, daí não se poder falar em representação quando a lesão corporal culposa ou dolosa simples atingir a mulher, em casos de violência doméstica, familiar ou íntima; e
- 4) ademais, até a nova redação do § 9.º do art. 129 do CP, dada pelo art. 44 da Lei 11.340/2006, impondo pena máxima de três anos à lesão corporal leve qualificada praticada no âmbito familiar, corrobora a proibição da utilização do procedimento dos Juizados Especiais, afastando assim a exigência de representação da vítima.<sup>21</sup>

Há, entretanto, quem acredite que os delitos de lesão corporal de natureza leve e lesão corporal culposa, quando praticados com violência doméstica ou familiar contra a mulher, subsistem como crimes de ação penal pública condicionada. Fundamentam esse raciocínio no art. 16 da Lei 11.340/2006: “Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público”.

<sup>21</sup> STJ: HC 96.992-DF, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), 6.ª Turma, j. 12.08.2008, noticiado no *Informativo* 363.



Para quem compartilha de tal opinião, tais crimes ainda são de ação penal pública condicionada, pois em caso contrário não haveria razão para a lei falar em renúncia à representação.

Inicialmente, a 6.<sup>a</sup> Turma do Superior Tribunal de Justiça orientou-se no sentido de que a lesão corporal leve e a lesão corporal culposa, quando cometidas com violência doméstica ou familiar contra a mulher, seriam crimes de ação penal pública incondicionada, em decorrência da regra delineada pelo art. 41 da Lei 11.340/2006.<sup>22</sup> Posteriormente, contudo, operou-se modificação jurisprudencial, para o fim de inserir tais modalidades de lesão corporal no rol dos delitos de ação penal pública condicionada, seja pela redação do art. 16 da Lei 11.340/2006, seja por questões de política criminal. Vejamos:

A Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, concedeu a ordem de *habeas corpus*, mudando o entendimento quanto à representação prevista no art. 16 da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Considerou que, se a vítima só pode retratar-se da representação perante o juiz, a ação penal é condicionada. Ademais, a dispensa de representação significa que a ação penal teria prosseguimento e impediria a reconciliação de muitos casais.<sup>23</sup>

#### 44. II. QUESTÕES

1. (178.<sup>o</sup> Juiz de Direito – TJ/SP) Quanto às ações públicas e privadas, é falso afirmar que
  - (A) o direito de representação, nas ações públicas condicionadas, é retratável a qualquer tempo, justamente ante a exigência do requisito volitivo.
  - (B) a representação não tem força obrigatória quanto ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.
  - (C) em relação à ação pública incondicionada, não se opera a decadência.
  - (D) nas ações públicas incondicionadas, se o Ministério Público não oferecer denúncia no prazo legal, o ofendido pode intentar ação penal subsidiária.
2. (Delegado de Polícia/SP – 2001) A ação penal, nos crimes complexos, via de regra será:
  - (A) pública incondicionada;
  - (B) pública condicionada;
  - (C) privada;
  - (D) pública, subsidiária da ação privada.

<sup>22</sup> HC 108.805/MS, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), 6.<sup>a</sup> Turma, j. 03.02.2009, noticiado no *Informativo* 382; e HC 108.098-FE, rel. originário Min. Nilson Naves, rel. para acórdão Min. Paulo Gallotti, 6.<sup>a</sup> Turma, j. 23.09.2008, noticiado no *Informativo* 369.

<sup>23</sup> HC 113.608/MG, rel. originário Min. Og Fernandes, rel. para acórdão Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), 6.<sup>a</sup> Turma, j. 05.03.2009, noticiado no *Informativo* 385.

3. (Defensoria Pública/MG – FUMARC/2009) Se o crime de estelionato é praticado em prejuízo de um irmão, a ação penal será:
- (A) Pública, mas condicionada a representação.
  - (B) Pública plena.
  - (C) Privada.
  - (D) Pública plena, mas poderá ser privada subsidiária excepcionalmente.
  - (E) Pública e iniciada por representação da vítima.
4. (Magistratura SC/2009) Assinale a alternativa INCORRETA:
- (A) Depende da aceitação do querelado a extinção da punibilidade pelo perdão do ofendido.
  - (B) No julgamento das apelações o Tribunal poderá proceder a novo interrogatório do acusado.
  - (C) O Ministério Público poderá desistir da ação penal.
  - (D) Não pode ser incluído na lista geral de jurados aquele que tiver integrado o Conselho de Sentença nos últimos 12 meses antecedentes à publicação daquela.
  - (E) No primeiro grau a carta testemunhável será requerida ao escrivão.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

**Obs.:** Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no site [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

## EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Sumário: 45.1. Introdução – 45.2. O art. 107 do Código Penal – 45.3. Momento de ocorrência: antes ou depois do trânsito em julgado da condenação – 45.4. Efeitos – 45.5. Extinção da punibilidade nos crimes acessórios, complexos e conexos – 45.6. Análise do art. 107 do Código Penal: 45.6.1. Morte do agente (inciso I); 45.6.2. Anistia, graça e indulto (inciso II); 45.6.3. *Abolitio criminis* (inciso III); 45.6.4. Prescrição, decadência e preempção (inciso IV); 45.6.5. Renúncia ao direito de queixa ou perdão aceito nos crimes de ação privada (inciso V); 45.6.6. Retratação do agente, nos casos em que a lei a admite (inciso VI); 45.6.7. Inciso VII – Revogado pela Lei 11.106/2005; 45.6.8. Inciso VIII – Revogado pela Lei 11.106/2005; 45.6.9. Perdão judicial (inciso IX) – 45.7. Questões.

### 45.1. INTRODUÇÃO

Praticado um crime ou uma contravenção penal, nasce automaticamente a **punibilidade**, compreendida como a **possibilidade jurídica de o Estado impor uma sanção penal ao responsável (autor, coautor ou partícipe) pela infração penal**.

A punibilidade consiste, pois, em **consequência da infração penal**. Não é seu elemento, razão pela qual o crime e a contravenção penal permanecem íntegros com a superveniência de causa extintiva da punibilidade. Desaparece do mundo jurídico somente o poder punitivo estatal; o Estado não pode mais punir, nada obstante a existência concreta e inapagável de um ilícito penal.

Em hipóteses excepcionais, entretanto, a extinção da punibilidade elimina a própria infração penal. Esse fenômeno somente é possível com a *abolitio criminis* e com a anistia, pois os seus efeitos possuem força para rescindir inclusive eventual sentença penal condenatória.

De fato, a *abolitio criminis* funciona como **causa superveniente de extinção da tipicidade**, pois a nova lei torna atípico o fato até então incriminado. De seu turno, a **anistia**, por ficção legal e por força de sua eficácia

retroativa, provoca a **atipicidade temporária do fato** cometido pelo agente, resultando na exclusão da infração penal.

Isso se justifica pelo fato de tanto a *abolitio criminis* como a anistia serem veiculadas por meio de lei ordinária, de igual natureza àquela que no passado instituiu o crime ou a contravenção penal. Com efeito, se uma lei criou a infração penal, nada impede sejam os seus efeitos apagados por outra lei de igual hierarquia no universo jurídico.

## 45.2. O ART. 107 DO CÓDIGO PENAL

É unânime o entendimento doutrinário no sentido de ser **exemplificativo** o rol do art. 107 do Código Penal, o qual contém em seu interior algumas causas de extinção da punibilidade admitidas pelo Direito Penal brasileiro. Em verdade, diversas outras causas extintivas podem ser encontradas no Código Penal e na legislação especial, destacando-se:

- a) término do período de prova, sem revogação, do *sursis*, do livramento condicional e da suspensão condicional do processo (Lei 9.099/1995, art. 89);
- b) escusas absolutórias (CP, arts. 181 e 348, § 2.º);
- c) reparação do dano, no peculato culposo, efetivada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (CP, art. 312, § 3.º);
- d) pagamento do tributo ou contribuição social nos crimes contra a ordem tributária (Lei 10.684/2003, art. 9.º);
- e) confissão espontânea e pagamento das contribuições, importâncias ou valores e prestação das informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal, nos crimes de apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária (CP, arts. 168-A, § 2.º, e 337-A, § 1.º);
- f) anulação do primeiro casamento em crime de bigamia (CP, art. 235);
- g) conciliação efetuada em relação aos crimes contra a honra, nos termos do art. 520 do Código de Processo Penal;
- h) morte do cônjuge ofendido no crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (CP, art. 236), por se tratar de ação penal privada personalíssima; e
- i) cumprimento integral do acordo de leniência, relativamente aos crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei 8.137/1990 (Lei 8.884/1994, art. 35-B).

### 45.3. MOMENTO DE OCORRÊNCIA ANTES OU DEPOIS DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO

As causas de extinção da punibilidade podem alcançar a pretensão punitiva (interesse do Estado em aplicar a sanção penal: surge com a prática da infração penal) ou a pretensão executória (interesse do Estado em exigir o cumprimento de uma sanção penal já imposta: nasce com o trânsito em julgado da condenação), conforme ocorram antes ou depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Quanto àquelas previstas no art. 107 do Código Penal, algumas causas extintivas atacam exclusivamente a **pretensão punitiva**. São elas: decadência, perempção, renúncia do direito de queixa, perdão aceito, retratação do agente e perdão judicial.

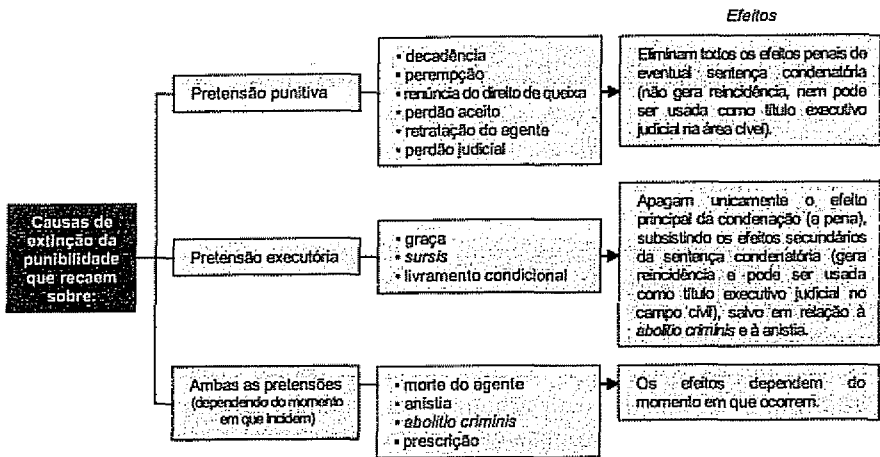
Por outro lado, duas outras causas atingem apenas a **pretensão executória**: indulto (pelo texto da Lei de Execução Penal, pois o STF, como se verá, admite o indulto antes do trânsito em julgado da condenação) e graça. Além disso, o *sursis* e o livramento condicional, previstos fora do art. 107 do Código Penal, afetam exclusivamente a pretensão executória, em face do término do período de prova sem revogação.

Finalmente, as causas de extinção da punibilidade remanescentes podem direcionar-se tanto contra a pretensão punitiva como, também, contra a pretensão executória, dependendo do momento em que ocorrerem, isto é, antes ou depois da condenação definitiva. Incluem-se nessa relação a morte do agente, a anistia, a *abolitio criminis* e a prescrição.

### 45.4. EFEITOS

As causas de extinção da punibilidade que atingem a pretensão punitiva eliminam todos os efeitos penais de eventual sentença condenatória já proferida. Destarte, esse ato judicial não serve como pressuposto da reincidência, nem pode ser usado como título executivo judicial na área cível.

Por sua vez, as causas extintivas que afetam a pretensão executória, salvo nas hipóteses de *abolitio criminis* e anistia, apagam unicamente o efeito principal da condenação, é dizer, a pena. Subsistem os efeitos secundários da sentença condenatória: pressuposto da reincidência e constituição de título executivo judicial no campo civil.



#### 45.5. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NOS CRIMES ACESSÓRIOS, COMPLEXOS E CONEXOS

Estabelece o art. 108 do Código Penal: “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”.

**Crime acessório**, também denominado de **crime de fusão** ou **parasitário**, é aquele cuja existência depende da prática anterior de outro crime, chamado de **principal**. A extinção da punibilidade do crime principal não se estende ao crime acessório. Exemplo: o crime de lavagem de dinheiro (Lei 9.613/1998, art. 1.º) será punível mesmo com a extinção do tráfico de drogas que permitiu a sua prática.

**Crime complexo**, por sua vez, é aquele que resulta da união de dois ou mais crimes. A extinção da punibilidade da parte (um dos crimes) não alcança o todo (crime complexo). Exemplo: eventual prescrição do roubo não importa na automática extinção da punibilidade do latrocínio.

**Crime conexo**, finalmente, é o praticado para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime. É o que se dá com o indivíduo que, para vender drogas, mata um policial que o investigava. A ele serão imputados os crimes de homicídio qualificado pela conexão (CP, art. 121, § 2.º, V) em concurso material com o tráfico de drogas (Lei 11.343/2006, art. 33). E de acordo com o art. 108 do Código Penal, ainda que ocorra a prescrição do tráfico de drogas, subsiste, no tocante ao homicídio, a qualificadora da conexão.

## 45.6. ANÁLISE DO ART. 107 DO CÓDIGO PENAL

### 45.6.1. Morte do agente (inciso I)

Extingue-se a punibilidade pela morte do agente (art. 107, I, do CP). Essa opção legislativa tem dois fundamentos: (1) o **princípio da personalidade da pena**: a pena não pode passar da pessoa do condenado (CF, art. 5.º, XLV, 1.ª parte); e (2) o brocardo de justiça pelo qual a morte tudo apaga (*mors omnia solvit*).

Essa regra alcança todas as espécies de penas (privativa de liberdade, restritiva de direitos e multa), além dos efeitos penais da sentença condenatória. Excepcionam-se, porém, por expressa disposição constitucional, a obrigação de reparar o dano, até os limites das forças da herança, e a decretação do perdimento de bens.

E como bem observa Júlio Fabbrini Mirabete, essa mesma regra se estende à pessoa jurídica, podendo a obrigação ser transferida à sua sucessora,<sup>1</sup> relativamente aos crimes que podem por ela ser praticados.

Mas se a morte do agente ocorrer após o trânsito em julgado da condenação, subsistem os efeitos secundários **extrapenais**, autorizando a execução da sentença penal no juízo cível contra os seus herdeiros.

A expressão “agente” foi empregada em sentido amplo, significando “indiciado”, “réu”, “sentenciado”, “condenado” ou “reeducando”, pois essa causa de extinção da punibilidade pode ocorrer em qualquer etapa da persecução penal, ou seja, da instauração do inquérito policial até o término da execução da pena.

Cuida-se de **causa personalíssima**, razão pela qual não se comunica aos demais coautores e partícipes, que respondem normalmente pela infração penal.

O art. 62 do Código de Processo Penal é claro ao exigir seja a prova da morte efetuada exclusivamente com a **certidão de óbito**. Alguns doutrinadores, tais como Néelson Hungria e Magalhães Noronha, entendiam que a declaração judicial de ausência (Código Civil, art. 6.º) ou da extrema probabilidade de morte de quem estava em perigo de vida ou prisioneiro ou desaparecido em campanha não encontrado até dois anos após o término da guerra (Código Civil, art. 7.º) teria o mesmo efeito de extinção da punibilidade.<sup>2</sup>

Essas propostas, entretanto, não têm amparo legal. Com efeito, em caso de morte do acusado, o juiz, somente à vista da certidão de óbito,

<sup>1</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. Parte geral. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1, p. 402.

<sup>2</sup> HUNGRIA, Néelson. *Novas questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Forense, 1945. p. 108. NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 1, p. 396.

e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade (CPP, art. 62).

Discute-se o que pode ser feito se, com fundamento em certidão de óbito falsa, foi declarada a extinção da punibilidade. Surgiram dois posicionamentos distintos:

- 1.<sup>a</sup> *posição*: o réu pode ser processado somente pelo crime de falso, pois o ordenamento jurídico brasileiro não contempla a revisão criminal *pro societate*. É a posição dominante em sede doutrinária; e
- 2.<sup>a</sup> *posição*: poderá haver revogação da decisão judicial, pois a declaração com falso fundamento não faria coisa julgada em sentido estrito. Em verdade, trata-se de decisão judicial inexistente, inidônea a produzir os efeitos inerentes à autoridade da coisa julgada. Se não bastasse, o sujeito não pode ser beneficiado pela sua própria torpeza, e a formalidade não há de ser levada ao ponto de tornar imutável uma decisão lastreada em uma falsidade. É a posição do Supremo Tribunal Federal<sup>3</sup> e também do Superior Tribunal de Justiça.<sup>4</sup>

#### 45.6.2. Anistia, graça e indulto (inciso II)

Anistia, graça e indulto são modalidades de indulgência soberana emanadas de órgãos estranhos ao Poder Judiciário, que dispensam, em determinadas hipóteses, a total ou parcial incidência da lei penal. Concretizam a renúncia do Estado ao direito de punir.

Embora advenham de órgãos alheios ao Poder Judiciário, a anistia, a graça e o indulto somente acarretam na extinção da punibilidade de seu destinatário após acolhimento por decisão judicial.

Essas causas extintivas da punibilidade têm lugar em crimes de ação penal pública (incondicionada e condicionada) e de ação penal privada. De fato, nesses últimos o Estado transferiu ao particular unicamente a titularidade para iniciativa da ação penal, mantendo sob seu controle o direito de punir, capaz de ser renunciado pelos institutos ora em análise.

##### 45.6.2.1. Anistia

Anistia é a exclusão, por lei ordinária com efeitos retroativos, de um ou mais fatos criminosos do campo de incidência do Direito Penal.

<sup>3</sup> "A decisão que, com base em certidão de óbito falsa, julga extinta a punibilidade do réu pode ser revogada, dado que não gera coisa julgada em sentido estrito" (HC 84.525/MG, rel. Min. Carlos Velloso, 2.<sup>a</sup> Turma, j. 16.11.2004).

<sup>4</sup> HC 143.474/SP, rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), 6.<sup>a</sup> Turma, j. 06.05.2010, noticiado no *Informativo* 433. E ainda: "O desfazimento da decisão que, admitindo por equívoco a morte do agente, declarou a extinção da punibilidade, não constitui ofensa à coisa julgada" (HC 31.234, rel. Min. Felix Fischer, 5.<sup>a</sup> Turma, j. 16.12.2003).



A clemência estatal é concedida por lei ordinária editada pelo Congresso Nacional (CF, arts. 21, XVII, e 48, VIII). A iniciativa do projeto de lei visando a concessão de anistia é livre, ao contrário do que ocorria na Constituição anterior, em que o art. 57, VI, reservava a iniciativa ao Presidente da República quando se tratasse de crimes políticos.

A competência da União para concessão de anistia abrange somente as infrações penais.<sup>5</sup>

Essa causa de extinção da punibilidade destina-se, em regra, a crimes políticos (anistia especial), abrangendo, excepcionalmente, crimes comuns.<sup>6</sup> Abrange fatos, e não indivíduos, embora possam ser impostas condições específicas ao réu ou condenado (anistia condicionada).

E, concedida a anistia, o juiz, de ofício, a requerimento do interessado ou do Ministério Público, por proposta da autoridade administrativa ou do Conselho Penitenciário, declarará extinta a punibilidade (LEP, art. 187).

É exemplo de anistia o determinado pelo art. 1.º da Lei 6.683/1979, pelo qual foi concedida anistia a todos que, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

Veja-se, portanto, que a anistia abrangeu todos aqueles que praticaram crimes políticos ou conexos no período mencionado, sem qualquer alusão a pessoa determinada. O que importa, na anistia, é o fato, e não seu destinatário.

Divide-se em própria, quando concedida anteriormente à condenação, e imprópria, na hipótese em que sua concessão opera-se após a sentença condenatória. Pode ser também condicionada ou incondicionada, conforme esteja ou não sujeita a condições para sua aceitação.

A anistia tem efeitos *ex tunc*, isto é, para o passado, apagando todos os efeitos penais. Rescinde até mesmo a condenação. Portanto, se no futuro o agente praticar nova infração penal, não será atingido pela reincidência, em face da ausência do seu pressuposto. Permanecem íntegros, entretanto, os

<sup>5</sup> "Só quando se cuidar de anistia de crimes – que se caracteriza como *abolitio criminis* de efeito temporário e só retroativo – a competência exclusiva da União se harmoniza com a competência federal privativa para legislar sobre Direito Penal; ao contrário, conferir à União – e somente a ela – o poder de anistiar infrações administrativas de servidores locais constituiria exceção radical e inexplicável ao dogma fundamental do princípio federalivo – qual seja, a autonomia administrativa de Estados e Municípios – que não é de presumir, mas, ao contrário, reclamaria norma inequívoca da Constituição da República" (STF: ADI 104/RO, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 04.06.2007).

<sup>6</sup> STF: ADI 1.231/DF, rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 15.12.2005.

efeitos civis da sentença condenatória, que, por esse motivo, subsiste como título executivo judicial no campo civil.

A decisão judicial que reconhece a anistia e declara a extinção da punibilidade deve ser lançada pelo magistrado que conduz a ação penal. Se, todavia, a ação penal estiver no tribunal – em grau recursal ou por se tratar de processo de sua competência originária –, compete a ele a declaração da extinção da punibilidade. Por último, se a lei concessiva da anistia entrar em vigor depois do trânsito em julgado da condenação, será competente o juízo da execução para a declaração da extinção da punibilidade (LEP, art. 66, III, e Súmula 611 do STF).

A anistia pode ser, ainda, **geral ou absoluta**, quando concedida em termos gerais, ou **parcial ou relativa**, na hipótese em que faz exceções entre crimes ou pessoas.

A causa extintiva apenas pode ser recusada por seu destinatário quando condicionada, isto é, vinculada ao cumprimento de determinadas condições.

Diante da regra contida no art. 5.º, XLIII, da Constituição Federal, “a lei considerará crimes inafiançáveis e **insuscetíveis de graça ou anistia** a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omífirem”.

Esse mandamento constitucional foi regulamentado pelos arts. 2.º, I, da Lei 8.072/1990 (crimes hediondos), pelo art. 1.º, § 6.º da Lei 9.455/1997 (tortura) e 44, *caput*, da Lei 11.343/2006 (tráfico de drogas).

#### 45.6.2.2. *Graça*

A graça tem por objeto **crimes comuns, com sentença condenatória transitada em julgado**, visando o benefício de **pessoa determinada** por meio da extinção ou comutação da pena imposta. É também denominada, inclusive pela Lei de Execução Penal, de **indulto individual**.

Em regra, depende de **provocação** da parte interessada. De fato, o indulto individual poderá ser provocado por petição do condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário, ou da autoridade administrativa (LEP, art. 188).

Além disso, a petição do indulto, acompanhada dos documentos que a instruírem, será entregue ao Conselho Penitenciário, para a elaboração de parecer e posterior encaminhamento ao Ministério da Justiça (LEP, art. 189).

A graça é **ato privativo do Presidente da República** (CF, art. 84, XII), passível de delegação aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União (CF, art. 84, parágrafo único).

Alcança apenas o cumprimento da pena, na forma realçada pelo decreto presidencial, restando íntegros os efeitos penais secundários e também os efeitos de natureza civil.

Classifica-se como **plena**, quando importa em extinção da pena imposta ao condenado, ou **parcial**, quando acarreta em diminuição ou comutação da pena.

A graça, normalmente, não poderá ser recusada, salvo quando proposta comutação de pena (CPP, art. 739) ou submetida a condições para sua concessão.

E, uma vez concedida a graça ou indulto individual, e anexada aos autos cópia do decreto, o juiz declarará extinta a punibilidade ou ajustará a execução aos termos do decreto, em caso de comutação da pena (LEP, art. 192).

A Constituição Federal, em seu art. 5.º, XLIII, considera insuscetíveis de graça a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos. Essa regra foi regulamentada pelos arts. 2.º, I, da Lei 8.072/1990 (crimes hediondos), pelo art. 1.º, § 6.º, da Lei 9.455/1997 (tortura) e pelo art. 44, *caput*, da Lei 11.343/2006 (tráfico de drogas).

A concessão de graça é ato discricionário do Presidente da República, desde que respeitadas as vedações impostas pelo sistema constitucional.<sup>7</sup>

#### 45.6.2.3. Indulto

O indulto propriamente dito, ou **indulto coletivo**, é modalidade de clemência concedida **espontaneamente** pelo Presidente da República a todo o grupo de condenados que preencherem os requisitos apontados pelo decreto.

Não se faz necessário o trânsito em julgado da sentença condenatória para sua concessão.<sup>8</sup>

O indulto leva em consideração a duração da pena aplicada, bem como o preenchimento de determinados requisitos subjetivos (exemplo: primariedade) e objetivos (exemplo: cumprimento de parte da pena).

Pode ser **total**, quando há extinção da punibilidade, ou **parcial**, quando há diminuição ou comutação da pena imposta pela condenação.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> "O decreto presidencial que concede o indulto configura ato de governo, caracterizado pela ampla discricionariedade" (STF: HC 90.364/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 31.10.2007).

<sup>8</sup> "A jurisprudência do STF já não reclama o trânsito em julgado da condenação nem para a concessão do indulto, nem para a progressão de regime de execução, nem para o livramento condicional" (STF: HC 87.801/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1.ª Turma, j. 02.05.2006).

<sup>9</sup> Para o STJ: "O *habeas corpus* pode ser utilizado como meio para impugnar decisão do (juízo da execução que indeferiu pedido de comutação da pena" (HC 177.595/SP, rel. Min. Gilson Dipp, 5.ª Turma, j. 19.10.2010, noticiado no *Informativo* 452).

Note-se que na comutação de penas não se pode falar propriamente em extinção da punibilidade, mas somente em transformação da pena em outra de menor gravidade. Por sua vez, na diminuição de pena haveria extinção da punibilidade só em relação ao *quantum* perdoado.

A Lei de Crimes Hediondos – Lei 8.072/1990 –, em seu art. 2.º, I, vedou a concessão de indulto para crimes hediondos, prática de tortura, tráfico de drogas e terrorismo. E como a Constituição Federal proibiu expressamente apenas a concessão de graça ou anistia para os crimes mencionados no art. 5.º, XLIII, surgiram dois posicionamentos acerca da proibição legal:

- 1.ª posição: a regra é **inconstitucional**, por abranger hipótese não prevista no texto constitucional; e
- 2.ª posição: a regra é **constitucional**, pois a graça seria gênero do qual o indulto é espécie. É a atual posição do Supremo Tribunal Federal:

É constitucional o art. 2.º, I, da L. 8.072/90, porque, nele, a menção ao indulto é meramente expletiva da proibição de graça aos condenados por crimes hediondos ditada pelo art. 5.º, XLIII, da Constituição. Na Constituição, a graça individual e o indulto coletivo – que ambos, tanto podem ser totais ou parciais, substantivando, nessa última hipótese, a comutação de pena – são modalidades do poder de graça do Presidente da República (art. 84, XII) – que, no entanto, sofre a restrição do art. 5.º, XLIII, para excluir a possibilidade de sua concessão, quando se trata de condenação por crime hediondo.<sup>10</sup>

A mesma vedação é atualmente prevista no art. 44, *caput*, da Lei 11.343/2006, no tocante ao tráfico de drogas.

A natureza dos crimes cometidos, abrangidos pelo indulto, deve ser analisada à época do decreto de benefício, e não de sua prática ou da sentença condenatória.<sup>11</sup>

Tal como na graça, o indulto coletivo é ato que se insere na **atividade discricionária do Presidente da República**, que poderá optar pela concessão de benefício a determinados crimes e não a outros, por critérios razoáveis de política criminal.<sup>12</sup> Como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal: “O indulto é instrumento de política criminal de que dispõe o Chefe do Poder Executivo, configurando o seu emprego típica sanção premial, decisão esta

<sup>10</sup> HC 81.565/SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1.ª Turma, j. 19.02.2002. No mesmo sentido: HC 90.364/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 31.10.2007, noticiado no *Informativo* 486.

<sup>11</sup> STF: RE 274.265/DF, rel. Min. Néri da Silveira, 2.ª Turma, j. 14.08.2001. O caso refere-se à proibição de indulto ao crime de homicídio qualificado praticado anteriormente à Lei 8.930/1994, que incluiu o homicídio qualificado no rol de crimes considerados hediondos. Considerou-se não haver, na hipótese, irretroatividade de lei mais severa, pois a sua natureza hedionda deve ser apreciada quando do decreto de concessão do benefício.

<sup>12</sup> STF: HC 77.528/SP, rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, j. 18.02.1999.

sujeita a critérios de conveniência e oportunidade, a ser empreendida sob a ótica da prevenção criminal<sup>13</sup>.

Pode também ser **total**, quando há extinção da pena, ou **parcial** (diminuição ou comutação de penas), **incondicionado** ou **condicionado** (caso em que poderá ser recusado).<sup>14</sup>

No indulto total extinguem-se as sanções penais mencionadas no decreto presidencial, subsistindo os demais efeitos, penais ou extrapenais, não abarcados pelo benefício.

	Anistia	Graça	Indulto
<i>Competência privativa</i>	Congresso Nacional	Presidente da República, porém delegável ao ME, PGR e AGU	
<i>Efeitos sobre a sentença</i>	Atinge todos os efeitos penais, mas não os extrapenais	Atingem somente os efeitos principais da condenação, subsistindo os demais	
<i>Momento da concessão</i>	Antes ou depois do trânsito em julgado da sentença condenatória	Só após o trânsito em julgado da sentença condenatória (composição com entendimento do STF no locante ao indulto)	
<i>Principais características</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• benefício coletivo que, por referir-se somente a fatos, atinge apenas os que o cometeram;</li> <li>• concedido por lei ordinária;</li> <li>• não gera reincidência.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• benefício individual cuja concessão depende de requerimento expresso ao juiz;</li> <li>• gera reincidência.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• benefício coletivo (grupo de condenados) que pode ser concedido de ofício pelo juiz;</li> <li>• gera reincidência.</li> </ul>

### 45.6.3. *Abolitio criminis* (inciso III)

É a nova lei que exclui do âmbito do Direito Penal um fato até então considerado criminoso. Encontra previsão legal no art. 2.º, *caput*, do Código Penal, e tem natureza jurídica de causa de extinção da punibilidade (art. 107, III).

<sup>13</sup> HC 90.364/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 31.10.2007, noticiado no *Informativo* 486.

<sup>14</sup> A comutação da pena, como modalidade de indulto, também constitui-se em discricionariedade do Presidente da República (STJ: HC 126.077/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma, j. 05.10.2010, noticiado no *Informativo* 450).

Alcança a execução e os efeitos penais da sentença condenatória, não servindo como pressuposto da reincidência, nem configurando maus antecedentes. Sobrevivem, entretanto, os efeitos civis de eventual condenação, isto é, a obrigação de reparar o dano provocado pela infração penal e a constituição de título executivo judicial.

Questão normalmente abordada em concursos públicos é a seguinte: **Qual é o juízo competente para aplicar a *abolitio criminis*?**

A resposta é simples. Guarde o seguinte raciocínio: a lei será sempre aplicada pelo órgão do Poder Judiciário em que a ação penal estiver em trâmite. Extraem-se as seguintes ilações:

- 1.<sup>a</sup>) Em se tratando de inquérito policial ou de ação penal que se encontre em 1.<sup>o</sup> grau de jurisdição, ao juiz natural compete a aplicação da lei mais favorável. Exemplo: crime praticado na comarca de São Paulo, com inquérito policial distribuído e ação penal ajuizada na 10.<sup>a</sup> Vara Criminal. O juiz de Direito responsável por esta Vara deverá aplicar a lei mais favorável.
- 2.<sup>a</sup>) No caso de ação penal em grau de recurso, ou ainda na hipótese de crime de competência originária dos Tribunais, tal mister será reservado ao Tribunal respectivo.
- 3.<sup>a</sup>) Se a condenação já tiver sido alcançada pelo trânsito em julgado, a competência será do juízo da Vara das Execuções Criminais. É o que se extrai do art. 66, I, da Lei de Execução Penal, e da Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal.<sup>15</sup>

#### 45.6.4. Prescrição, decadência e perempção (inciso IV)

##### 45.6.4.1. Prescrição

Em face de sua amplitude, será analisada no capítulo seguinte.

##### 45.6.4.2. Decadência

A decadência é a perda do direito de queixa ou de representação em face da inércia de seu titular durante o prazo legalmente previsto.

O prazo, salvo disposição legal em contrário, é de 6 (seis) meses, independentemente do número de dias de cada mês,<sup>16</sup> contados do dia em que o ofendido veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso de ação

<sup>15</sup> É o seu texto: "Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna". No mesmo sentido o teor da Súmula 23 do extinto Tribunal Federal de Recursos: "O juízo da execução criminal é o competente para a aplicação de lei nova mais benigna a fato julgado por sentença condenatória irrecorrível".

<sup>16</sup> STJ: APn 562-MS, rel. originário Min. Fernando Gonçalves, rel. para acórdão Min. Felix Fischer, Corte Especial, j. 02.06.2010, noticiado no *Informalivo* 437.

penal privada subsidiária da pública, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia (CP, art. 103). Esse prazo é contado a partir do conhecimento inequívoco da autoria, e não de meras suspeitas.<sup>17</sup>

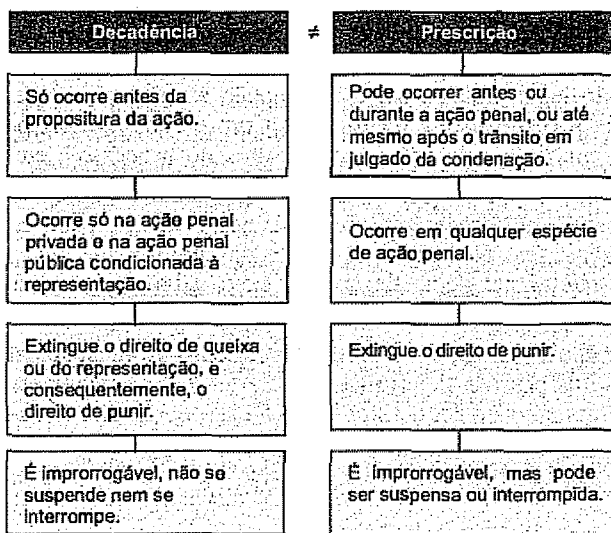
A contagem do prazo obedece aos ditames do art. 10 do Código Penal, pois possui índole penal. Logo, em caso de dúvida acerca do decurso ou não do prazo legal, a decadência não pode ser reconhecida.

O prazo decadencial é para o oferecimento da queixa-crime, e não para o seu recebimento pelo Poder Judiciário, e no caso de ser ela antecedida por inquérito policial (pedido de providências), deve o prazo ser apurado a partir da conclusão oficial deste procedimento preparatório, se somente nesse momento foi apurada a autoria da infração penal.<sup>18</sup>

O prazo decadencial é preclusivo e improrrogável, e não se submete, em face de sua própria natureza jurídica, à incidência de quaisquer causas de interrupção e suspensão.<sup>19</sup>

No caso de crime continuado, o prazo decadencial é contado separadamente para cada delito parcelar. De fato, a ficção jurídica de unidade de crime tem lugar exclusivamente para fins de aplicação da pena. E, no crime habitual, tal prazo deve ser computado a partir do último fato praticado pelo agente.

São nítidas as diferenças entre a decadência e a prescrição. Vejamos o gráfico esquemático:



<sup>17</sup> STF: HC 89.938/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1.ª Turma, j. 14.11.2006.

<sup>18</sup> STF: RHC 85.951/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.ª Turma, j. 07.02.2006. No mesmo sentido: HC 85.872/SP, rel. Min. Eros Grau, 1.ª Turma, j. 06.09.2005.

<sup>19</sup> STF: Inq. 774/RJ, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 23.09.1993.

#### 45.6.4.3. Perempção

É a perda do direito de ação, que acarreta na extinção da punibilidade, provocada pela inércia processual do querelante.<sup>20</sup>

A perempção não é aplicável na ação penal privada subsidiária da pública, uma vez que nessa hipótese o Ministério Público dará andamento à ação na hipótese de omissão ou desídia do querelante.<sup>21</sup>

As causas de perempção foram previstas no art. 60 do Código de Processo Penal:

**Art. 60.** Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal:

I – quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 (trinta) dias seguidos;

II – quando, falecendo o querelante, ou sobrevivendo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36;

III – quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais;

IV – quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.

Pelo texto legal, nota-se ser a perempção sanção que somente pode ser imposta após a propositura da queixa. Com efeito, fala o Código de Processo Penal em “início da ação penal”, “atos do processo”, etc.<sup>22</sup>

Na primeira hipótese (inc. I) se faz necessária a regular intimação do querelante para o ato processual. Se ainda assim não se manifestar no prazo legal de 30 dias, será declarada a extinção da punibilidade pela perempção.<sup>23</sup> Exemplo: o querelante deixa de nomear novo advogado, apesar de devidamente intimado da renúncia do patrono antecessor.<sup>24</sup>

Há perempção, ainda, no caso de falecimento ou incapacidade do querelante, quando as pessoas determinadas pela lei não comparecerem em juízo, para prosseguimento do feito (inc. II). No caso de morte, o direito de prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (CPP, art. 31). No caso de interdição, ao curador.

<sup>20</sup> STJ: HC 32.577/MT, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5.ª Turma, j. 05.08.2004.

<sup>21</sup> STJ: RHC 18.780/SC, rel. Min. Gilson Dipp, 5.ª Turma, j. 06.06.2006.

<sup>22</sup> STF: HC 86.942/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.ª Turma, j. 07.02.2006. É também o entendimento do STJ: REsp 663.934/SP, rel. Min. Paulo Medina, 6.ª Turma, j. 09.02.2006.

<sup>23</sup> STF: Inq. AgRg 920/DF, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 03.08.1995. No mesmo sentido: STJ: REsp 440.237/SP, rel. Min. Gilson Dipp, 5.ª Turma, j. 20.05.2003.

<sup>24</sup> STF: Inq. 780/TO, rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. 12.06.1996.



O inciso III do art. 60 prevê a ocorrência de perempção quando o querelante: a) deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo; e b) nas alegações finais, deixar de formular pedido de condenação.

A presença do querelante deve ser necessária para a prática do ato processual. Assim, não se faz obrigatório o seu comparecimento na audiência preliminar, tanto por ser ato anterior ao recebimento ou rejeição da queixa-crime, quanto pelo fato de se tratar de mera faculdade conferida às partes.<sup>25</sup> Também não se dá a perempção pela ausência do querelante na audiência prevista no art. 520 do Código de Processo Penal.<sup>26</sup>

O ato processual a ser praticado, portanto, deve demandar a participação pessoal do querelante, não havendo perempção se nos demais atos ele se fizer representar por seu procurador. Não pode ser declarada a extinção da punibilidade, da mesma forma, se a ausência for justificada.

A declaração de perempção só pode ocorrer se o querelante for intimado para o ato a ser praticado. Portanto, nos casos de audiência realizada por carta precatória, em virtude da desnecessidade de intimação,<sup>27</sup> não pode ser considerada precepta a ação pela ausência do querelante ou seu defensor.

A falta de pedido de condenação nas alegações finais é igualmente hipótese de perempção (inc. III, 2.<sup>a</sup> parte). Esse fenômeno não tem lugar na ação penal pública, pois o magistrado pode proferir sentença condenatória mesmo com pedido de absolvição do Ministério Público (CPP, art. 385).

Não é preciso que o querelante manifeste expressamente o pedido de condenação, bastando que dos seus termos possa extrair-se esse propósito. Nesse contexto, os pedidos de procedência da ação penal ou de aplicação da pena são suficientes para revelar tal vontade do ofendido.

A não apresentação de alegações finais no prazo legal equivale à falta de pedido de condenação, desde que intimado o querelante para o ato. Essa regra, nada obstante a manutenção do texto do art. 60, inc. III, do Código de Processo Penal, reclama interpretação em sintonia com as modificações introduzidas pela Lei 11.719/2008. Com efeito, a partir de então as alegações finais, tanto da acusação como da defesa, são lançadas oralmente em audiência. Mas o juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para apresentação de memoriais (CPP, art. 403, *caput* e § 3.<sup>o</sup>).

<sup>25</sup> STF: HC 86.942/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.<sup>a</sup> Turma, j. 07.02.2006.

<sup>26</sup> STF: HC 81.264/RJ, rel. Maurício Côrrea, 2.<sup>a</sup> Turma, j. 05.03.2003. Em igual sentido: STJ: 9.843/MT, rel. Min. Fernando Gonçalves, 6.<sup>a</sup> Turma, j. 21.03.2000.

<sup>27</sup> Na interpretação do Supremo Tribunal Federal: "A intimação do advogado para a Inquirição do testemunhas no juízo deprecado é desnecessária; imprescindível apenas a intimação da expedição da carta precatória" (HC 89.186/MG, rel. Min. Eros Grau, 2.<sup>a</sup> Turma, j. 10.10.2006).

Por último, a ação penal é considerada *perempta* quando o querelante – pessoa jurídica – se extingui sem deixar sucessor (CPP, art. 60, inc. IV).

Se houver sucessor, proceder-se-á na forma prevista no art. 60, inc. II, do Código de Processo Penal, exigindo-se habilitação no prazo legal para prosseguimento da lide, sob pena de *perempção*.

Além das hipóteses legais, também pode ser considerada *perempta* a ação penal com a morte do querelante na ação penal privada **personalíssima**. O único exemplo vigente é possível no crime tipificado pelo art. 236 do Código Penal (induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento).

Em caso de **pluralidade** de querelantes, a *perempção* somente atingirá o desidioso, persistindo a ação penal no tocante aos demais.

#### 45.6.5. Renúncia ao direito de queixa ou perdão aceito nos crimes de ação privada (inciso V)

##### 45.6.5.1. Renúncia ao direito de queixa

A renúncia é ato **unilateral** pelo qual se efetua a desistência do direito de ação pela vítima. Nos termos do art. 104, *caput*, do Código Penal: “O direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado expressa ou tacitamente”.

A renúncia pode ocorrer na ação penal exclusivamente privada, mas não na subsidiária da pública, pois se o ofendido deixar de oferecer queixa o Ministério Público poderá iniciar a ação penal enquanto não extinta a punibilidade do agente, pela prescrição ou por qualquer outra causa.

A renúncia expressa constará de declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais (CPP, art. 50, *caput*). De seu turno, a renúncia tácita ao direito de queixa resulta da prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo, que admitirá todos os meios de prova (CP, art. 104, parágrafo único, e CPP, art. 57).

Não acarreta em renúncia tácita, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime (CP, art. 104, parágrafo único).

Na hipótese, porém, da Lei 9.099/1995, tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação pública condicionada à representação, o acordo entre ofensor e ofendido, homologado, acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação (art. 74, parágrafo único). Portanto, nos crimes de iniciativa privada e pública condicionada à representação, **de competência dos Juizados Especiais**, a composição civil extingue a punibilidade do autor do fato.

Nos termos do art. 49 do Código de Processo Penal, “a renúncia ao exercício do direito de queixa, em relação a um dos autores do crime, a todos se estenderá”.

E, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, tratando-se de ação penal privada, o oferecimento de queixa-crime somente contra um ou alguns dos supostos autores ou partícipes da prática delituosa, com exclusão dos demais envolvidos, configura hipótese de violação ao princípio da indivisibilidade (CPP, art. 48), implicando, por isso mesmo, em renúncia tácita ao direito de querela (CPP, art. 49), cuja eficácia extintiva da punibilidade estende-se a todos quantos alegadamente hajam intervindo no suposto cometimento da infração penal (CP, art. 107, V, c/c o art. 104).<sup>28</sup>

A renúncia apenas pode ser exercida antes do oferecimento da queixa. De fato, depois do início da ação penal poderão ocorrer outras formas de extinção da punibilidade, tais como a perempção ou o perdão do ofendido.

Na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

A renúncia a que alude o art. 104 do CP diz respeito ao direito de queixa, não influenciando no prosseguimento da ação penal já promovida. Então, oferecida a queixa-crime, não é mais cabível a renúncia porque não há mais nada a renunciar. A pretensão do querelante de obstar o prosseguimento da ação penal pode ser acolhida pelo perdão do ofendido (arts. 105 e 106 do CP), a depender, contudo, da aceitação do querelado.<sup>29</sup>

No caso de morte da vítima, o direito de oferecer queixa passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (CPP, art. 31). E a renúncia por parte de um dos colegitimados não impedirá o exercício da ação penal privada pelos outros. De igual modo, em caso de crime com duas ou mais vítimas, a renúncia de uma delas não obsta o direito de queixa pelas demais.

#### 45.6.5.2. Perdão aceito

O perdão do ofendido é a **desistência** manifestada após o oferecimento da **queixa**, impeditiva do **prosseguimento da ação** (CP, art. 105).

Portanto, seja ele expresso ou tácito, somente constitui-se em causa de extinção da punibilidade nos crimes que se apuram exclusivamente por ação penal privada.<sup>30</sup>

O perdão pode ocorrer a qualquer momento, depois do início da ação penal privada, até o trânsito em julgado da sentença condenatória (CP, art. 106, § 2.º).<sup>31</sup>

<sup>28</sup> HC 88.165/RJ, rel. Min. Celso de Mello, 2.ª Turma, j. 18.04.2006.

<sup>29</sup> APn 609-MS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, j. 18.08.2010, noticiado no *Informativo* 443.

<sup>30</sup> STJ: HC 45.417/SP, rel. Min. Paulo Medina, 6.ª Turma, j. 17.08.2006 e HC 44.280/MG, rel. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 05.12.2005.

<sup>31</sup> "A desistência da ação penal privada pode ocorrer a qualquer momento, somente surgindo óbice intransponível quando já existente decisão condenatória transitada em julgado" (STF: HC 83.228/MG, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 01.08.2005).

De acordo com o art. 106 do Código Penal:

**Art. 106.** O perdão, no processo ou fora dele,<sup>32</sup> expresso ou tácito:

I – se concedido a qualquer dos querelados, a todos aproveita;

II – se concedido por um dos ofendidos, não prejudica o direito dos outros;

III – se o querelado o recusa, não produz efeitos.

**Perdão tácito** é o que resulta da prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação (CP, art. 106, § 1.º) e admitirá todos os meios de prova (CPP, art. 57).

A concessão do perdão pode ser feita pelo ofendido ou por seu representante legal, quando menor de 18 anos ou incapaz, encontrando-se tacitamente revogado pelo novo Código Civil o disposto pelo art. 52 do Código de Processo Penal (“Se o querelante for menor de 21 e maior de 18 anos, o direito de perdão poderá ser exercido por ele ou por seu representante legal, mas o perdão concedido por um, havendo oposição do outro, não produzirá efeito”).

Por se tratar de ato bilateral, o perdão depende da aceitação do querelado, pois a ele pode ser interessante provar a sua inocência. O perdão concedido a um dos querelados aproveitará a todos, sem que produza, todavia, efeito em relação ao que o recusar (CPP, art. 51).

No perdão, o querelado será intimado a dizer, dentro de três dias, se o aceita, devendo, ao mesmo tempo, ser cientificado de que o seu silêncio importará em anuência. Aceito o perdão, expressa ou tacitamente, o juiz julgará extinta a punibilidade (CPP, art. 58, *caput* e parágrafo único).

O perdão refere-se a cada crime individualmente considerado. Consequentemente, nada impede o posterior oferecimento de queixa em caso de reiteração da infração penal pelo perdoado.

Finalmente, se concedido o perdão por um ou alguns dos ofendidos, isso não prejudicará o direito das demais vítimas em prosseguir com a ação penal.

#### 45.6.6. Retratação do agente, nos casos em que a lei a admite (inciso VI)

Retratar-se é desdizer-se, confessar que errou, revelando o arrependimento do responsável pela infração penal.

Tem cabimento como causa de extinção da punibilidade apenas nos casos em que a lei a admite (CP, art. 107, VI). É o que ocorre, exemplifi-

<sup>32</sup> O perdão concedido fora do processo é denominado extraprocessual.

cativamente, quando o querelado, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação (CP, art. 143). Por esse motivo, não extingue a punibilidade no crime de injúria, pois nessa situação não foi expressamente prevista.

A retratação depende dos requisitos exigidos pelo dispositivo legal que a prevê. Como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça relativamente a tais crimes contra a honra:

A retratação, para gerar a extinção da punibilidade do agente, deve ser cabal, ou seja, completa, inequívoca. No caso, em que a ofensa foi praticada mediante texto veiculado na internet, o que potencializa o dano à honra do ofendido, a exigência de publicidade da retratação revela-se necessária para que esta cumpra a sua finalidade e alcance o efeito previsto na lei.<sup>33</sup>

De igual modo, o Código Penal admite a retratação no art. 342, § 2.º, segundo o qual 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.

#### 45.6.7. Inciso VII – Revogado pela Lei 11.106/2005

O inc. VII do art. 107 previa como causa de extinção da punibilidade do casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título IV da Parte Especial do Código Penal.

Sua revogação, por se tratar de *novatio legis in pejus*, implica no reconhecimento da causa de extinção àquele que praticou crime contra os costumes antes da entrada em vigor da Lei 11.106/2005, caso venha a contrair matrimônio com a vítima após sua vigência.<sup>34</sup>

No entanto, como já decidiu o STF, a extinção da punibilidade não deve ser reconhecida quando não houver consentimento válido da vítima ao matrimônio.<sup>35</sup>

O Supremo Tribunal Federal não admitia a possibilidade de a união estável ser equiparada ao casamento para fins de extinção da punibilidade

<sup>33</sup> REsp 320.958/RN, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5.ª Turma, j. 06.09.2007.

<sup>34</sup> STF: HC 85.674/SC, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2.ª Turma, j. 14.06.2005.

<sup>35</sup> "O crime foi praticado contra criança de nove anos de idade, absolutamente incapaz de se autodeterminar e de expressar vontade livre e autônoma. Portanto, inícuvel a extinção da punibilidade em razão do posterior convívio da vítima – a menor impúbere violentada – com o autor do estupro. Convívio que não pode ser caracterizado como união estável, nem mesmo para os fins do art. 226, § 3.º, da Constituição Republicana, que não protege a relação marital de uma criança com seu opressor, sendo clara a inexistência de um consentimento válido, neste caso. Solução que vai ao encontro da inovação legislativa promovida pela Lei n. 11.106/2005 – embora esta seja inaplicável ao caso por ser lei posterior aos fatos –, mas que dela prescinde, pois não considera validamente existente a relação marital exigida pelo art. 107, VII, do Código Penal" (RE 418.376/MS, rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 09.02.2006).

quando estava em vigor o dispositivo legal,<sup>36</sup> mas o Superior Tribunal de Justiça tinha entendimento diverso.<sup>37</sup>

#### 45.6.8. Inciso VIII – Revogado pela Lei 11.106/2005

O inc. VIII trazia como causa de extinção da punibilidade o casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeresse o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 dias a contar da celebração.

Tal como no inciso anterior, sua revogação configura *novatio legis in pejus*, tornando possível sua aplicação aos processos penais referentes aos crimes contra os costumes praticados antes da vigência da Lei 11.106/2005.

Valem as mesmas observações registradas no inciso precedente em relação à união estável.

#### 45.6.9. Perdão judicial (inciso IX)

##### 45.6.9.1. Introdução

Perdão judicial é o ato exclusivo de membro do Poder Judiciário que, na sentença, deixa de aplicar a pena ao réu, em face da presença de requisitos legalmente exigidos. Somente pode ser concedido nos casos expressamente previstos em lei (CP, art. 107, IX).

É vedada a sua aplicação a delito para o qual a lei não prevê a extensão do benefício.<sup>38</sup>

O perdão judicial, em regra, é aplicável aos crimes culposos. Mas também tem incidência a crimes dolosos, dependendo apenas da vontade do legislador. Vejamos alguns casos em que foi previsto:

- a) art. 121, § 5.º, do Código Penal: “na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária”.
- b) art. 129, § 8.º, do Código Penal: “aplica-se à lesão corporal culposa o disposto no art. 121, § 5.º”.

<sup>36</sup> RE 418.376/MS, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, Plenário, j. 09.02.2006, noticiado no *Informativo* 415.

<sup>37</sup> REsp 823.003/RS, rel. Min. Gilson Dipp, 5.ª Turma, j. 12.06.2006, noticiado no *Informativo* 288.

<sup>38</sup> “Condenado por homicídio duplamente qualificado não faz jus ao perdão judicial por absoluta ausência de previsão legal à sua aplicação” (STJ: HC 55.430/RS, rel. Min. Gilson Dipp, 5.ª Turma, j. 04.05.2006).

- c) art. 140, § 1.º, do Código Penal: no tocante ao crime de injúria, “o juiz pode deixar de aplicar a pena: I – quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria; II – no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria”.
- d) art. 180, § 5.º, do Código Penal: relativamente à receptação culposa, “na hipótese do § 3.º, se o criminoso é primário, pode o juiz, tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar a pena”.
- e) art. 8.º da Lei das Contravenções Penais: “no caso de ignorância ou errada compreensão da lei, quando escusáveis, a pena pode deixar de ser aplicada”.
- f) art. 39, § 2.º, da Lei das Contravenções Penais: na conduta de participar de associações secretas, mas com fins lícitos, o juiz pode deixar de aplicar a pena.
- g) art. 29, § 2.º, da Lei 9.605/1998 – Lei dos Crimes Ambientais: “no caso de guarda doméstica de espécie silvestre não considerada ameaçada de extinção, pode o juiz, considerando as circunstâncias, deixar de aplicar a pena”.
- h) art. 13 da Lei 9.807/1999: “Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I – a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III – a recuperação total ou parcial do produto do crime”.

No tocante ao homicídio e lesão culposos, cometidos na direção de veículo automotor, o Código de Trânsito não prevê o perdão judicial. É imperativa, contudo, a aplicação analógica do § 5.º do art. 121 e do § 8.º do art. 129, ambos do Código Penal, que são normas de caráter geral (CP, art. 12), justificativa que restou bem delineada com o veto do Presidente da República ao dispositivo legal que previa o perdão judicial em tais crimes do Código de Trânsito Brasileiro.<sup>39</sup>

#### 45.6.9.2. *Natureza jurídica*

O perdão judicial é causa extintiva da punibilidade (CP, art. 107, IX), e consubstancia-se em direito público subjetivo, razão pela qual deve o

<sup>39</sup> De fato, previa o art. 300 do Projeto de Lei 3.710/1993, origem do CTB (Lei 9.503/1997), que “nas hipóteses de homicídio culposo e lesão corporal culposa, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as conseqüências da infração atingirem, exclusivamente, o cônjuge ou companheiro, ascendente, descendente, irmão ou afim em linha reta, do condutor do veículo”. As razões do veto presidencial foram as seguintes: “O artigo trata do perdão judicial, já consagrado pelo Direito Penal. Deve ser vetado, porém, porque as hipóteses previstas no § 5.º do art. 121 e § 8.º do art. 129 do Código Penal disciplinam o instituto de forma mais abrangente”.

magistrado concedê-lo ao réu quando presentes os requisitos exigidos em lei. Em síntese, o juiz possui discricionariedade para verificar a presença dos requisitos legais, mas, se considerá-los existentes, a aplicação do perdão judicial é obrigatória.

#### 45.6.9.3. *Aplicabilidade*

A extinção da punibilidade pelo perdão judicial alcança o crime que lhe dá ensejo, bem como todos os demais cometidos no mesmo contexto fático. Exemplo: em um acidente de trânsito praticado na direção de veículo automotor em razão da imprudência de um motorista, morre seu filho, e também terceira pessoa que estava em outro automóvel, que com o primeiro se chocou. O perdão judicial, embora justificado pela morte do filho do agente, extingue igualmente a punibilidade do outro homicídio culposo, perpetrado contra o motorista desconhecido.

Os tribunais têm conferido largo alcance ao perdão judicial, permitindo sua aplicação quando as consequências da infração atingirem, de forma física ou moral, o próprio agente, seus familiares, noiva, amigos íntimos<sup>40</sup> etc.

#### 45.6.9.4. *Incomunicabilidade*

Constitui-se o perdão judicial em **condição subjetiva** ou **pessoal**. Assim sendo, não se comunica aos demais envolvidos na empreitada criminosa.

De fato, somente quem ostenta as condições legalmente exigidas pelo perdão judicial pode ser beneficiado com a extinção da punibilidade. Imagine-se, exemplificativamente, um homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor. No automóvel estavam o condutor, seus dois filhos de pouca idade e terceira pessoa, até então desconhecida, a quem havia dado carona. O motorista, em excesso de velocidade, é incentivado pelo carona a correr ainda mais. Em face dessa imprudência, perde a direção do veículo, que capota, resultando na morte das duas crianças. Os adultos sobrevivem. Nessa situação, o perdão judicial, se cabível, incidirá somente em relação ao motorista, pois apenas ele suportou as graves consequências do crime de modo a tornar desnecessária a aplicação da pena.

#### 45.6.9.5. *Natureza jurídica da sentença concessiva do perdão judicial*

O perdão judicial somente pode ser concedido pelo Poder Judiciário na sentença ou no acórdão (em grau recursal ou em ações penais de competência originária dos tribunais).

E, com base nessa premissa, discute-se sobre a natureza jurídica da sentença (*lato sensu*) concessiva do perdão judicial. Há, basicamente, três posições:

<sup>40</sup> STJ: HC 21.442/SP, rel. Min. Jorge Scartezzini, 5.ª Turma, j. 07.12.2002.



**1.ª posição: Condenatória** – Foi defendida pelo Supremo Tribunal Federal antes da reforma da Parte Geral pela Lei 7.209/1984, e que subsistiu após a entrada em vigor do citado diploma legal até a promulgação da atual Constituição Federal.

Deveras, naquele período o STF apreciava e julgava questões infraconstitucionais, e firmou o entendimento de que somente se perdoa quem errou, isto é, cometeu uma infração penal. Portanto, o magistrado deve condenar o réu e, posteriormente, conceder o perdão judicial, deixando de aplicar a pena.<sup>41</sup>

Atualmente, possui seguidores que defendem essa corrente com amparo no art. 120 do Código Penal, que dispõe expressamente que a sentença concessiva de perdão judicial não prevalece para efeito de reincidência. Seria uma condenação, com todos os seus efeitos, exceto para fins de recidiva.

**2.ª posição: Absolutória** – Funda-se no fato de não existir condenação sem aplicação de pena. Desse modo, como há sentença, sem imposição de sanção penal, seria inevitavelmente de cunho absolutório.

Essa corrente falha em uma questão terminológica: somente se perdoa quem errou. Quem deve ser absolvido não depende de perdão. Além disso, a sentença concessiva do perdão judicial não se enquadra no art. 386 do Código de Processo Penal, responsável pela previsão das hipóteses de absolvição na justiça penal brasileira.

**3.ª posição: Declaratória da extinção da punibilidade** – O juiz reconhece a prática de um fato típico e ilícito, bem como a culpabilidade do réu, mas por questões de política criminal, reforçadas pela lei, deixa de aplicar a pena. A sentença não pode ser condenatória, pois é impossível falar-se em condenação sem pena. E também não pode ser absolutória, já que um inocente que deve ser absolvido não precisa clamar por perdão.

Resta, assim, uma única saída: a sentença é declaratória da extinção da punibilidade. O juiz não condena nem absolve. Em se tratando de crime que o admite e presentes os requisitos legais, limita-se o magistrado a declarar a ocorrência da causa extintiva da punibilidade. Essa posição foi consagrada pela **Súmula 18 do Superior Tribunal de Justiça**: “A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória de extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”.<sup>42</sup>

Essa posição, amplamente dominante nos dias atuais, ruma cada vez mais em direção à aceitação unânime, por se tratar de matéria legal cuja última análise se reserva ao Superior Tribunal de Justiça.

<sup>41</sup> “O perdão judicial pressupõe condenação, pelo que não se estende aos efeitos secundários próprios da sentença condenatória” (RE 104.679/SP, rel. Min. Aldir Passaninho, 2.ª Turma, j. 22.10.1985).

<sup>42</sup> No mesmo sentido: STJ – “A sentença que concede o perdão judicial é da efeito declaratório, descabendo a inclusão do nome no rol dos culpados e a condenação em custas” (REsp 39.756/RJ, rel. Min. Jesus Costa Lima, 5.ª Turma, j. 02.03.1994).

Há, contudo, autores que sustentam a aplicação do perdão judicial a qualquer tempo, amparados no art. 61, *caput*, do Código de Processo Penal, por se tratar de causa de extinção da punibilidade.<sup>43</sup> Não concordamos com esse entendimento, uma vez que o perdão judicial somente se justifica quando o réu deveria ser condenado (há prova da autoria e da materialidade do fato), mas a lei autoriza o juiz a declarar a extinção da punibilidade. Além disso, a prova segura do seu cabimento somente pode ser produzida durante a instrução criminal em juízo, sob o crivo do contraditório.

No entanto, de qualquer modo, a decisão que o concede é sempre declaratória da extinção da punibilidade, independentemente da posição que se adote acerca do momento em que pode ser reconhecido.

#### 45.6.9.6. *Distinção entre perdão judicial e escusas absolutórias*

Em ambos, o fato é típico e ilícito, e o agente possui culpabilidade. Subsiste a infração penal, operando-se exclusivamente a extinção da punibilidade. Em suma, há um crime ou contravenção penal e o seu responsável deve submeter-se ao juízo de reprovabilidade, mas o Estado está impedido de punir.

Além disso, tanto o perdão judicial como as escusas absolutórias são condições subjetivas ou pessoais, incomunicáveis aos demais coautores e partícipes da infração penal.

Mas, nada obstante tais semelhanças, os institutos não se confundem.

O perdão judicial somente pode ser concedido na sentença ou no acórdão, depois de cumprido o devido processo legal. Por sua vez, as escusas absolutórias (CP, arts. 181 e 348, § 2.º) impedem a instauração da persecução penal. Sequer existe inquérito policial.

Com efeito, as escusas absolutórias se justificam por questões objetivas, provadas de imediato. Exemplo: relação de parentesco na linha reta.

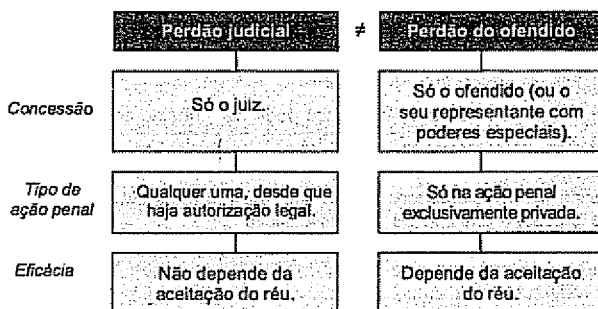
De outro lado, o perdão judicial reclama o regular trâmite da ação penal para provar se estão ou não presentes os requisitos legalmente exigidos. Exemplificativamente, somente com o término da instrução criminal será possível concluir se, em um homicídio, culposo praticado por um homem contra sua esposa, as consequências do crime foram tão graves de modo a tornar dispensável a aplicação da pena. Pode o viúvo ter ficado depressivo, hipótese em que será pertinente o perdão judicial, mas é possível também que, logo após a morte, tenha se casado com outra mulher e utilizado a herança da falecida para adquirir carros de luxo, bens que até então não possuía, e realizar festas caríssimas, afastando a causa extintiva da punibilidade.

<sup>43</sup> Nesse sentido: CAPEZ, Fernando, e BONFIM, Edilson Mougnot. *Direito penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 843.

### 45.6.9.7. Distinção entre perdão judicial e perdão do ofendido

O perdão judicial é ato exclusivo do Poder Judiciário. Além disso, é unilateral, ou seja, independe de aceitação da parte contrária, e tem lugar em crimes de ação penal pública ou privada.

Já o perdão do ofendido é concedido pela vítima de um crime que somente se processa por meio de ação penal privada. E é bilateral, pois reclama, para surtir efeitos, a aceitação expressa ou tácita do querelado.



## 45.7. QUESTÕES

- (Defensoria Pública/MG – FUMARC/2009) Nas hipóteses abaixo, só NÃO deve ser considerada como causa de extinção da punibilidade:
  - Nos crimes contra os costumes, o casamento da vítima com o réu.
  - Nos crimes contra a ordem tributária, o pagamento do tributo e acessórios antes do recebimento da denúncia.
  - A renúncia ao direito de queixa ou representação.
  - A graça.
  - O indulto.
- (23.º Promotor de Justiça – MPU/MPDFT) Acerca das causas extintivas da punibilidade, assinale a opção incorreta.
  - Sendo personalíssima a responsabilidade penal, a morte do agente faz que o Estado perca o direito punitivo, não se transmitindo aos herdeiros qualquer obrigação de natureza penal.
  - Perdão é o ato unilateral pelo qual o ofendido ou seu representante legal, após iniciada a ação penal privada exclusiva e antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, desiste de seu prosseguimento.
  - Perempção é a perda do direito de prosseguir na ação penal privada exclusiva já iniciada e não encerrada em face da inércia do querelante em promovê-la de forma adequada.
  - Prescrição é a perda da pretensão punitiva ou executória do Estado em virtude do decurso de um determinado período de tempo sem o exercício efetivo do direito de punir.

3. **(24.º Promotor de Justiça – MPU/MPDFT) Acerca das causas de extinção da punibilidade, assinale a opção incorreta.**
- (A) A sentença que concede o perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência.
  - (B) Ocorrendo concurso material de crimes, o cálculo do prazo prescricional será feito levando-se em conta a soma das penas dos delitos.
  - (C) Ocorrendo indulto total, permanecem os efeitos civis decorrentes da sentença penal condenatória.
  - (D) Ocorrendo concurso formal de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um dos delitos, isoladamente.
4. **(84.º Promotor de Justiça – MP/SP) Aponte a alternativa que está em desacordo com disposição do Código Penal relacionada com extinção de punibilidade.**
- (A) Não se estende a receptação a extinção de punibilidade do crime antecedente, que é seu pressuposto.
  - (B) A sentença que concede perdão judicial pode ser considerada para efeito de reincidência.
  - (C) A perempção só pode ser reconhecida em ação penal exclusivamente privada.
  - (D) No delito de falso testemunho, a retratação só produz efeito se ocorrida antes da sentença no processo em que se deu esse ilícito.
  - (E) Reconhecida a prescrição da pretensão executória, subsistem os efeitos secundários da condenação.
5. **(Juiz de Direito – TJ/MG – 2006) José Pedro foi processado e condenado por raptos para fins libidinosos como incurso no art. 220 do Código Penal a uma pena de dois anos de detenção, que foi substituída por duas restritivas de direito, quais sejam, prestação de serviço à comunidade e multa. Em 25 de dezembro de 2004, a sentença condenatória transitou em julgado e o sentenciado passou ao cumprimento da pena imposta. Agora, José Pedro requereu a extinção da punibilidade com base no art. 107 do Código Penal. É CORRETO afirmar que:**
- (A) diante da sentença condenatória com trânsito em julgado e iniciada a execução, o pedido formulado será indeferido;
  - (B) a sentença será mantida, vez que a lei nova só retroage para beneficiar o réu;
  - (C) diante dos princípios que regem os conflitos de direito intertemporal e ausente a prescrição da pretensão executória, o pedido de extinção de punibilidade será indeferido;
  - (D) será decretada a extinção de punibilidade em face da *abolitio criminis*.
6. **(Juiz de Direito – TJ/TO – 2007) Quanto a anistia, graça e indulto, assinale a opção incorreta.**
- (A) A anistia é concedida pelo Congresso Nacional, por intermédio de lei. Caso o agente do delito já tenha cumprido a pena e seja beneficiado com a anistia, elimina-se o registro da condenação de sua folha de antecedentes penais.
  - (B) A graça, que corresponde a indulto individualmente concedido, pode ser requerida pelo próprio condenado e, nesse caso, será posteriormente submetida a parecer do Conselho Penitenciário.
  - (C) Uma vez concedido o indulto coletivo pela autoridade competente, não pode o juiz da execução penal deixar de julgar extinta a punibilidade do beneficiado ou conceder-lhe indulto parcial.
  - (D) O indulto é concedido pelo presidente da República, por intermédio de decreto.

7. (Juiz Federal – TRF/5.ª Região – 2007) Com relação ao crime de apropriação indébita previdenciária, julgue o item a seguir.

O pagamento integral dos débitos oriundos da falta de recolhimento de contribuição à previdência social descontada dos salários dos empregados, ainda que posteriormente à denúncia e incabível o parcelamento, extingue a punibilidade do crime de apropriação indébita previdenciária.

8. (IV Defensoria PÚBLICA/MT – FCC/2009) A extinção da punibilidade pela preempção

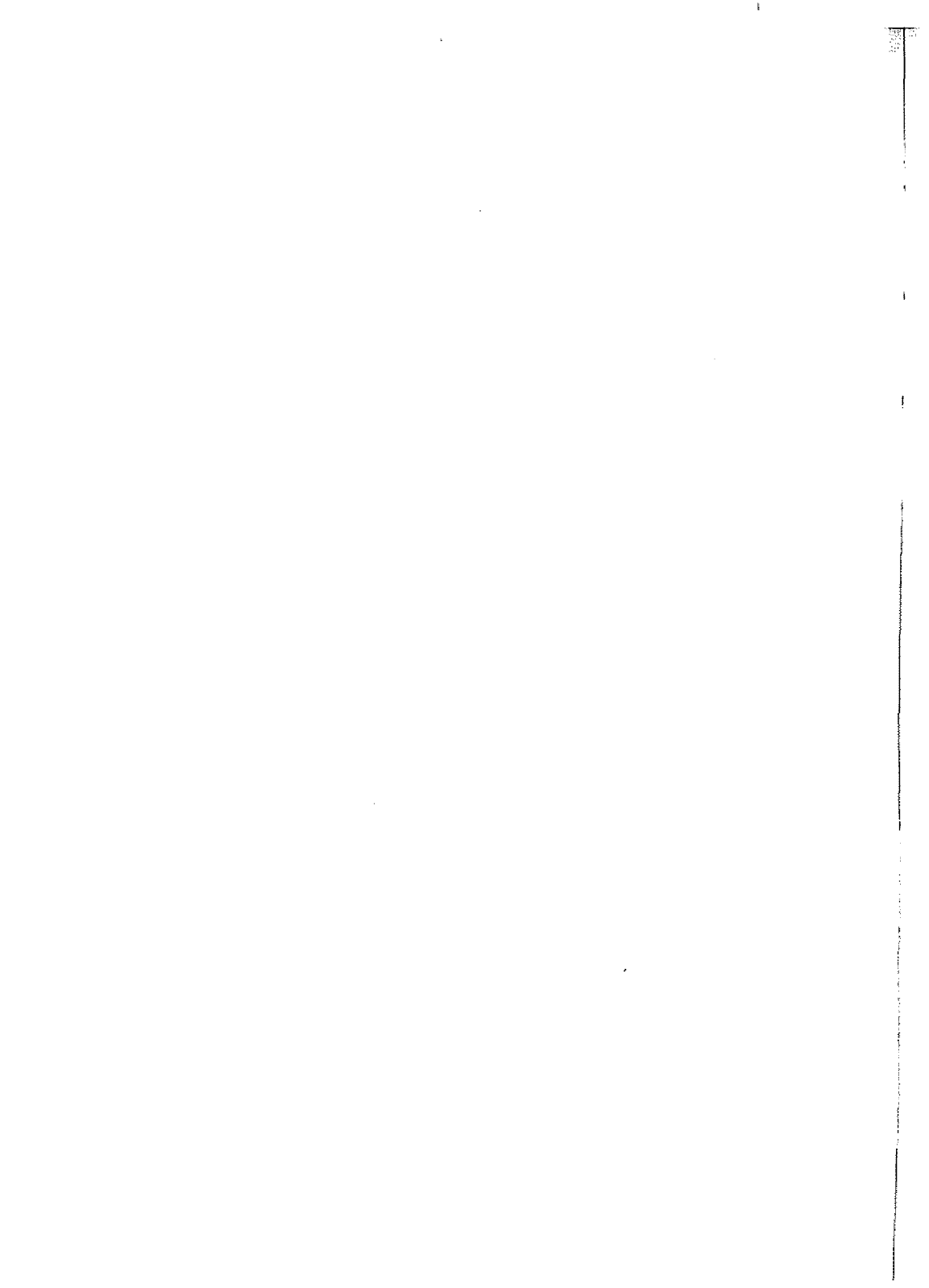
- (A) pode ocorrer antes da instauração da ação penal.
- (B) só pode ocorrer na ação penal privada exclusiva.
- (C) só pode ocorrer na ação penal privada subsidiária da pública.
- (D) aplica-se a ação penal pública.
- (E) pode ocorrer na ação penal privada exclusiva e na subsidiária da pública.

9. (Magistratura Federal 2.ª REGIÃO – CESPE/2009) A respeito das causas de extinção da punibilidade, assinale a opção correta.

- (A) Estando o condenado no gozo de sursis ou livramento condicional, não se admite a concessão de indulto.
- (B) Acarreta preempção e, conseqüentemente, extinção da punibilidade o não comparecimento do querelante, na ação penal privada, à audiência para oitiva das testemunhas.
- (C) A extinção da punibilidade de crime que é pressuposto a elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro não necessariamente se estende a este. Nos delitos conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão.
- (D) O cumprimento de pena no estrangeiro não é causa impeditiva da prescrição, por falta de previsão legal e impossibilidade de aplicação da analogia *in malam partem*.
- (E) Constitui causa interruptiva da prescrição o oferecimento da denúncia ou queixa.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

Obs.: Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no site [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).



## PRESCRIÇÃO

**Sumário:** 46.1. Introdução – 46.2. Origem histórica – 46.3. Conceito – 46.4. Fundamentos – 46.5. Natureza jurídica – 46.6. Alocação – 46.7. Imprescritibilidade penal – 46.8. Diferenças entre prescrição e decadência – 46.9. Espécies de prescrição: 46.9.1. Introdução – 46.9.2. Efeitos da prescrição e competência para sua declaração – 46.10. Prescrição da pena privativa de liberdade: 46.10.1. Prescrição da pretensão punitiva propriamente dita ou prescrição da ação penal; 46.10.2. Prescrição superveniente, intercorrente ou subsequente; 46.10.3. Prescrição retroativa; 46.10.4. Prescrição da pretensão executória ou prescrição da condenação; 46.10.5. Prescrição virtual, proletrada, antecipada, prognostical ou retroativa em perspectiva – 46.11. Prescrição das penas restritivas de direitos – 46.12. Prescrição e detração penal – 46.13. Prescrição das medidas de segurança – 46.14. Prescrição e absorção de penas – 46.15. Prescrição no concurso de crimes – 46.16. Prescrição da pena de multa – 46.17. Prescrição na legislação penal especial: 46.17.1. Lei de Drogas – Lei 11.343/2006; 46.17.2. Código Penal Militar – Decreto-Lei 1.001/1969; 46.17.3. Prescrição e Estatuto da Criança e do Adolescente – 46.18. Falta grave na Lei de Execução Penal e prescrição de infração disciplinar – 46.19. Questões.

### 46.1. INTRODUÇÃO

O Estado é o titular exclusivo do **direito de punir**. Somente ele pode aplicar pena ou medida de segurança ao responsável por uma infração penal.

Esse direito tem **natureza abstrata**, pois pode ser exercido sobre todas as pessoas. Paira indistintamente sobre elas, independentemente da prática de um crime ou de uma contravenção penal, funcionando como advertência, pois a prática de um ilícito penal importará na imposição de uma sanção ao infrator.

Com a prática da infração penal, contudo, o *ius puniendi automaticamente* se concretiza, pois a partir de então o Estado tem o poder, e o dever, de punir o responsável pelo fato típico e ilícito. A pretensão punitiva, outrora

abstrata e dirigida contra todos os indivíduos, transforma-se em concreta, visando uma pessoa determinada. Esse interesse estatal, de índole pública, se sobrepõe ao direito de liberdade do responsável pelo ilícito penal.

O direito de punir, todavia, é **limitado**. Encontra barreiras penais e processuais, tais como a representação do ofendido, nos crimes de ação penal pública condicionada, as condições da ação penal e a necessidade de obediência a regras constitucionais e processuais para ser efetivamente exercido (devido processo legal).

Mas não é só. Na ampla maioria dos casos, há ainda **limites temporais**, pois o direito de punir não pode se arrastar, ao longo dos anos, eternamente. O Estado deve aplicar a sanção penal dentro de períodos legalmente fixados, pois em caso contrário sua inércia tem o condão de extinguir a consciência do delito, renunciando implicitamente ao poder que lhe foi conferido pelo ordenamento jurídico. Cabe a ele, pois, empreender todos os esforços para que a punibilidade se efetive célere e prontamente.

Entra em cena o instituto da prescrição. É como se, cometida uma infração penal, o sistema jurídico virasse em desfavor do Estado uma ampulheta, variando o seu tamanho proporcionalmente à gravidade do ilícito penal. O poder-dever de aplicar a sanção penal precisa ser efetivado antes de escoar toda a areia que representa o tempo que se passa, pois, se não o fizer dentro dos limites legalmente previstos, o Estado perderá, para sempre, o direito de punir.

## 46.2. ORIGEM HISTÓRICA

A prescrição existe desde os tempos antigos, mas como causa de extinção da punibilidade a sua adoção remonta à legislação penal francesa do final do século XVIII.<sup>1</sup>

Sempre foi calcada em idênticas premissas: o esquecimento do ilícito penal e a presunção de emenda do seu responsável, com a consequente inutilidade da pena. Com a prescrição, o Estado renuncia ao castigo pertinente ao agente culpável envolvido em determinada infração penal, limitando o seu próprio poder punitivo.

## 46.3. CONCEITO

Prescrição é a perda da **pretensão punitiva** ou da **pretensão executória** em face da inércia do Estado durante determinado **tempo legalmente previsto**.

<sup>1</sup> FONTÁN BALESTRA. *Derecho penal – Introducción y parte general*. 17. ed. atual. por Guillermo A. C. Ledesma. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002. p. 639.



Pretensão punitiva é o interesse em aplicar uma sanção penal ao responsável por um crime ou por uma contravenção penal, enquanto a pretensão executória é o interesse em executar, em exigir seja cumprida uma sanção penal já imposta.

#### 46.4. FUNDAMENTOS

Os fundamentos da prescrição são os seguintes:

**a) Segurança jurídica ao responsável pela infração penal:** não seria justa nem correta a imposição ou a execução de uma sanção penal muito tempo depois da prática do crime ou da contravenção penal.

Imagine-se alguém que praticou um crime de pouca gravidade aos 18 anos de idade. Seria ilógico e absurdo não exercitasse prontamente o Estado seu direito de punir, e, décadas depois, essa mesma pessoa, com 70 anos de idade e avô de diversos netos, viesse a ser presa pelo fato há muito cometido, contrariando o bom-senso e as finalidades da pena, que não surtiria efeito algum. Ao contrário, implicaria somente em malefícios ao Estado, à sociedade, e, principalmente, ao agente e aos seus familiares.

Nas palavras de Bento de Faria:

Decorrido certo lapso de tempo, desde a prática do crime, sem que se tenha instaurado procedimento criminal contra o delinquente, e, se instaurado, sem que se tenha prosseguido nesse procedimento, ou desde a sentença condenatória, sem que se tenha feito executar a pena, a memória do fato punível apagou-se e a necessidade do exemplo desaparece. (...) E seria repugnante aos princípios de equidade e de justiça que ficasse perpetuamente suspensa sobre a cabeça do criminoso a ameaça do procedimento criminal.<sup>2</sup>

**b) Luta contra a ineficiência do Estado:** os órgãos estatais responsáveis pela apuração, processo e julgamento de infrações penais devem atuar com zelo e celeridade, em obediência à eficiência dos entes públicos, estabelecida pelo art. 37, *caput*, da Constituição Federal como princípio vetor da Administração Pública. Serve, portanto, como castigo em caso de não ser alcançada uma meta pelo Estado, qual seja, aplicar a sanção penal dentro de prazos legalmente previstos.

**c) Impertinência da sanção penal:** a resposta do Estado somente cumpre a sua função preventiva (especial e geral) quando manifestada logo após a prática da infração penal. O Direito Penal intimida não pela gravidade da punição, mas pela certeza de seu exercício. Nos idos de 1764 já afirmava Cesare Beccaria que quanto mais próxima do delito seja a aplicação da pena,

<sup>2</sup> FARIA, Bento. *Código penal brasileiro comentado*. Rio de Janeiro: Record, 1961. v. III, p. 197.

tanto mais justa e útil será. De fato, o maior freio aos delitos não é a crueldade da pena, mas sua infalibilidade, porque a certeza do castigo, ainda que mais moderado, fará sempre maior impressão do que o temor de outro mais terrível, unido com a esperança da impunidade. Em suas palavras:

É, pois, de suma importância a proximidade do delito e da pena, se se quiser que nas mentes rudes e incultas o quadro sedutor de um delito vantajoso seja imediatamente seguido da ideia associada à pena. A longa demora não produz outro efeito além de dissociar cada vez mais essas duas ideias; e ainda que o castigo de um delito cause uma impressão, será menos a de um castigo que a de um espetáculo, e isso só acontecerá após ter-se atenuado nos espectadores o horror de um certo delito em particular, que serviria para reforçar o sentimento da pena.<sup>3</sup>

#### 46.5. NATUREZA JURÍDICA

A prescrição é causa de extinção da punibilidade prevista no art. 107, IV, 1.<sup>a</sup> figura, do Código Penal.

A infração penal por ela atingida, portanto, permanece íntegra e inabalável. Desaparece tão somente a punibilidade, compreendida como consequência, e não como elemento de um crime ou de uma contravenção penal. E, consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “a matéria prescricional é de ordem pública, reconhecível mesmo após o trânsito em julgado do *decisum* condenatório e em *habeas corpus*”.<sup>4</sup>

#### 46.6. ALOCAÇÃO

A prescrição, embora produza diversos efeitos no processo penal, é matéria inerente ao Direito Penal, pois, quando ocorre, extingue o direito de punir de titularidade do Estado.

Para o cômputo de seu prazo observa-se o art. 10 do Código Penal: inclui-se o dia do começo e exclui-se o dia do final, contando-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum ou gregoriano.

Os prazos prescricionais são improrrogáveis, não se suspendendo em finais de semana, feriados ou férias.

Além disso, trata-se de matéria de ordem pública, podendo e devendo ser decretada de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, ou mediante requerimento de qualquer das partes. Nos termos do art. 61, *caput*, do Cód-

<sup>3</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berté Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 85.

<sup>4</sup> HC 162.084/MG, rel. Min. Og Fernandes, 6.<sup>a</sup> Turma, j. 10.08.2010, noticiado no *Informativo* 442.

go de Processo Penal: “Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-la de ofício”.

Finalmente, constitui-se em **matéria preliminar**, isto é, impede a análise do mérito da ação penal, seja pelo juízo natural, seja em grau de recurso. Em caso de prescrição não há falar em absolvição ou condenação, mas apenas em extinção da punibilidade. Nessa esteira, dispunha a Súmula 241 do extinto Tribunal Federal de Recursos: “A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva prejudica o exame do mérito da apelação criminal”.

#### 46.7. IMPRESCRITIBILIDADE PENAL

O Código Criminal do Império, de 1830, dispunha em seu art. 65 que as penas impostas aos condenados não prescreviam em tempo algum.

Os diplomas posteriores (Código Penal de 1890, Consolidação das Leis Penais de 1932 e Código Penal de 1940<sup>5</sup>) não repetiram aquela fórmula, já criticada em seu tempo.

E, atualmente, a regra geral consiste na aplicação da prescrição a todas as modalidades de infrações penais, inclusive aos crimes hediondos.<sup>6</sup>

A Constituição Federal, todavia, na contramão de seu próprio espírito, por vedar qualquer espécie de prisão perpétua (art. 5.º, XLVII, “b”), determina a imprescritibilidade de dois grupos de crimes que, a propósito, não são os mais graves em nosso Direito Penal:

- a) racismo (art. 5.º, XLII), regulamentado pela Lei 7.716/1989; e
- b) ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5.º, XLIV), disciplinados pela Lei 7.170/1983 – Lei de Segurança Nacional.<sup>7</sup>

Como corolário dessas exceções, taxativamente indicadas pelo texto constitucional, prevalece em seara doutrinária o entendimento de que a legislação ordinária não pode criar outras hipóteses de imprescritibilidade penal.<sup>8</sup>

Com efeito, no momento em que o Poder Constituinte Originário admitiu apenas esses dois crimes como insuscetíveis de prescrição, afirmou implicitamente que todas as demais infrações penais prescrevem, e, pela

<sup>5</sup> A única exceção estava no art. 118: “É imprescritível a pena acessória imposta na sentença ou resultante de condenação”. Essa regra não foi mantida pela Reforma Penal de 1984, inclusive pela extinção das penas acessórias.

<sup>6</sup> Nesse diapasão: JESUS, Damásio E. de. *Novíssimas questões criminais*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 40.

<sup>7</sup> Os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional também são imprescritíveis, a teor do art. 29.º do Estatuto de Roma, incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto 4.388/2002.

<sup>8</sup> Em igual sentido: TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 94.

posição em que tais exceções foram previstas (art. 5.º), a prescrição teria sido erigida à categoria de **direito fundamental do ser humano**, consistente na obrigação do Estado de investigar, processar e punir alguém dentro de prazos legalmente previstos.<sup>9</sup>

Foi essa a razão que levou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a firmar-se no sentido de que, em caso de citação por edital e consequente aplicação do art. 366 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 9.271/1996, não se admite a suspensão da prescrição por tempo indefinido, o que poderia configurar uma situação de imprescritibilidade.

Ao contrário, o processo penal deve permanecer suspenso pelo prazo máximo em abstrato relativo ao crime, na forma do art. 109 do Código Penal. Superado esse prazo, retoma-se o trâmite da prescrição, calculado pelo máximo da pena em abstrato legalmente previsto. Na prática, a prescrição passa a ser **calculada em dobro**, sem falar-se em imprescritibilidade. Exemplificativamente, uma ação penal por crime de furto simples (CP, art. 155, *caput*), em que o réu foi citado por edital e não compareceu ao interrogatório nem constituiu defensor, deve ser suspensa, operando-se também a suspensão do prazo prescricional, por 8 (oito) anos, uma vez que a pena máxima cominada em abstrato ao delito é de 4 (quatro) anos. Em seguida, decorrido tal prazo, é retomado o curso da prescrição, que se efetivará após outros 8 (oito) anos.

Esse é o entendimento consagrado na Súmula 415 do Superior Tribunal de Justiça: “O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada”.<sup>10</sup>

O Supremo Tribunal Federal, todavia, já entendeu que a Constituição Federal não veda seja indeterminado o prazo de suspensão da prescrição, uma vez que não se constitui em hipótese de imprescritibilidade e a retomada do curso da prescrição fica apenas condicionada a evento futuro e incerto. Além disso, aduziu que a Lei Suprema se restringe a enumerar os crimes sujeitos à imprescritibilidade (art. 5.º, XLII e XLIV), sem proibir, em tese, que lei ordinária crie outros casos.<sup>11</sup>

É de se observar, finalmente, o teor do art. 29 do Decreto 4.388/2002 – responsável pela promulgação no Brasil do Estatuto de Roma do **Tribunal Penal Internacional**: “Os crimes de competência do Tribunal não prescrevem”.

<sup>9</sup> Para quem admite essa classificação, a prescrição se situaria entre os chamados direitos fundamentais de 1.ª geração. Seria uma liberdade pública negativa, consistente na omissão do Estado quanto à intervenção na esfera privada dos cidadãos relativamente à aplicação de uma pena atingida fatalmente pelo decurso do tempo. Para um estudo aprofundado das gerações dos direitos humanos: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5 e ss.

<sup>10</sup> Vale a pena acompanhar o seguinte julgado: “Consoante orientação pacificada nesta Corte, o prazo máximo de suspensão do prazo prescricional, na hipótese do art. 366 do CPP, não pode ultrapassar aquele previsto no art. 109 do Código Penal, considerada a pena máxima cominada ao delito denunciado, sob pena de ter-se como permanente o sobrestamento, tornando imprescritível a infração penal apurada” (STJ: HC 84.982/SP, rel. Min. Jorge Mussi, 5.ª Turma, j. 21.02.2008).

<sup>11</sup> RE 460.971/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1.ª Turma, j. 13.02.2007.

## 46.8. DIFERENÇAS ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA<sup>12</sup>

Prescrição e decadência são causas de extinção da punibilidade, previstas no art. 107, IV, do Código Penal. Além disso, ocorrem em razão da inércia do titular de um direito durante determinado tempo legalmente definido.

Todavia, a decadência somente pode se verificar nos crimes de ação penal privada e de ação penal pública condicionada à representação do ofendido ou de quem o represente (decorso *in albis* do prazo para ajuizamento da queixa-crime ou oferecimento da representação). A prescrição, por sua vez, é capaz de atingir qualquer espécie de crime, pouco importando a forma pela qual se processa.

Consequentemente, somente pode ocorrer a decadência antes do início da ação penal, pois o legitimado tinha um prazo para ajuizar a queixa-crime ou lançar a representação, mas assim não o fez. Ao reverso, a prescrição pode se concretizar a qualquer momento, isto é, antes ou durante a ação penal, e até mesmo depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Por último, a decadência importa diretamente na perda do direito de ação, pois, com seu advento, a ação penal não pode mais ser iniciada, seja pelo decurso do prazo para ajuizamento da queixa-crime, seja pelo transcurso do intervalo temporal para oferecimento da representação. Perde-se imediatamente o direito de ação, e imediatamente, o direito de punir, haja vista que, sem o direito de ação, o Estado não tem meios legítimos (“devido processo legal”) para punir o responsável pela infração penal. Na prescrição, por outro lado, opera-se imediatamente em relação ao Estado a perda do direito de punir, fulminando qualquer possibilidade de exercício do direito de ação.

## 46.9. ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO

### 46.9.1. Introdução

O Código Penal apresenta dois grandes grupos de prescrição: (1) da pretensão punitiva e (2) da pretensão executória.

De seu turno, a prescrição da pretensão punitiva é subdividida em outras três modalidades: (1) prescrição da pretensão punitiva propriamente dita ou prescrição da ação penal, (2) prescrição intercorrente e (3) prescrição retroativa.

A prescrição da pretensão executória existe isoladamente, ou seja, não se divide em espécies.

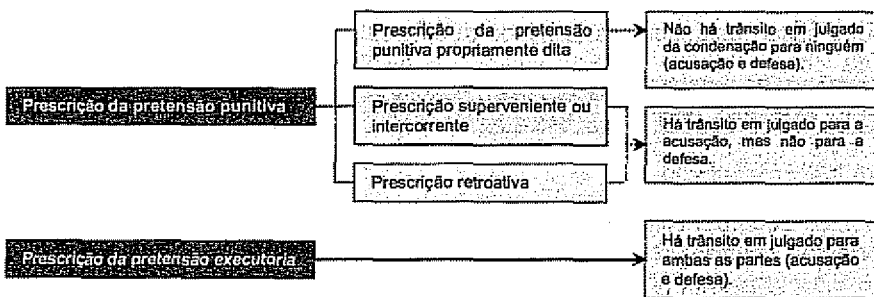
<sup>12</sup> Sempre que uma pergunta é formulada nesse sentido (Qual a diferença entre...?), as matérias questionadas apresentam pontos comuns. Apresenta sua resposta fornecendo, inicialmente, os pontos em comum, para, em seguida, indicar as diferenças. A resposta estará completa e revelará conhecimento aprofundado dos temas indagados.

A linha divisória entre os dois grandes grupos é o **trânsito em julgado da condenação**: na prescrição da pretensão punitiva, não há trânsito em julgado para ambas as partes (acusação e defesa), ao contrário do que se dá na prescrição da pretensão executória, na qual a sentença penal condenatória já transitou em julgado para o Ministério Público ou para o querelante, e também para a defesa.

Pelo fato, porém, de a prescrição intercorrente e a prescrição retroativa estarem situadas no § 1.º do art. 110 do Código Penal, é comum fazer-se inaceitável confusão. Diz-se que somente na prescrição da pretensão punitiva propriamente dita ou prescrição da ação não existe trânsito em julgado, ao contrário das demais espécies, mormente por tratar o *caput* do art. 110 do Estatuto Repressivo da “**prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória**”.

Essa conclusão é equivocada. A prescrição intercorrente e a prescrição retroativa pertencem ao grupo da prescrição da pretensão punitiva. Só há prescrição da pretensão executória depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para **ambas as partes do processo penal**. E na prescrição intercorrente e na prescrição retroativa há trânsito em julgado da condenação, mas **apenas para a acusação**.

Destarte, andou mal o legislador ao inserir no art. 110 do Código Penal a prescrição intercorrente e a prescrição retroativa. Em verdade, deveria ter delas tratado em dispositivo à parte, principalmente em razão da relevância dos institutos.



#### 46.9.2. Efeitos da prescrição e competência para sua declaração

Os efeitos da prescrição no ordenamento jurídico brasileiro dependem da espécie em análise: da pretensão punitiva ou da pretensão executória.

##### a) Prescrição da pretensão punitiva:

Essa modalidade de prescrição **obsta o exercício da ação penal**, seja na fase administrativa (inquérito policial) ou na fase judicial (ação penal). Não

há interesse apto a legitimar a intervenção estatal, autorizando-se inclusive a rejeição da denúncia ou queixa, nos moldes do art. 395, II, do Código de Processo Penal.

Se já foi instaurada a persecução penal, por outro lado, a prescrição da pretensão punitiva impede a sua continuação. Deve o magistrado, depois de ouvido o Ministério Público, declarar a extinção da punibilidade, sem análise do mérito, arquivando-se os autos em seguida. Caso assim não faça, assistirá ao acusado o direito de impetrar *habeas corpus* para cessar a coação ilegal, com fulcro no art. 648, VII, do Código de Processo Penal.

Seu reconhecimento é da competência do membro do Poder Judiciário a quem estiver afeta a ação penal: juízo de 1.<sup>a</sup> instância ou tribunais, em grau de recurso ou no caso de infrações penais que sejam de sua competência originária.

Por último, a prescrição da pretensão punitiva **apaga todos os efeitos de eventual sentença condenatória já proferida, principal ou secundários, penais ou extrapenais**. Não servirá como pressuposto da reincidência, nem como maus antecedentes. Além disso, não constituirá título executivo no juízo civil.

#### *b) Prescrição da pretensão executória:*

Como já existe trânsito em julgado da sentença penal condenatória para acusação e defesa, compete ao **juízo da execução** reconhecê-la e declarar a extinção da punibilidade, depois de ouvido o *Parquet*, comportando essa decisão recurso de agravo, sem efeito suspensivo (LEP, arts. 66, II, e 197).

**Extingue somente a pena (efeito principal), mantendo-se intocáveis todos os demais efeitos secundários da condenação, penais e extrapenais.** O nome do réu continua inscrito no rol dos culpados.

**Subsiste a condenação**, ou seja, não se rescinde a sentença penal, que funciona como pressuposto da reincidência dentro do período depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal.

Por igual fundamento, a condenação caracteriza antecedente negativo e serve como título executivo no campo civil.

## 46.10. PRESCRIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

### 46.10.1. Prescrição da pretensão punitiva propriamente dita ou prescrição da ação penal

#### 46.10.1.1. *Dispositivo legal*

Essa espécie de prescrição está disciplinada pelo art. 109, *caput*, do Código Penal: “A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final,

(...), regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime...”.

#### 46.10.1.2. Fundamento

Façamos um raciocínio simples, mas eficiente para compreender os prazos prescricionais. Entenda-o, e depois o memorize, pois será utilizado para todas as espécies de prescrição.

A prescrição é a perda do direito estatal de punir por força do decurso do tempo. Antes de se retirar um direito de qualquer pessoa, deve-se dar a ela todas as chances de exercê-lo. Com o Estado não é diferente, pois a ele também se reserva a ampla defesa de seus direitos.

Na prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, não há trânsito em julgado para acusação nem para defesa. Nada impede, assim, a fixação da pena no máximo legal. E, se a reprimenda pode chegar ao limite máximo, não se pode privar o Estado do direito de punir com base em quantidade diversa de sanção penal.

Por esse motivo, essa prescrição deve levar em consideração o máximo da pena privativa de liberdade cominada ao delito, conforme determina o art. 109, *caput*, do Código Penal.

#### 46.10.1.3. Cálculo

A prescrição da ação penal é calculada com base no máximo da pena privativa de liberdade abstratamente cominada ao crime. Utiliza-se a quantidade máxima prevista no preceito secundário de uma lei penal incriminadora, enquadrando-a em algum dos incisos do art. 109 do Código Penal, com os quais podemos formar uma tabela analisando-o de baixo para cima:

Máximo da pena privativa de liberdade abstratamente cominada ao delito	Prazo prescricional
Inferior a 1 ano (inciso VI)	3 anos
Igual ou superior a 1 ano, até 2 anos (inciso V)	4 anos
Superior a 2 anos até 4 anos (inciso IV)	8 anos
Superior a 4 anos até 8 anos (inciso III)	12 anos
Superior a 8 anos até 12 anos (inciso II)	16 anos
Superior a 12 anos (inciso I)	20 anos



O prazo previsto no inciso VI do art. 109 do Código Penal (3 anos) era, anteriormente à Lei 12.234/2010, de 2 (dois) anos. Agora, o menor prazo prescricional previsto no Código Penal é de 3 (três) anos, no tocante às penas privativas de liberdade.<sup>13</sup> Cuida-se do único prazo prescricional ímpar. Essa modificação fundamentou-se, precipuamente, no combate à impunidade das contravenções penais e dos crimes de reduzida lesividade, agravada pela reconhecida morosidade da justiça penal.

Anote-se, porém, que subsiste o prazo de 2 (dois) anos em duas hipóteses: (a) para a pena de multa, quando for a única cominada ou aplicada (CP, art. 114, I); e (b) para o crime tipificado no art. 28, *caput*, da Lei 11.343/2006 (porte de droga para consumo pessoal), nos termos do art. 30 da Lei de Drogas. Essas duas regras não foram atingidas pelas alterações promovidas pela Lei 12.234/2010.

Como, entretanto, a pena privativa de liberdade é calculada por meio de um sistema trifásico (CP, art. 68, *caput*), cada uma dessas etapas pode ou não influenciar no cômputo da prescrição. Vejamos.

*a) 1.ª fase: Circunstâncias judiciais do art. 59. “caput”*

Nessa fase, o juiz deve navegar entre os limites (mínimo e máximo) previstos no preceito secundário do tipo penal, não podendo, em hipótese alguma, **ultrapassá-los**. Conseqüentemente, as circunstâncias judiciais não influenciam no cálculo da prescrição.

*b) 2.ª fase: Agravantes e atenuantes genéricas*

As agravantes genéricas estão arroladas taxativamente pelos arts. 61 e 62 do Código Penal.

Por sua vez, as atenuantes genéricas, de caráter exemplificativo, encontram-se nos arts. 65 e 66 do Código Penal.

Como sabido, não podem ultrapassar os limites legais, isto é, o juiz deve respeitar, em caso de agravantes genéricas – por mais numerosas que sejam –, o máximo cominado pelo tipo penal, e, no tocante às atenuantes genéricas, o patamar mínimo, ainda que diversas estejam presentes e por mais ínfima que seja a reprovabilidade do agente.

Com efeito, agravantes e atenuantes não indicam o percentual de aumento ou de diminuição. A lei diz apenas: “são circunstâncias que sempre agravam” (art. 61), “a pena será ainda agravada” (art. 62), “são circunstâncias que sempre atenuam” ou “a pena poderá ainda ser atenuada” (art. 66). Portanto, a não observância dos parâmetros legais implicaria na criação de uma nova pena, convertendo o magistrado em legislador, em evidente violação da separação de Poderes consagrada pelo art. 2.º da Constituição Federal.

<sup>13</sup> Como se trata de lei penal mais gravosa, somente se aplica aos fatos praticados após sua entrada em vigor.

Nessa esteira a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Por identidade de razões, os motivos que levaram à criação do enunciado também se aplicam às agravantes genéricas.

Conclui-se, pois, que as agravantes e atenuantes genéricas também não influem na contagem do prazo prescricional.

Há, entretanto, duas exceções, por expressa previsão legal: **menoridade relativa e senilidade**.

Constituem-se em atenuantes genéricas, tratadas pelo art. 65, I, do Código Penal, as circunstâncias de ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença.

Essas atenuantes, na forma do art. 115 do Código Penal, reduzem pela metade os prazos de prescrição, **qualquer que seja sua modalidade** (prescrição da pretensão punitiva ou prescrição da pretensão executória).

Em relação à **menoridade**, compreende-se o acusado maior de 18 anos, penalmente imputável, mas menor de 21 anos ao tempo do fato, pouco importando a data da sentença. Se, exemplificativamente, o agente pratica um crime aos 20, mas é condenado apenas quando já completados 25 anos de idade, a prescrição será contada pela metade.

Essa regra em nada foi alterada pelo Código Civil em vigor: (1) por se tratar de norma favorável ao réu, deveria ter sido revogada expressamente, em face da inadmissibilidade no Direito Penal da analogia *in malam partem*; e (2) os dispositivos penais foram expressamente preservados pelo art. 2.043 do Código Civil.

Anote-se não ser imprescindível para comprovação da menoridade a juntada aos autos de certidão de nascimento, o que pode ser feito por qualquer documento apto. Nos moldes da Súmula 74 do Superior Tribunal de Justiça: “Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil”.

Para a **senilidade**, por sua vez, a idade de 70 anos deve ser aferida ao tempo da sentença, pouco importando a data da prática do fato. Assim, se o réu pratica um crime com 68, mas somente é condenado aos 71 anos de idade, o prazo da prescrição será reduzido pela metade.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a palavra “sentença” deve ser interpretada em sentido amplo, para englobar também o acórdão, quando: a) tiver o agente sido julgado diretamente por um colegiado; b) houver reforma da sentença absolutória em julgamento de recurso para condenar o réu; e c) ocorrer a substituição do decreto condenatório em sede de recurso no qual reformada parcialmente a sentença.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> HC 86.320/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 17.10.2006. No mesmo sentido, STJ: HC 118.862/BA, rel. Min. Jorge Mussi, 5.ª Turma, j. 12.05.2009, noticiado no *Informativo* 394; e HC 132.347/

Assim, não é possível a aplicação do art. 115 do Código Penal às hipóteses em que unicamente se confirma a condenação em sede de recurso.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal não admite a redução da prescrição da pretensão punitiva pela metade quando o condenado completa 70 (setenta) anos de idade pouco tempo após a prolação da sentença condenatória, ainda que na pendência de julgamento de recurso defensivo.<sup>15</sup>

Decidiu ainda o Supremo Tribunal Federal que o Estatuto do Idoso – Lei 10.741/2003 –, ao conferir especial proteção às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, não derogou o art. 115 do Código Penal, ao fundamento de ser completa a norma do Código Penal, não remetendo à disciplina legal do que se entende por idoso, mas fixando os 70 anos como capazes de levar à diminuição do prazo prescricional.<sup>16</sup>

### c) 3.ª fase: Causas de aumento e de diminuição da pena

As causas de aumento e de diminuição da pena estão delineadas na Parte Geral (genéricas) e na Parte Especial (específicas) do Código Penal.

Aumentam e diminuem a pena em quantidade fixa (exemplo: CP, art. 155, § 1.º – “aumenta-se de um terço”) ou variável (exemplos: CP, art. 14, parágrafo único – “diminuída de um a dois terços”, e art. 70, *caput* – “aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade”).

Como as causas de aumento podem levar a pena acima do limite máximo legal, e as causas de diminuição têm o condão de reduzi-la abaixo do piso mínimo, influem no cálculo da prescrição, ao contrário do que ocorre com as circunstâncias judiciais e com as agravantes e atenuantes genéricas.

E, aqui, aplica-se o raciocínio inicialmente formulado no item 46.10.1.2.

Nas causas de aumento da pena de quantidade variável, incide o percentual de maior elevação. Exemplo: no crime de roubo circunstanciado, com a pena aumentada em razão do emprego de arma (CP, art. 157, § 2.º, I), a exasperação é de 1/3 (um terço) até 1/2 (metade).

A pena do roubo é de 4 (quatro) a 10 (dez) anos. O aumento máximo de 1/2 (metade). A prescrição da pretensão punitiva propriamente dita ou prescrição da ação penal deve ser calculada sobre a pena de 15 (quinze) anos, a qual resulta da pena máxima do roubo (10 anos) elevada da metade (maior causa de aumento da pena).

RJ, rel. originário Min. Nilson Naves, rel. para acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma, j. 22.09.2009, noticiado no *Informativo* 408.

<sup>15</sup> HC 96.968/RS, Rel. Min. Carlos Britto, 1.ª Turma, j. 1.º.12.2009, noticiado no *Informativo* 570. É também o entendimento consolidado no STJ: RHC 26.146/SP, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 04.03.2010, noticiado no *Informativo* 425; HC 123.579/RJ, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 18.02.2010, noticiado no *Informativo* 423; e REsp 650.363/SC, rel. originário Min. Nilson Naves, rel. para acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma, j. 23.02.2010, noticiado no *Informativo* 424.

<sup>16</sup> HC 89.969/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 1.ª Turma, j. 26.06.2007.

De fato, a pena pode chegar aos 15 anos, razão pela qual seria equivocado retirar do Estado seu direito de punir antes de a ele permitir seu pleno exercício.

Causa de aumento de pena com quantidade variável = pena máxima em abstrato + maior aumento

Por outro lado, nas causas de diminuição da pena de quantidade variável, utiliza-se o percentual de **menor redução**. Exemplo: na tentativa (CP, art. 14, parágrafo único), aplica-se a pena do crime consumado, reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

A título ilustrativo, a pena do peculato apropriação (CP, art. 312, *caput*, 1.<sup>a</sup> parte) é de 2 (dois) a 12 (doze) anos. Em caso de tentativa, deve ser obrigatoriamente diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços). O cálculo prescricional de uma tentativa de peculato apropriação (CP, art. 312, *caput*, 1.<sup>a</sup> parte c/c o art. 14, II) seria o seguinte: 12 anos (pena máxima do crime) menos 1/3 (causa de menor diminuição). Logo, a prescrição deveria ser computada sobre uma pena de 8 (oito) anos.

Com efeito, as causas de diminuição da pena reduzem, **obrigatoriamente**, a pena. Em síntese, a pena será necessariamente reduzida, restando ao juiz, por ocasião da sentença, definir o percentual adequado.

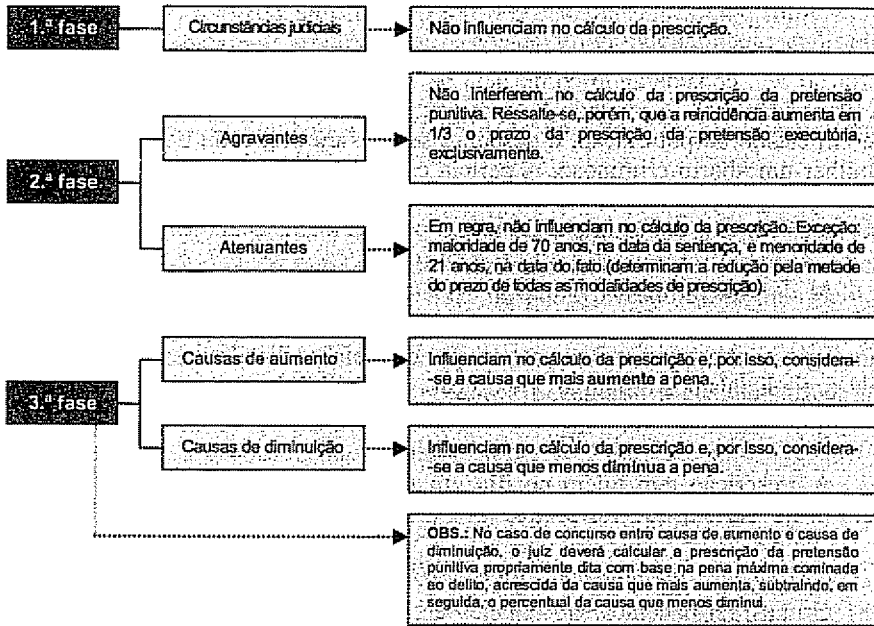
Essa conclusão se coaduna com o raciocínio já formulado (item 46.10.1.2.). A pena até pode ser reduzida no máximo, mas não há certeza disso. Destarte, seria errado retirar do Estado seu direito de punir com base na diminuição mais elevada, quando no caso concreto a redução da pena pode se concretizar em percentual diverso.

Causa de diminuição da pena com quantidade variável = pena máxima em abstrato – menor diminuição

Finalmente, se estiverem presentes, simultaneamente, causas de aumento e de diminuição da pena, ambas em quantidades variáveis, o magistrado deve calcular a prescrição da pretensão punitiva propriamente dita com base na pena máxima cominada ao delito, acrescida da causa que mais aumenta, subtraindo, em seguida, o percentual da causa que menos diminui.

Causas de aumento e de diminuição da pena, simultaneamente, ambas em quantidade variável = pena máxima em abstrato + maior aumento – menor diminuição

O quadro esquemático a seguir sintetiza a matéria:



#### 46.10.1.4. Termo inicial

Encontra-se regulado pelo art. 111 do Código Penal:

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

- I – do dia em que o crime se consumou;
- 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.

##### a) Regra geral (inciso I)

A normalidade é a fluência do prazo da prescrição da pretensão punitiva a partir da data em que o crime se consumou. Nos crimes materiais, inicia-se com a produção do resultado naturalístico, enquanto nos crimes formais e nos de mera conduta opera-se a partir da prática da conduta criminosa.

Em relação ao tempo do crime, o art. 4.º do Código Penal acolheu a teoria da atividade. Todavia, no tocante à prescrição, adotou-se a **teoria do resultado**, pois o que importa é o dia da consumação.

Se o caso concreto acarretar em dúvida insolúvel, resolve-se a questão em prol do réu, considerando como data da consumação a mais remota, em que a prescrição terá se iniciado há mais tempo. Exemplo: encontra-se um feto, já em estado de putrefação, e descobre-se ter sido praticado por determinada mulher um aborto criminoso. A perícia conclui ter o delito ocorrido entre os meses de janeiro e setembro de um dado ano, sem especificar a data. Deve ser considerado, como início do prazo prescricional, o dia 1.º de janeiro.

#### *b) Exceções (incisos II a IV)*

As exceções foram **taxativamente** previstas em lei. Não se admite a analogia contrária ao réu, uma vez que o início tardio da prescrição seria a ele prejudicial, por dificultar a extinção da punibilidade.

##### *b.1) Tentativa (inciso II)*

A prescrição tem início no **dia em que cessou a atividade criminosa**, isto é, no dia em que foi praticado o último ato de execução.

##### *b.2) Crimes permanentes (inciso III)*

Crimes permanentes são aqueles em que a consumação se prolonga no tempo, por vontade do agente. É o caso do crime de extorsão mediante sequestro (CP, art. 159), no qual a situação ilícita se arrasta enquanto a vítima é mantida privada da sua liberdade.

**Nesses delitos, enquanto não encerrada a permanência, é dizer, enquanto não cessada a consumação, não se inicia o trâmite do prazo prescricional.**

O fundamento dessa exceção é simples: a consumação se prolonga no tempo, somente se aperfeiçoando com o fim da permanência. Em suma, o crime continua se consumando.<sup>17</sup>

##### *b.2.1) Crimes habituais*

São crimes habituais os que se compõem da reiteração de diversos atos, isoladamente considerados irrelevantes perante o Direito Penal. É o caso do exercício ilegal da medicina (CP, art. 282), em que não basta a prática de um ato privativo de médico, mas que essa postura se revele como o estilo de vida do agente.

**Nesses crimes, o prazo prescricional inicia-se a partir da data da última das ações que constituem o fato típico.** Não há diversos crimes, mas um

<sup>17</sup> STF: HC 91.005/DF, rel. Min. Carlos Britto, 1.ª Turma, j. 24.04.2007.

crime único que atinge a consumação apenas com o último ato executório. Exemplo: no crime de exercício ilegal da medicina, flui a prescrição a partir da última prática ilegal de ato privativo de médico (a derradeira consulta, exemplificativamente), e não em relação a cada ato individualmente analisado (cada consulta, por exemplo).<sup>18</sup>

*b.3) Crimes de bigamia e de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil (inciso IV)*

Nesses crimes, a prescrição começa a correr a partir da data em que o fato se tornar conhecido.

O conhecimento do fato, exigido pela lei, refere-se à autoridade pública que tenha poderes para apurar, processar ou punir o responsável pelo delito, aí se incluindo o Delegado de Polícia, o membro do Ministério Público e o órgão do Poder Judiciário.<sup>19</sup>

Prevalece o entendimento de que não é necessária a ciência formal do crime (notícia do delito perante o Poder Público), bastando a de cunho presumido, relativa à notoriedade do fato.

*46.10.1.5. Termo inicial da prescrição da pretensão punitiva e regra especial da Lei de Falências*

Como regra, a Lei 11.101/2005 – Lei de Falências – estatui em seu art. 182 que a prescrição dos crimes nela previstos rege-se pelo Código Penal.

No tocante ao termo inicial, entretanto, possui critério diverso: o prazo da prescrição começa a correr do dia da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou com a homologação do plano de recuperação extrajudicial.

Essa disposição somente se aplica à prescrição da pretensão punitiva, e jamais à prescrição da pretensão executória, que depende do trânsito em julgado da sentença condenatória para ambas as partes do processo penal.

*46.10.1.6. Causas interruptivas*

As hipóteses de interrupção da prescrição da pretensão punitiva foram definidas pelo art. 117, I a IV, do Código Penal:

**Art. 117.** O curso da prescrição interrompe-se:

I – pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II – pela pronúncia;

<sup>18</sup> STF: HC 87.987/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1.ª Turma, j. 09.05.2006, noticiado no *Informalivo* 426.

<sup>19</sup> STJ: RHC 7.206/RJ, rel. Min. José Dantas, 5.ª Turma, j. 28.04.1998.

III – pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV – pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis.

Os incisos V e VI do art. 117 do Código Penal referem-se à interrupção da prescrição da pretensão executória.

Interrupção do prazo significa que, verificada a causa legalmente prevista, o intervalo temporal volta ao seu início, desprezando-se o tempo até então ultrapassado. Os marcos interruptivos conduzem ao **reinício do cálculo**.<sup>20</sup> É o que consta expressamente do art. 117, § 2.º, do Código Penal. Exemplo: se ocorrer uma causa interruptiva relativa a uma pena de 4 (quatro) anos, cuja prescrição se dá em (oito) anos, depois de transcorridos 7 (sete) anos, esse período será desconsiderado, e, para a extinção da punibilidade, exigir-se-á o decurso de outros 8 (oito) anos sem a atuação estatal.

Por se tratar de matéria prejudicial ao réu, **o rol do art. 117 é taxativo**, não admitindo o emprego da analogia para englobar situações semelhantes não apontadas pela lei.

Analisemos as causas interruptivas, que estabelecem os **períodos** entre os quais a prescrição pode se efetivar.

#### *a) Recebimento da denúncia ou da queixa:*

Anote-se, inicialmente, que o curso da prescrição da pretensão punitiva é interrompido pelo **recebimento** da inicial acusatória, e não pelo seu oferecimento por parte do Ministério Público ou do querelante.

A interrupção se dá com a **publicação** do despacho de recebimento da denúncia ou da queixa. Prescinde-se da veiculação do ato judicial na imprensa oficial, ainda que por meio do processo judicial eletrônico (Lei 11.419/2007). Basta a publicação do ato em cartório, com a entrega do despacho em mãos do escrivão.<sup>21</sup>

A partir da reforma promovida no Código de Processo Penal pela Lei 11.719/2008, o Superior Tribunal de Justiça considera como adequado ao recebimento da denúncia ou queixa o momento previsto no art. 396: tão logo oferecida a acusação e antes mesmo da citação do acusado.<sup>22</sup>

Esse recebimento pode ainda ocorrer em 2.º grau de jurisdição, pois, no caso de a denúncia ou queixa ser rejeitada, a interrupção ocorrerá na data da sessão de julgamento do recurso em sentido estrito (CPP, art. 581, I) ou da apelação (Lei 9.099/1995, art. 82, *caput*) pelo Tribunal. É o que se extrai da Súmula 709 do Supremo Tribunal Federal: “Salvo quando nula a decisão de

<sup>20</sup> STJ: HC 83.549/RS, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma, j. 22.04.2008.

<sup>21</sup> Quando os autos da ação penal são remetidos ao juiz para recebimento da denúncia ou da queixa, faz-se conclusão (“conclusos”). O magistrado recebe carga dos autos, e, quando os devolve, o escrivão registra essa baixa no livro respectivo. Nesse momento se opera a publicação do despacho em cartório.

<sup>22</sup> HC 138.089/SC, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 02.03.2010, noticiado no *Informativo* 425.



primeiro grau, o acórdão que provê o recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, pelo recebimento dela”.

A denúncia ou a queixa recebida por juízo absolutamente incompetente não interrompe a prescrição, porque esse despacho tem índole de ato decisório, aplicando-se, portanto, a regra prevista no art. 567, 1.<sup>a</sup> parte, do Código de Processo Penal. A interrupção somente se efetivará com a publicação do despacho do juízo competente ratificando os atos anteriores.

Por sua vez, se o despacho de recebimento da denúncia ou da queixa for posteriormente **anulado**, por qualquer motivo, não se interrompe o curso da prescrição, pois os atos nulos não produzem efeitos jurídicos.

O recebimento do aditamento à denúncia ou à queixa não interrompe a prescrição, exceto se for acrescentado novo crime, quando a interrupção ocorrerá apenas em relação a esse novo delito.

#### *b) Pronúncia:*

É a decisão interlocutória mista não terminativa, fundada em prova da materialidade do fato delituoso e indícios suficientes de autoria, que submete o responsável pela prática de um crime doloso contra a vida a julgamento perante o Tribunal do Júri.

Consequentemente, essa causa de interrupção da prescrição da pretensão punitiva é aplicável somente aos crimes de competência do Tribunal do Júri.

A interrupção se efetiva com a **publicação da sentença de pronúncia**, que prescinde de publicação na imprensa oficial. É suficiente, para essa finalidade, a publicação da decisão em cartório.

No caso de o réu ter sido impronunciado, interpondo-se contra a decisão recurso de apelação (CPP, art. 416), ao qual se dá provimento para o fim de pronunciá-lo, a interrupção se dá na data da sessão de julgamento do recurso pelo Tribunal competente.

E, uma vez pronunciado, persiste a força interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri, no julgamento em plenário, desclassifique o crime para outro que não seja de sua competência. É o que se extrai da Súmula 191 do Superior Tribunal de Justiça: “A pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime”.

#### *c) Decisão confirmatória da pronúncia:*

Essa forma de interrupção também é possível apenas nos crimes de competência do Tribunal do Júri, e ocorre quando o réu foi pronunciado, e contra essa decisão a defesa interpôs recurso em sentido estrito, com fundamento no art. 581, IV, do Código de Processo Penal, ao qual foi negado provimento.

Opera-se a interrupção na data de sessão de julgamento do recurso pelo Tribunal competente, e não na data da publicação do acórdão.

Essas duas causas interruptivas (pronúncia e decisão que a confirma) são justificáveis pela amplitude e pela extensão do procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, fatores que poderiam fomentar artimanhas processuais que levariam à impunidade pela prescrição.

*d) Publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis:*

Esse inciso teve a sua redação determinada pela Lei 11.596/2007. Antes, falava-se somente: “pela sentença condenatória recorrível”.

No caso da **sentença condenatória**, a interrupção se opera com sua **publicação**, isto é, com sua entrega em mãos do escrivão, que lavrará nos autos o respectivo termo, registrando-a em livro especialmente destinado a esse fim (CPP, art. 389).

No tocante ao **acórdão condenatório**, a interrupção se dá com a **sessão de julgamento pelo Tribunal competente**, seja em relação a recurso da acusação, seja nas hipóteses de sua competência originária.

Em relação a acórdão em sede recursal, cumpre salientar que somente se pode taxá-lo de “condenatório” quando a sentença de 1.<sup>a</sup> instância foi absolutória. Com efeito, o acórdão meramente confirmatório de uma condenação em 1.<sup>o</sup> grau não interrompe a prescrição.<sup>23</sup>

Ressalte-se, porém, ter decidido o Supremo Tribunal Federal que o acórdão que reforma em definitivo a condenação, modificando substancialmente decisão monocrática representa novo julgamento e assume, assim, caráter de marco interruptivo da prescrição. Nesse mesmo julgamento, divergiu o Ministro Marco Aurélio, para quem a Lei 11.596/2007 inseriu mais um fator de interrupção, pouco importando a existência de sentença condenatória anterior, sendo bastante que o acórdão, ao confirmar essa sentença, também, por isso mesmo, mostre-se condenatório.<sup>24</sup>

Se, todavia, a sentença condenatória foi reformada pelo Tribunal em grau de apelação, absolvendo o réu, mantém-se a interrupção provocada pela publicação da decisão de 1.<sup>a</sup> instância. Da mesma forma, não afeta a interrupção da prescrição o acórdão confirmatório da condenação, mas que diminui a pena imposta.<sup>25</sup>

A sentença anulada não interrompe a prescrição, pois, repita-se, um ato nulo não produz efeitos jurídicos.

O acórdão proferido nas **ações penais de competência originária do Supremo Tribunal Federal** (CF, art. 102, I, *b* e *c*) **não interrompe a prescrição, pois é irrecurável.**

<sup>23</sup> STJ: HC 155.290/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.<sup>a</sup> Turma, j. 11.05.2010, noticiado no *Informativo* 434.

<sup>24</sup> HC 92.340/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.<sup>a</sup> Turma, j. 18.03.2008, noticiado no *Informativo* 499.

<sup>25</sup> STF: HC 95.758/PE, rel. Min. Marco Aurélio, 1.<sup>a</sup> Turma, j. 23.06.2009, noticiado no *Informativo* 552.

Finalmente, a sentença que aplica medida de segurança pode ou não interromper a prescrição.

Não interrompe quando impõe medida de segurança ao imputável, pois nesse caso tem natureza absolutória (“absolvição imprópria”). Interrompe, contudo, na hipótese de medida de segurança dirigida ao semi-imputável, já que a sentença é condenatória: o magistrado condena o réu, diminui a pena privativa de liberdade de 1 (um) a 2/3 (dois terços), e, comprovada sua periculosidade, substitui a pena diminuída por medida de segurança.

#### *46.10.1.7. Comunicabilidade das causas interruptivas da prescrição da pretensão punitiva*

Para o art. 117, § 1.º, do Código Penal:

§ 1.º Exce tuados 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 previsão expressa da exceção relativa aos incisos V e VI se fundamenta na circunstância de se tratarem de causas de interrupção da prescrição da pretensão executória.

O dispositivo legal apresenta duas regras distintas: comunicabilidade no concurso de pessoas e comunicabilidade nos crimes conexos que sejam objeto do mesmo processo.

##### *a) Concurso de pessoas*

Dispõe o texto de lei que “a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime”.

A palavra “autores” foi utilizada pelo Código Penal como gênero, para englobar tanto coautores como partícipes do crime.

Fundamenta-se essa regra no fato de que quando o Estado exerce a persecução relativamente a um dos envolvidos no crime, revelou o seu interesse em também efetivá-la em relação a todos os demais.

Exemplo: “A” e “B” são regularmente processados pelo crime de roubo. Aquele é condenado, e este, absolvido. O Ministério Público interpõe recurso de apelação, objetivando a reforma da sentença somente em relação a “B”, para condená-lo. Pela regra do art. 117, § 1.º, 1.ª parte, do Código Penal, o Tribunal deverá considerar a prescrição interrompida para “B”, diante da sentença condenatória recorrível proferida contra “A”.

Essa sistemática também se aplica a todas as demais causas interruptivas da prescrição da pretensão punitiva: recebimento da denúncia ou queixa, pronúncia, decisão confirmatória da pronúncia e acórdão condenatório recorrível.

#### *b) Crimes conexos que sejam objeto do mesmo processo*

Crimes conexos são aqueles que possuem alguma ligação entre si. Quando tais crimes forem objeto do mesmo processo, diga-se, da mesma ação penal, ou seja, forem imputados ao réu na mesma denúncia ou na mesma queixa-crime, a interrupção relativa a qualquer deles estende os seus efeitos aos demais.

Exemplo: “A” pratica três crimes: roubo, furto e tráfico de drogas. Os delitos são investigados em um único inquérito policial, ensejando o oferecimento de denúncia por todos eles. Após regular processamento, “A” é condenado pelo roubo, e absolvido pelos demais delitos. O Ministério Público apela, almejando a reforma da sentença na parte relativa às absolvições, para o fim de condenar o réu por todos os crimes. Pela regra contida no art. 117, § 1.º, *in fine*, do Código Penal, a sentença condenatória recorrível proferida em relação ao roubo interrompe a prescrição desse crime, estendendo-se esse efeito também ao furto e ao tráfico de drogas.

Essa disposição aplica-se ainda às demais causas interruptivas da prescrição da pretensão punitiva: recebimento da denúncia ou queixa, pronúncia, decisão confirmatória da pronúncia e publicação do acórdão condenatório recorrível.

#### *46.10.1.8. Causa especial de interrupção da prescrição da pretensão punitiva nos crimes falimentares*

Estatui o art. 182, parágrafo único, da Lei 11.101/2005 – Lei de Falências: “A decretação da falência do devedor interrompe a prescrição cuja contagem tenha iniciado com a concessão da recuperação judicial ou com a homologação do plano de recuperação extrajudicial”.

#### *46.10.1.9. Causas impeditivas*

As causas impeditivas da prescrição estão disciplinadas pelo art. 116, I e II, do Código Penal:

**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 estrangeiro.

Nada obstante o Código Penal fale em “causas impeditivas”, essas regras se aplicam ao impedimento e à suspensão da prescrição.

**Impedimento** é o acontecimento que obsta o início do curso da prescrição. De seu turno, na **suspensão** esse acontecimento desponta durante o trâmite do prazo prescricional, travando momentaneamente a sua fluência. Superado esse entrave, a prescrição volta a correr normalmente, nela se **computando** o período anterior.

Analisemos cada uma das hipóteses indicadas pelo Código Penal.

*Inciso I – Enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime:*

Trata-se da **questão prejudicial** ainda não resolvida em outro processo.

Questão prejudicial é a que influencia na tipicidade da conduta, é dizer, aquela cuja solução é fundamental para a existência do crime e, consequentemente, para o julgamento do mérito da ação penal.

As questões prejudiciais estão previstas nos arts. 92 (relativas ao estado civil das pessoas) e 93 (relativas a questões diversas) do Código de Processo Penal.

O juiz criminal, geralmente, possui jurisdição para decidir qualquer questão, salvo a inerente ao **estado civil das pessoas**, caso em que a ação penal será **obrigatoriamente suspensa** até o trânsito em julgado da sentença proferida na ação civil (CPP, art. 92). Destarte, o termo inicial da suspensão da prescrição é o despacho que suspende a ação penal, e o termo final é o despacho que determina a retomada do seu trâmite.

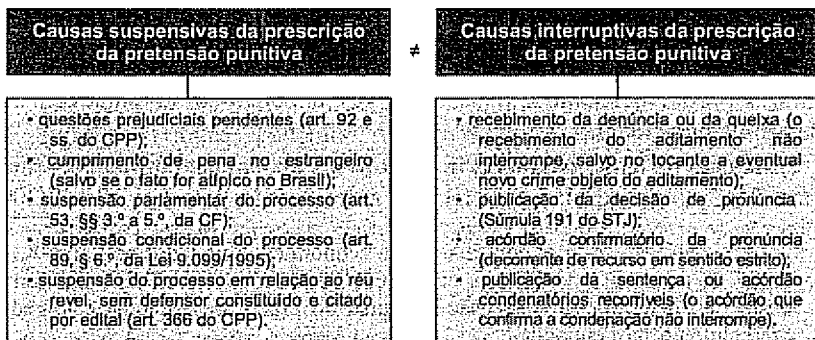
O exemplo clássico é o do agente processado por bigamia que, no juízo cível, busca a anulação de um dos casamentos. Se obtiver sucesso, não haverá o crime tipificado pelo art. 235 do Código Penal.

Em relação às questões prejudiciais diversas, ou seja, não atinentes ao estado civil das pessoas (CPP, art. 93), a suspensão da ação penal é **facultativa**, mas, se o juiz por ela optar, também estará suspensa a prescrição.

*Inciso II – Enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro:*

Justifica-se essa causa impeditiva porque, normalmente, não se consegue a extradição de pessoa que cumpre pena no exterior. Em respeito à soberania do outro país, aguarda-se a integral satisfação da sanção penal no estrangeiro, para, posteriormente, ser o agente punido no Brasil.

O quadro esquemático abaixo ilustra as diversas causas suspensivas e interruptivas da prescrição da pretensão punitiva:



#### *46.10.1.10. Natureza do rol das causas impeditivas e suspensivas previstas no Código Penal*

Em se tratando de matéria prejudicial ao réu, por dificultar a ocorrência da extinção da punibilidade, a enumeração das causas suspensivas e interruptivas é taxativa, não comportando aplicação analógica.

Dessa forma, é importante ressaltar que a instauração de incidente de insanidade mental, versado pelo art. 149 do Código de Processo Penal, não suspende a prescrição da pretensão punitiva, por falta de amparo legal.

#### *46.10.1.11. Causas impeditivas e suspensivas da prescrição da pretensão punitiva previstas fora do Código Penal*

A previsão de causas impeditivas e suspensivas da prescrição da pretensão punitiva não se restringe ao Código Penal, podendo ser encontradas nos seguintes diplomas legais:

a) **Art. 89, § 6.º, da Lei 9.099/1995:** Suspensão condicional do processo, nos crimes com pena mínima igual ou inferior a 1 ano, em que também se opera a suspensão da prescrição.

b) **Art. 366 do CPP:** Quando o réu, citado por edital, não comparecer ao interrogatório nem constituir defensor, suspende-se o processo e a prescrição.

c) **Art. 368 do CPP:** Estando o acusado no estrangeiro, em lugar sabido, será citado mediante carta rogatória, suspendendo-se o curso da prescrição até o seu cumprimento.

d) **Art. 53, § 5.º, da Constituição Federal:** A sustação pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, dos processos criminais contra Deputado Federal ou Senador, suspende a prescrição, enquanto durar o mandato. Com a modificação introduzida pela EC 35/2001, o Supremo Tribunal Federal pode receber a denúncia sem licença prévia da Casa respectiva. No entanto, deve comunicá-la à Câmara dos Deputados ou ao Senado Federal, conforme o caso, podendo o Poder Legislativo, por iniciativa de partido político nele representado e pelo voto da maioria absoluta de seus membros, sustar o andamento da ação, suspendendo-se, automaticamente, o curso da prescrição.

e) **Acordo de leniência nos crimes contra a ordem econômica:** Na forma do art. 35-C, *caput*, da Lei 8.884/1994, acrescentado pela Lei 10.149/2000:

**Art. 35-C** Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei n. 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia.

**f) Crimes contra a ordem tributária:** Nesses delitos, a suspensão da prescrição pode ocorrer em diversas hipóteses, entre elas a do parcelamento do débito tributário, que importa na suspensão da prescrição da pretensão punitiva com fundamento no art. 9.º da Lei 10.684/2003. Para o Supremo Tribunal Federal, nos crimes materiais contra a ordem tributária (Lei 8.137/1990, art. 1.º), o lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo importa na falta de justa causa para a ação penal, suspendendo, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo.<sup>26</sup>

## 46.10.2. Prescrição superveniente, intercorrente ou subsequente

### 46.10.2.1. Conceito

É a modalidade de prescrição da pretensão punitiva (não há trânsito em julgado para ambas as partes) que se verifica entre a publicação da sentença condenatória recorrível<sup>27</sup> e seu trânsito em julgado para a defesa. Dai seu nome: superveniente, ou seja, posterior à sentença.<sup>28</sup>

Depende do trânsito em julgado para a acusação no tocante à pena imposta, seja pela não interposição de recurso, seja pelo seu improvimento.

Portanto, é possível falar em prescrição intercorrente ainda que sem trânsito em julgado para a acusação, quando tenha recorrido o Ministério Público ou o querelante sem pleitear o aumento da pena (exemplo: modificação do regime prisional).

Além disso, admite-se também a prescrição intercorrente quando o recurso da acusação visa ao aumento da pena, mas mesmo com o seu provimento e considerando-se a pena imposta pelo Tribunal, ainda assim tenha decorrido o prazo prescricional. Exemplo: a pena do furto simples foi fixada em 1 (um) ano. O Ministério Público recorre, requerendo seja a reprimenda elevada para 2 (dois) anos. Ainda que obtenha êxito, o prazo da prescrição permanecerá inalterado em 4 (quatro) anos.

### 46.10.2.2. Cálculo

É calculada com base na pena concreta.<sup>29</sup> Nos termos da Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal: “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”.

<sup>26</sup> HC 85.299-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1.ª Turma, j. 08.03.2005, noticiado no *Informativo STF* 333.

<sup>27</sup> Engloba também o acórdão condenatório recorrível.

<sup>28</sup> STJ: EDcl no REsp 817.698/RS, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 6.ª Turma, j. 29.04.2008.

<sup>29</sup> STJ: HC 62.933/MT, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª Turma, j. 20.11.2007.

De fato, se a sentença condenatória aplicou uma pena ao réu, e contra ela não foi interposto recurso, ou, se o foi, negou-se provimento, o Tribunal não pode agravar a situação do condenado em recurso exclusivo da defesa, como determina o art. 617 do Código Penal, ao consagrar o princípio da *non reformatio in pejus*.

Com efeito, a pena imposta na sentença é a mais grave que o réu pode suportar. Pode ser mantida, diminuída ou mesmo suprimida no julgamento de seu eventual recurso. Logo, o Estado deve fazer com que seja cumprida no prazo a ela correspondente, e não mais levando em conta a pena máxima em abstrato.

Lembre-se do raciocínio formulado no item 46.10.1.2.

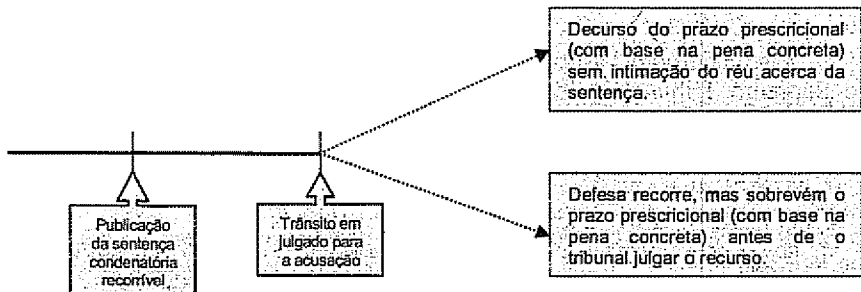
Portanto, em um crime de furto simples (CP, art. 155, *caput*), a prescrição da pretensão punitiva, calculada sobre a pena máxima, ocorre em 8 (oito anos). Se, entretanto, foi aplicada a pena mínima, isto é, 1 (um) ano, e a sentença condenatória transitou em julgado para a acusação, a prescrição intercorrente será com base nela calculada, verificando-se em 4 (quatro) anos.

#### 46.10.2.3. Termo inicial

A prescrição intercorrente começa a fluir com a publicação da sentença condenatória recorrível, embora condicionada ao trânsito em julgado para a acusação. Em suma, depende do trânsito em julgado para o Ministério Público ou para o querelante, mas, com esse pressuposto, seu prazo inicial retroage à data da publicação do decreto condenatório.

#### 46.10.2.4. Motivos para sua ocorrência

A prescrição superveniente pode ocorrer por dois motivos: (1) demora em se intimar o réu da sentença, isto é, ultrapassa-se o prazo prescricional e o réu ainda não foi dela intimado (CPP, art. 392), ou (2) demora no julgamento do recurso de defesa, ou seja, o réu foi intimado, recorreu, superou-se o prazo da prescrição e o Tribunal ainda não apreciou o seu recurso.





#### 46.10.2.5. *Momento adequado para o seu reconhecimento*

A prescrição superveniente **não pode ser decretada na própria sentença condenatória**, em face da ausência do trânsito em julgado para a acusação, ou do improvimento do seu recurso.

Depois do trânsito em julgado para a acusação, seja com o decurso *in albis* do prazo recursal, seja com o improvimento do seu recurso pelo Tribunal, há duas posições acerca do momento adequado para o seu reconhecimento:

- 1) Pode ser reconhecida exclusivamente pelo Tribunal, pois o magistrado de 1.<sup>ª</sup> instância, ao proferir a sentença, esgota a sua atividade jurisdicional. Essa posição, extremamente conservadora, é custosa e demorada, pois obriga o réu a recorrer somente para que seja decretada a prescrição.
- 2) Pode ser decretada em 1.<sup>º</sup> grau de jurisdição, por se tratar de matéria de ordem pública, a qual pode ser reconhecida de ofício a qualquer tempo (CPP, art. 61, *caput*). É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.<sup>30</sup>

No Estado de São Paulo, o Provimento 3/1994 da Corregedoria Geral da Justiça recomenda ao juiz de Direito que, constatando a prescrição, declare a extinção da punibilidade, por economia processual, ainda que já tenha proferido a sentença condenatória.

#### 46.10.2.6. *Redução da pena imposta pela sentença e pendência de recurso da acusação*

Na hipótese em que a pena imposta pela sentença de 1.<sup>ª</sup> instância for reduzida pelo Tribunal, a prescrição superveniente (entre a sentença e o acórdão) deve ser calculada com base na pena aplicada pela **sentença condenatória**, a teor da regra prevista no art. 110, § 1.<sup>º</sup>, do Código Penal. Esse raciocínio fica ainda mais reforçado com a eventual existência de recurso especial ou extraordinário ajuizado pela acusação contra o acórdão que diminui a reprimenda utilizada como parâmetro para o cômputo prescricional.<sup>31</sup>

### 46.10.3. Prescrição retroativa

#### 46.10.3.1. *Origem*

Damásio E. de Jesus informa ter ocorrido em 12 de junho de 1946, nos autos do HC 29.370, rel. Min. Castro Nunes, a pioneira manifestação do

<sup>30</sup> HC 162.084/MG, rel. Min. Og Fernandes, 6.<sup>ª</sup> Turma, j. 10.08.2010, noticiado no *Informativo* 442.

<sup>31</sup> STJ: HC 53.351/RJ, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.<sup>ª</sup> Turma, j. 24.04.2007, noticiado no *Informativo* 318.

Supremo Tribunal Federal sobre o que iria posteriormente se transformar na prescrição retroativa:

Se o art. 109, depois de assentar o princípio de que a prescrição da ação é a que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença final, admite uma exceção, a do parágrafo único do art. 110 (...), parece claro que a exceção se refere à prescrição do procedimento penal. A razão do dispositivo legal é óbvia: se pelo recurso do réu não seria possível uma *reformatio in pejus*, a fixação da pena se torna definitiva, como se fora a pena cominada na lei.<sup>32</sup>

#### 46.10.3.2. Cálculo

A prescrição retroativa, espécie da prescrição da pretensão punitiva (não há trânsito em julgado da condenação para ambas as partes), é calculada pela pena concreta, ou seja, pela pena aplicada na sentença condenatória.<sup>33</sup> É o que se extrai do art. 110, § 1.º, do Código Penal,<sup>34</sup> e também da Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal: “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”.

Depende, contudo, do trânsito em julgado da sentença condenatória<sup>35</sup> para a acusação no tocante à pena imposta, seja pela não interposição do recurso cabível no prazo legal, seja pelo fato de ter sido improvido seu recurso.

Se a sentença condenatória aplicou determinada pena ao réu, contra a qual não foi interposto recurso, ou, se o foi, negou-se provimento, a instância superior não pode agravar a situação do condenado em recurso exclusivo da defesa, como determina o art. 617 do Código de Processo Penal, ao consagrar o princípio da *non reformatio in pejus*.

Assim sendo, a pena concretizada na sentença é a mais grave a ser suportada pelo réu, pois pode ser mantida, diminuída ou mesmo suprimida no julgamento de seu eventual recurso. O Estado deve fazer com que a pena seja cumprida no prazo a ela correspondente, e não mais levando em conta a pena máxima em abstrato.

Recorde-se, uma vez mais, do raciocínio firmado no item 46.10.1.2.

Portanto, em um crime de furto simples (CP, art. 155, *caput*), a prescrição da pretensão punitiva, calculada sobre a pena máxima, ocorre em 8 (oito anos). Se, entretanto, foi aplicada a pena mínima (1 ano), e a sentença

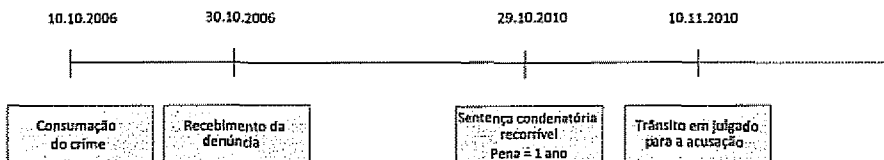
<sup>32</sup> JESUS, Damásio E. de. *Prescrição penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 130.

<sup>33</sup> STF: HC 91.959/TO, rel. Min. Eros Grau, 2.ª Turma, j. 09.10.2007.

<sup>34</sup> A falha do legislador na elaboração da Lei 12.234/2010 criou uma situação teratológica, e lamentável, demonstrando profunda falta de técnica, ao instituir um § 1.º no art. 110 do Código Penal, sem existir o correspondente § 2.º (existia, mas foi revogado). Curiosamente, temos um § 1.º que, na verdade, se trata de parágrafo único.

<sup>35</sup> Por sentença condenatória compreende-se também o “acórdão condenatório”.

condenatória transitou em julgado para a acusação, a prescrição retroativa será com base nela calculada, verificando-se em 4 (quatro) anos.



Conclusão: não houve prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, pois não se passaram oito anos entre os períodos prescricionais. Mas, com base na pena concreta, ocorreu a prescrição retroativa entre a sentença condenatória recorrível e o recebimento da denúncia, em face do decurso de quatro anos.

Lembre-se: o prazo prescricional é de natureza penal. Inclui-se o dia do começo e exclui-se o dia do final. Por esse motivo, operou-se a prescrição em 29.10.2010, isto é, após quatro anos.

### 46.10.3.3. Termo inicial

A prescrição retroativa começa a correr a partir da publicação da sentença ou acórdão condenatório, desde que, é evidente, haja transitado em julgado para a acusação ou ao seu recurso tenha sido negado provimento.

Justifica-se seu nome, “retroativa”, pelo fato de ser contada da sentença ou acórdão condenatórios para trás. Desta forma, no campo dos crimes em geral, a prescrição retroativa pode ocorrer entre a publicação da sentença ou acórdão condenatórios e o recebimento da denúncia ou queixa.



Já nos crimes de competência do Tribunal do Júri, a prescrição retroativa pode se verificar:

- a) entre a publicação da sentença ou acórdão condenatório<sup>36</sup> e a decisão confirmatória da pronúncia;

<sup>36</sup> E aí, em regra, não se admite o acórdão condenatório, em homenagem à soberania dos veredictos constitucionalmente consagrada. Quando a sentença proferida no Tribunal do Júri é absolutória, o acórdão não pode condenar. Deve determinar a realização de novo julgamento, quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos. Há uma única exceção: o Conselho de Sentença condena o réu, mas o juiz presidente, ao lavrar a sentença, diverge das respostas dos jurados. O Tribunal faz, em sede recursal, a devida retificação, condenando o acusado (CPP, art. 593, III, b, e § 1.º). Tem-se um caso de acórdão condenatório recorrível, causa de interrupção da prescrição da pretensão punitiva, no procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri.

- b) entre a decisão confirmatória da pronúncia e a pronúncia;
- c) entre a pronúncia e o recebimento da denúncia ou queixa.



A Lei 12.234/2010, responsável pela atual redação do art. 110 do Código Penal, promoveu diversas modificações no âmbito da prescrição, notadamente na seara da prescrição retroativa.

Sua finalidade precípua, a teor do seu art. 1.º, consistia na **eliminação da prescrição retroativa**. Aliás, esta espécie de prescrição é criação genuinamente brasileira, introduzida em nosso Direito Penal na década de 1960 por diversos julgados que culminaram na edição da Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal, e posteriormente sacramentada no revogado § 2.º do art. 110 do Código Penal, nos moldes da redação conferida pela Reforma da Parte Geral do Código Penal pela Lei 7.209/1984.<sup>37</sup>

Entretanto, seja por ausência de técnica legislativa, seja por manobra de bastidores,<sup>38</sup> não se operou a total eliminação da prescrição retroativa, como pretendia o art. 1.º da Lei 12.234/2010. De fato, o art. 110, § 1.º (e único!), do Código Penal passou a apresentar a seguinte redação:

§ 1.º 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.

Nota-se facilmente a sobrevivência da prescrição retroativa na fase processual, ou seja, após o oferecimento da denúncia ou queixa. Mas não se pode reconhecer a prescrição retroativa na fase investigatória, isto é, no período compreendido entre a data do fato e o oferecimento da inicial acusatória. Em síntese, a Lei 12.234/2010 promoveu a **extinção parcial** da prescrição retroativa. Mas qual foi o fundamento desta opção legislativa?

<sup>37</sup> Nesse ponto, cumpre recordar que o antigo § 2.º do art. 110 do Código Penal foi um sórdido expediente de "fantasmas" que existem, e sempre existiram, no Congresso Nacional, pois seu texto original, aprovado mas misteriosamente alterado, era o seguinte: "a prescrição, de que trata o parágrafo anterior, não pode ter como termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou queixa".

<sup>38</sup> A comunidade jurídica aguardava a aprovação integral do Projeto de Lei 1.383/2009, de autoria do Deputado Federal Antonio Carlos Biscaia, o qual eliminava definitivamente a prescrição retroativa e, consequentemente, a prescrição virtual, tanto na fase investigatória como na fase judicial. Mas, de última hora e para surpresa geral, a redação foi modificada, extinguindo-se tão somente a prescrição retroativa (e indiretamente a virtual) na etapa investigativa.

A investigação criminal, desacompanhada de acusação formal e de cunho extraprocessual (não é processo, e sim procedimento), comporta dilação temporal mais ampla, orientada somente pelo máximo da pena privativa de liberdade em abstrato. Com efeito, não há falar em imprescritibilidade penal no período anterior ao recebimento da denúncia ou queixa, pois continua a incidir, normalmente, a prescrição da pretensão punitiva propriamente dita (prescrição da ação) como castigo á inércia estatal. Por essa razão, não há espaço para a prescrição retroativa na fase investigatória.

De seu turno, com o oferecimento da denúncia ou queixa, tem início a ação penal, impondo-se um ônus ao imputado em face da acusação formal contra ele endereçada. A lentidão em seu trâmite ofende um direito fundamental, consistente na razoável duração do processo (CF, art. 5.º, LXXVIII), e é sancionada com a prescrição retroativa.

A nova redação do § 1.º do art. 110 do Código Penal poderia ter sido mais precisa. Com efeito, ao invés de falar em “data anterior ao recebimento da denúncia ou queixa”, como fez o art. 117, I, do Código Penal, falou em “data anterior á denúncia ou queixa”, o que autoriza a conclusão no sentido de referir-se ao **oferecimento**, ou seja, ao ajuizamento da denúncia ou queixa.

Portanto, existem duas datas importantes relacionadas à prescrição: (a) a do **oferecimento** da denúncia ou queixa, destinada a impedir a prescrição retroativa em data anterior a esse fato (CP, art. 110, § 1.º, *in fine*); e (b) a do **recebimento** da denúncia ou queixa, voltada à interrupção do prazo prescricional (CP, art. 117, I).

Finalmente, no campo do direito intertemporal, a Lei 12.234/2010 des-  
ponta como mais gravosa (*lex gravior*), razão pela qual somente se aplica aos fatos praticados após sua entrada em vigor.

#### 46.10.3.4. *Momento adequado para o seu reconhecimento*

A prescrição retroativa **jamais pode ser reconhecida na própria sentença condenatória**, em face da ausência de um pressuposto fundamental: o trânsito em julgado para a acusação ou o improvimento do seu recurso.

Depois do trânsito em julgado para a acusação, seja com o decurso *in albis* do prazo recursal, seja com o improvimento do seu recurso pelo Tribunal, há duas posições acerca do momento adequado para a decretação da prescrição retroativa:

- 1.ª *posição*: Pode ser reconhecida exclusivamente pelo Tribunal, pois o magistrado de 1.ª instância, ao proferir a sentença, exaure sua função jurisdicional. Essa posição, extremamente conservadora, é custosa e demorada, pois obriga o réu a recorrer somente para que seja decretada a prescrição.

2.<sup>a</sup> *posição*: Pode ser decretada em 1.<sup>o</sup> grau de jurisdição, pelo juízo sentenciante ou pelo juízo da execução, por se tratar de matéria de ordem pública, a qual pode ser reconhecida de ofício a qualquer tempo (CPP, art. 61, *caput*). É a posição consagrada no Superior Tribunal de Justiça.<sup>39</sup>

No Estado de São Paulo, o Provimento 3/1994 da Corregedoria Geral da Justiça recomenda ao juiz de Direito que, constatando a prescrição, declare a extinção da punibilidade, por economia processual, ainda que já tenha proferido a sentença condenatória.

#### 46.10.4. Prescrição da pretensão executória ou prescrição da condenação

##### 46.10.4.1. Conceito

É a perda, em razão da omissão do Estado durante determinado prazo legalmente previsto, do direito e do dever de executar uma sanção penal definitivamente aplicada pelo Poder Judiciário.

##### 46.10.4.2. Forma de contagem

A prescrição da pretensão executória da pena privativa de liberdade é calculada com base na **pena concreta**, fixada na sentença ou no acórdão, pois já existe trânsito em julgado da condenação para a acusação e para a defesa. É o que consta da Súmula 604 do Supremo Tribunal Federal: “A prescrição pela pena em concreto é somente da pretensão executória da pena privativa de liberdade”.

Em consonância com o raciocínio esposado no item 46.10.1.2, o Estado não tem mais a expectativa de aplicação da pena máxima (em abstrato), pois o seu limite para execução é o da pena definitiva. Deve, portanto, exercer o direito de punir dentro do prazo correlato à pena concreta, pois depois não mais poderá fazê-lo.

Na hipótese de **reincidência**, devidamente reconhecida na sentença ou no acórdão, o prazo prescricional aumenta-se de um terço (CP, art. 110, *caput*). Esse aumento é aplicável exclusivamente à prescrição da pretensão executória. A propósito, estabelece a Súmula 220 do Superior Tribunal de Justiça: “A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva”.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> HC 162.084/MG, rel. Min. Og Fernandes, 6.<sup>a</sup> Turma, j. 10.08.2010, noticiado no *Informativo* 442.

<sup>40</sup> É também o entendimento do Supremo Tribunal Federal: HC 87.716/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 1.<sup>a</sup> Turma, j. 09.05.2006, noticiado no *Informativo* 426.

E, na forma do art. 113 do Código Penal: “No caso de **evadir-se o condenado** ou de **revogar-se o livramento condicional**, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena”.

Esse dispositivo consagra o princípio penal segundo o qual “pena cumprida é pena extinta”.<sup>41</sup> Com efeito, se o condenado já cumpriu parte do débito correspondente à infração penal por ele cometida, o Estado não tem mais o poder de executá-la. Por conseguinte, esse período não pode ser computado no cálculo prescricional.

#### 46.10.4.3. Termo inicial

Estatui o art. 112 do Código Penal:

**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;

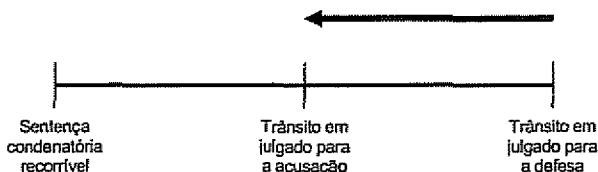
II – do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.

Esse dispositivo consagra três critérios, dois no inciso I, e outro no inciso II. Vejamos.

**1.º critério: Do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação.**

Essa regra se afigura contraditória, mas é extremamente favorável ao réu.

De fato, a prescrição da pretensão executória depende do trânsito em julgado para ambas as partes, mas, a partir do momento em que isso ocorre, seu termo inicial retroage ao trânsito em julgado para a acusação. É o que se infere do art. 112, I, 1.ª parte, do Código Penal.



<sup>41</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 262.

**2.º critério: Do dia da revogação da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional.**

Com a revogação do *sursis* ou do livramento condicional, o juiz determina a prisão do condenado. A partir de então, o Estado tem um prazo, legalmente previsto, para executar a pena imposta (CP, art. 112, I, *in fine*).

Recorde-se que, com a revogação do *sursis*, o condenado deverá cumprir integralmente a pena que lhe foi aplicada, e com base nela será calculada a prescrição da pretensão executória.

Já em relação ao livramento condicional, a revogação pode considerar ou não o tempo em que esteve solto o condenado (CP, art. 88). É com amparo na pena, total ou em seu restante, que deverá ser aferida a prescrição da pretensão executória.

**3.º critério: Do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.**

Esse critério, previsto no art. 112, II, do Código Penal, abrange as seguintes situações:

- a) Fuga do condenado, no regime fechado ou semiaberto, abandono do regime aberto, ou descumprimento das penas restritivas de direitos: a prescrição começa a correr a partir da data da evasão, do abandono ou do descumprimento, calculando-se em conformidade com o restante da pena. Lembre-se: pena cumprida é pena extinta.
- b) Superveniência de doença mental: disciplinada pelo art. 41 do Código Penal. Interrompe-se a execução, mas esse período de interrupção é computado como cumprimento da pena, pois o condenado foi acometido de doença mental, necessitando de transferência para hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou, à falta, a outro estabelecimento adequado.

#### 46.10.4.4. Causas interruptivas

As causas de interrupção da prescrição da pretensão executória estão previstas no art. 117, V e VI, do Código Penal:

**Art. 117.** O curso da prescrição interrompe-se:

(...)

V – pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VI – pela reincidência.

Existem, pois, três causas interruptivas da prescrição da pretensão executória. Passemos à análise.



### *1.ª causa: Início do cumprimento da pena*

Com a condenação, ordena-se o início do cumprimento da pena, e, quando isso efetivamente ocorre, interrompe-se a prescrição da pretensão executória.

### *2.ª causa: Continuação do cumprimento da pena*

O cumprimento da pena foi interrompido, normalmente pela fuga, ou ainda por outro motivo que possa se apresentar. Quando o condenado é recapturado, interrompe-se novamente o prazo prescricional.

### *3.ª causa: Reincidência*

Nesse ponto, é importante adotar redobrada cautela: a reincidência antecedente, ou seja, aquela que já existia por ocasião da condenação, aumenta em 1/3 o prazo da prescrição da pretensão executória, enquanto a reincidência **subsequente**, posterior à condenação transitada em julgado, interrompe o prazo prescricional já iniciado.

Opera-se a interrupção com a **prática do crime**, embora condicionada ao trânsito em julgado da condenação. Consoante o ensinamento de Antonio Rodrigues Porto:

O réu será considerado reincidente quando passar em julgado a condenação pelo segundo crime; mas o momento da interrupção da prescrição, relativamente à condenação anterior, é o dia da prática do novo crime, e não a data da respectiva sentença. A eficácia desta retroage, para esse efeito, à data em que se verificou o segundo delito.<sup>42</sup>

Destarte, se for absolvido pelo crime posterior, não será interrompida a prescrição da pretensão executória.

Existe, contudo, posição em sentido contrário: como decorrência do princípio da presunção de não culpabilidade (CF, art. 5.º, LVII), a interrupção deve ocorrer somente a partir do trânsito em julgado da condenação pelo segundo crime.

#### *46.10.4.5. Incomunicabilidade das causas interruptivas da prescrição da pretensão executória*

O art. 117, § 1.º, 1.ª parte, do Código Penal impõe expressamente a incomunicabilidade das causas interruptivas da prescrição da pretensão executória: **“Executados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime”**.

<sup>42</sup> PORTO, Antonio Rodrigues. *Da prescrição penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 89.

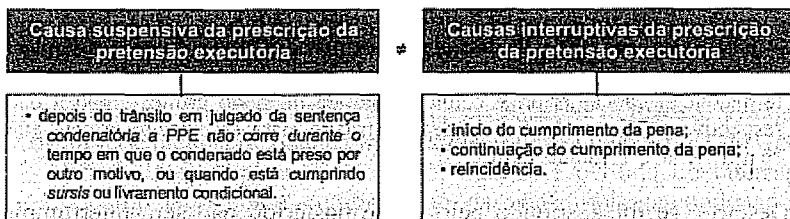
Fundamenta-se essa opção na natureza personalíssima dessas causas interruptivas, intransmissíveis aos coautores e partícipes da infração penal. De fato, alguém iniciou o cumprimento da pena, ou continuou a cumpri-la, ou é reincidente, e tais situações não são comunicáveis a qualquer outra pessoa.

#### 46.10.4.6. Causa impeditiva da prescrição da pretensão executória

Dispõe o art. 116, parágrafo único, do Código Penal: “Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo”.

Se o Estado ainda não pode exigir do condenado o cumprimento da pena, porque ele está preso por outro motivo, não seria correto nem justo impossibilitá-lo de exercer, no futuro, seu direito de punir. Sua omissão não é voluntária, mas compulsória.

E, em consonância com a orientação do Supremo Tribunal Federal, embora o Código Penal não considere, de forma explícita, a suspensão condicional da pena (*sursis*) e o livramento condicional como causas impeditivas da prescrição da pretensão executória, esse efeito deflui da lógica do sistema vigente.<sup>43</sup>



#### 46.10.4.7. Prescrição da pretensão executória e indulto

Quando o indulto não funciona como causa extintiva da punibilidade, limitando-se somente a diminuir a pena, irradia efeitos sobre o cálculo da prescrição da pretensão executória, que agora deve respeitar a nova sanção penal.<sup>44</sup>

#### 46.10.5. Prescrição virtual, projetada, antecipada, prognostical ou retroativa em perspectiva

Trata-se de **construção doutrinária e jurisprudencial**. Decreta-se a extinção da punibilidade com fundamento na perspectiva de que, mesmo na hipótese de eventual condenação, inevitavelmente ocorrerá a prescrição retroativa.

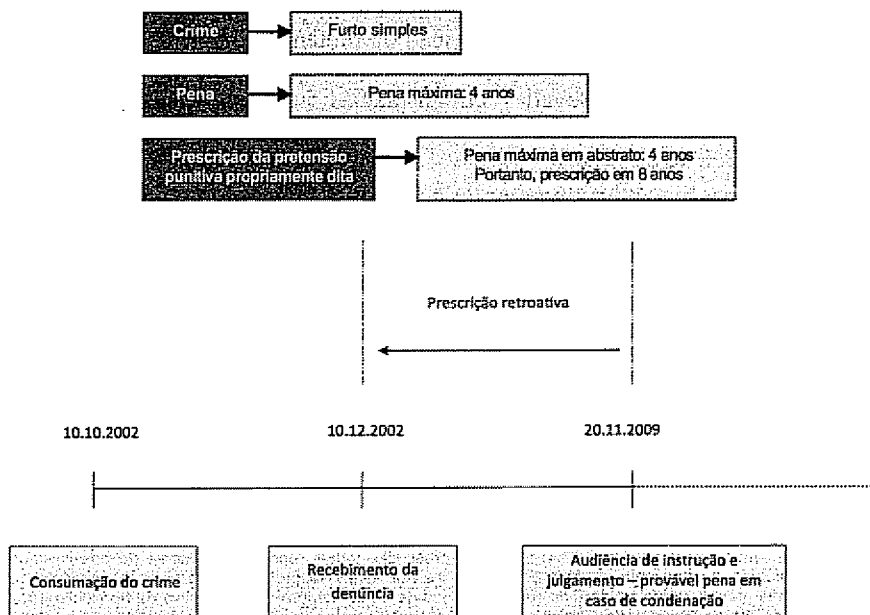
<sup>43</sup> HC 91.562/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2.ª Turma, j. 09.10.2007.

<sup>44</sup> STF: Ext. 689-4, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 19.12.1997.

Vejamos um exemplo: “A” pratica um crime de furto simples (CP, art. 155, *caput*), no dia 10 de outubro de 2002. A vítima comparece à Delegacia de Polícia, levando a *notitia criminis*, que resulta na instauração de inquérito policial para apuração do fato. O procedimento investigatório é relatado e encaminhado ao Fórum. O Ministério Público oferece denúncia, que vem a ser recebida em 10 de dezembro de 2002. O trâmite processual, entretanto, é extremamente lento, e a audiência de instrução e julgamento é designada para a data de 20 de novembro de 2009. Nos debates em audiência, o membro do *Parquet*, analisando a folha de antecedentes do réu, verifica tratar-se de pessoa primária e sem antecedentes criminais, sendo-lhe favoráveis as circunstâncias judiciais (ou inominadas) elencadas no art. 59, *caput*, do Código Penal.

Na hipótese narrada, não se operou a prescrição da pretensão punitiva propriamente dita (prescrição da ação), pois a pena máxima em abstrato do crime de furto simples é de 4 (quatro) anos, e entre a data do recebimento da denúncia e a provável publicação da sentença condenatória recorrível ainda não se passaram 8 (oito) anos. Desse modo, o magistrado não teria razões legais para declarar a extinção da punibilidade em face da prescrição (CP, art. 107, IV, 1.ª figura).

Todavia, o Promotor de Justiça faz o seguinte raciocínio: é razoável prosseguir na ação penal, ciente de que somente se evitará a prescrição retroativa com a aplicação da pena privativa de liberdade em seu patamar máximo, quando a situação real (diminuta gravidade do crime e circunstâncias judiciais favoráveis do agente) indica caminho contrário?



De fato, somente a pena máxima seria apta a impedir a ocorrência da prescrição retroativa (entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória recorrível), e o caso concreto apresenta motivos suficientes para fazer acreditar que a reprimenda, se condenado o réu, dificilmente ultrapassaria o limite mínimo legalmente previsto.

Relevante parcela da doutrina é favorável à adoção prática dessa espécie de prescrição, por dois motivos: **ausência de interesse de agir e economia processual**.

Não existiria utilidade na ação penal, pois irremediavelmente ocorreria a prescrição retroativa, tornando inócuo o seu emprego. Ademais, seria despropositado gastar tempo dos operadores da Justiça, e, principalmente, dinheiro público, com um processo penal fadado a ter reconhecida a extinção da punibilidade.

Advirta-se, contudo, que mesmo para os que aceitam essa construção científica é necessário agir com bom-senso. O réu não tem, antecipadamente, o direito de receber a pena mínima. Portanto, é equívocado desejar a incidência da prescrição antecipada quando, com a pena rasa, estaria extinta a punibilidade. Em verdade, só há falar nessa espécie de prescrição quando, exclusivamente, a pena máxima, ou algo dela muito próximo, seria capaz de evitar a extinção da punibilidade.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, não admite essa espécie fictícia de prescrição: “A firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal repele a alegação de prescrição antecipada, por ausência de previsão legal”.<sup>45</sup> Sustenta, ainda, ser precoce reconhecer a prescrição da pretensão punitiva com suporte na presunção de futura e incerta pena, uma vez que no curso da instrução criminal poderiam ser provadas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, sem prejuízo da descoberta de novos fatos que poderiam inclusive alterar a tipicidade do fato.<sup>46</sup>

Na mesma direção, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 438: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão pu-

<sup>45</sup> HC 90.337/SP, rel. Min. Carlos Brito, 1.ª Turma, j. 19.06.2007. Veja-se também os seguintes arestos do Superior Tribunal de Justiça: “De acordo com o entendimento há muito pacificado nesta Corte Superior, na falta de previsão legal, não se há falar em prescrição em perspectiva da pretensão punitiva do Estado” (HC 88.171/MT, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª Turma, j. 06.08.2008). Igualmente: “A chamada prescrição antecipada, em perspectiva ou virtual, não tem previsão legal e é repudiada pela jurisprudência do STF e do STJ, visto violar o princípio da presunção de inocência e da individualização da pena (que será ainda aplicada). O mero fato de ser a ocorrência primária e de bons antecedentes não lhe garante a aplicação, por presunção, de pena mínima para efeito do cômputo do prazo prescricional, pois é o juízo singular quem deve aplicá-la no caso de eventual condenação, valorando cada uma das circunstâncias do art. 59 do CP” (RHC 18.569-MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma, j. 25.09.2008, noticiado no *Informativo* 369).

<sup>46</sup> RHC 86.950/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2.ª Turma, j. 07.02.2006, noticiado no *Informativo* 415. Em nossa opinião, o principal óbice à aceitação da prescrição virtual repousa justamente na possibilidade de aditamento da denúncia (*mutatio libelli*), ao final da instrução probatória, para reconhecimento de crime mais grave (exemplos: de furto para roubo, ou de lesão corporal para tentativa de homicídio), nos moldes do art. 384, *caput*, do Código de Processo Penal.

nitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

Vale destacar que a modificação do § 1.º do art. 110 do Código Penal pela Lei 12.234/2010, efetuada com a finalidade de impedir a prescrição retroativa em período anterior à denúncia ou queixa, tornou extremamente difícil a ocorrência prática da prescrição virtual. Como se sabe, a prescrição antecipada normalmente se verificava na fase investigatória, ou seja, entre o fato criminoso e a provável data do recebimento da denúncia ou queixa.

Subsiste, entretanto, a possibilidade de reconhecimento da prescrição retroativa na fase judicial, isto é, entre a publicação da sentença condenatória recorrível e o recebimento da denúncia ou queixa. Para os adeptos da prescrição virtual, esta brecha abre ensejo para sua constatação durante o desenrolar da ação penal.

Nos crimes de competência do Tribunal do Júri, também seria possível a prescrição antecipada em três momentos distintos: (a) entre a publicação da sentença condenatória recorrível e a decisão confirmatória da pronúncia; (b) entre a decisão confirmatória da pronúncia e a pronúncia; e (c) entre a pronúncia e o recebimento da denúncia ou queixa.

#### 46.11. PRESCRIÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Dispõe o parágrafo único do art. 109 do Código Penal: “Aplicam-se às penas restritivas de direitos os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade”.

As penas restritivas de direitos, por serem **substitutivas** das privativas de liberdade (não têm previsão independente nos preceitos secundários dos tipos penais), seguem os mesmos prazos das penas substituídas.

O Supremo Tribunal Federal, firmando posição sobre o assunto, indeferiu *habeas corpus* em que condenada pela prática do crime de estelionato (CP, art. 171) – cuja pena privativa de liberdade fora substituída por restritiva de direitos consistente em prestação pecuniária em favor da vítima – pleiteava a declaração da prescrição da pretensão punitiva ao argumento de que já transcorrido período superior a dois anos entre a data do recebimento da denúncia e a sentença condenatória recorrível. Sustentava, na espécie, que a pena restritiva de direito que ostenta feição reparatória teria a mesma natureza jurídica da pena de multa, o que implicaria a aplicação do art. 114 do Código Penal, e não do art. 109 do mesmo diploma, para a contagem do prazo prescricional. Entendeu-se que, no caso, a prescrição da pretensão punitiva deveria ser calculada com base nos parâmetros descritos no citado art. 109 do Código Penal que, em seu parágrafo único, estende “às penas restritivas de direitos os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade”. Assim, reputou-se incabível a alegação de que a mera substituição da

pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos de caráter reparatório alteraria a própria natureza da reprimenda.<sup>47</sup>

Veja-se, a propósito, interessante julgado do Superior Tribunal de Justiça envolvendo a interrupção da prescrição na pena de prestação de serviços à comunidade:

O paciente compareceu à entidade assistencial designada pelo juízo da execução, local onde deveria cumprir a pena de prestação de serviços à comunidade a que fora condenado, porém foi dispensado por não se enquadrar no perfil exigido por ela. Após, viu essa pena ser convertida em privativa de liberdade, bem como ser expedido o mandado de prisão, sem que, ao menos, o juízo perquirisse os motivos pelos quais não mais compareceu ao local da prestação do serviço. Diante disso, a Turma, entre outros, entendeu que o mero comparecimento à entidade, tal como relatam os autos, é capaz de configurar a causa interruptiva da prescrição prevista no art. 117, V, do CP (início do cumprimento da pena), pois o art. 149, § 2.º, da LEP é claro em determinar que a execução daquela pena terá início a partir da data do primeiro comparecimento. Assim, ainda que dispensada pela entidade assistencial, a presença do paciente na data marcada vale como dia cumprido de pena.<sup>48</sup>

#### 46.12. PRESCRIÇÃO E DETRAÇÃO PENAL

Discute-se se a detração penal (CP, art. 42) – consistente no desconto, na pena privativa de liberdade, do tempo de prisão provisória já cumprida pelo condenado – influencia ou não no cálculo da prescrição.

Para quem admite essa possibilidade, fundada na aplicação analógica do art. 113 do Código Penal, a prescrição deveria ser computada com base no restante da pena, ou seja, somente com o tempo ainda não cumprido pelo sentenciado. Exemplo: “A” foi condenado a seis anos. Provisoriamente (antes do trânsito em julgado), contudo, ficou preso por três anos. A prescrição, seguindo esse raciocínio, deveria ser calculada sobre a pena faltante, isto é, três anos, e não sobre a pena total.

O Supremo Tribunal Federal, inspirado no princípio da estrita legalidade, de observância cogente em matéria penal, tem posição diversa:

O art. 113 do Código Penal tem aplicação vinculada às hipóteses de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional, não se referindo ao tempo de prisão cautelar para efeito do cálculo da prescrição (CP: “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”).<sup>49</sup>

<sup>47</sup> HC 92.224/SP, rel. Min. Carlos Britto, 1.ª Turma, j. 20.11.2007, noticiado no *Informativo* 489.

<sup>48</sup> HC 108.007-SP, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), 6ª Turma, j. 25.09.2008, noticiado no *Informativo* 369.

<sup>49</sup> RHC 85.026/SP, rel. Min. Eros Grau, 1.ª Turma, j. 26.04.2005.

Em síntese, o Supremo Tribunal Federal entende deva a prescrição observar a pena aplicada, a pena concretizada no título executivo judicial, sem diminuir-se o período em que o réu esteve, provisoriamente, sob a custódia do Estado (detração penal).<sup>50</sup>

#### 46.13. PRESCRIÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

As medidas de segurança, qualquer que seja sua espécie, podem ser aplicadas aos inimputáveis (CP, art. 26, *caput*) ou aos semi-imputáveis (CP, art. 26, parágrafo único), quando comprovada a periculosidade e o condenado necessitar de especial tratamento curativo. Submetem-se, em qualquer hipótese, ao instituto da prescrição.<sup>51</sup>

No tocante aos semi-imputáveis, a prescrição segue a sistemática incidente às penas privativas de liberdade, uma vez que leva em conta a pena diminuída aplicada com a condenação e depois substituída por medida de segurança (CP, art. 98). Existe uma sentença condenatória concreta apta a servir de parâmetro para o cálculo do prazo prescricional.

A questão é diversa, porém, em relação aos inimputáveis. Destacam-se duas posições acerca do tema:

- 1.<sup>a</sup> *posição*: É possível somente a prescrição da pretensão punitiva, com base na pena máxima em abstrato, e jamais a prescrição da pretensão executória, porque esta última exige a imposição de pena concreta, o que não se dá na medida de segurança aplicada ao inimputável. Depois de atribuída a medida de segurança, se o inimputável não for encontrado imediatamente (pela fuga ou qualquer outra causa), mas só depois de superado seu prazo mínimo, o correto é analisar se subsiste ou não a periculosidade do agente que legitimou a sanção penal. Em caso positivo, deve ser executada. Em caso negativo, declara-se sua extinção.
- 2.<sup>a</sup> *posição*: Podem ocorrer ambas as espécies de prescrições: da pretensão punitiva e da pretensão executória, calculando-se as duas em conformidade com a pena máxima em abstrato.<sup>52</sup>

Essa última posição é aceita pelo Supremo Tribunal Federal, que reclama o cálculo da prescrição com base na pena máxima em abstrato.<sup>53</sup>

<sup>50</sup> HC 100.001/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 1.<sup>a</sup> Turma, j. 11.05.2010, noticiado no *Informativo* 586.

<sup>51</sup> STF: HC 97.621/RS, rel. Min. Cezar Peluso, 2.<sup>a</sup> Turma, j. 02.06.2009, noticiado no *Informativo* 549.

<sup>52</sup> Nessa linha de raciocínio: FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: RT, 2001. p. 200-207.

<sup>53</sup> RHC 86.888/SP, rel. Min. Eros Grau, 1.<sup>a</sup> Turma, j. 08.11.2005. É também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: HC 59.764/SP, rel. Min. Og Fernandes, 6.<sup>a</sup> Turma, j. 25.05.2010, noticiado no *Infor-*

#### 46.14. PRESCRIÇÃO E ABSORÇÃO DE PENAS

O art. 118 do Código Penal estabelece, expressamente, que “as penas mais leves prescrevem com as mais graves”.

A comparação de gravidade é a seguinte: a pena privativa de liberdade é a mais grave, enquanto mais leves são as restritivas de direitos e a multa. Como sustentam Zaffaroni e Pierangeli:

Razões doutrinárias, e muito especialmente de política criminal, determinaram a solução legal. Aliás, seria incompreensível que o Estado, em razão do tempo, se conformasse com a não execução de uma pena de maior intensidade e determinasse a continuação da prescrição de penas mais leves.<sup>54</sup>

O dispositivo é absolutamente dispensável para as penas restritivas de direitos, as quais, por serem substitutivas, necessariamente prescrevem no mesmo prazo das penas privativas de liberdade substituídas. Aliás, isso já consta do art. 109, parágrafo único, do Código Penal.

Cumpra frisar, no entanto, que na hipótese de serem aplicadas, simultaneamente, uma pena privativa de liberdade e outra restritiva de direitos, como admitem diversos crimes tipificados pelo Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/1997, arts. 302 a 304 e 306 a 308), com a prescrição daquela a esta não se reservará melhor sorte.

No campo da pena de multa, o art. 114, II, do Código Penal previu regra específica, mas com o mesmo propósito da ora em análise.

Deve ser destacado, porém, que esse critério não tem incidência na seara do **concurso de crimes**, em que a pena de cada delito prescreve isoladamente (CP, art. 119).

#### 46.15. PRESCRIÇÃO NO CONCURSO DE CRIMES

Conforme emana do art. 119 do Código Penal: “No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente”.

Aplica-se esse dispositivo ao concurso material, ao concurso formal e ao crime continuado.

Em relação ao **concurso material**, caracterizado quando o agente, mediante duas ou mais condutas, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não,

mativo 436; HC 48.993/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5.ª Turma, j. 04.10.2007; e HC 53.019/SP, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 07.11.2008.

<sup>54</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, v. 1, p. 652.



o art. 69, *caput*, do Código Penal acolheu o sistema do **cúmulo material**, é dizer, somam-se as penas de todos os crimes.

No que concerne à prescrição, a extinção da punibilidade deve ser analisada sobre a pena de cada um dos delitos, isoladamente, e não sobre a pena final, resultante da soma das reprimendas cabíveis a cada um dos crimes.<sup>55</sup>

Exemplo: “A” pratica três crimes. É condenado a 12 anos de reclusão: 2 (dois) anos pelo primeiro delito, 4 (quatro) anos pelo segundo, e 6 (seis) anos pelo terceiro. Para análise da prescrição, desconsidera-se a pena final. O que vale é a pena de cada um dos crimes: o primeiro prescreverá em 4 (quatro) anos, o segundo em 8 (oito) anos, e o terceiro em 12 (doze) anos. Conclui-se, assim, hipoteticamente falando, que após 10 (dez) anos, com a omissão do Estado em executar a pena, restará somente a pena de 6 (anos), atinente ao terceiro crime, pois as demais já terão sido atingidas pela prescrição.

Esse raciocínio igualmente se aplica ao **concurso formal impróprio**, ou **imperfeito** (CP, art. 70, *caput, in fine*), pois nele as penas dos diversos crimes também devem ser somadas.

Já no que diz respeito ao **concurso formal próprio**, ou **perfeito**, e também ao **crime continuado**, adotou-se o **sistema da exasperação** (CP, arts. 70, *caput*, 1.ª parte, e 71, *caput* e parágrafo único), pois o magistrado, para dosar a pena, aplica a inerente a qualquer dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada de determinado percentual.

Para o cálculo da prescrição, o juiz há de considerar somente a pena inicial, isto é, a pena derivada de um dos crimes, sem o aumento decorrente do concurso formal próprio ou da continuidade delitiva.

Exemplo: “B” pratica dois crimes de furto qualificado pela destruição de obstáculo á subtração da coisa (CP, art. 155, § 4.º, I), devendo o segundo, pelas condições de tempo, local, modo de execução e outras semelhantes, ser considerado como continuação do primeiro. É condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, com um acréscimo de 4 (quatro) meses em face da exasperação de 1/6 por se tratar de crime continuado. A sua pena final é de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses. A extinção da punibilidade ocorrerá em 4 (quatro) anos, pois incide sobre a pena de 2 (dois) anos, desprezando-se o aumento decorrente da continuação.

Nessa linha de entendimento é o teor da Súmula 497 do Supremo Tribunal Federal: “Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação”.

A orientação da súmula também incide em relação ao concurso formal próprio ou perfeito, pela identidade de fundamento. De fato, nas duas modali-

<sup>55</sup> É a posição do Supremo Tribunal Federal: HC 85.399/PR, rel. Min. Celso de Mello, 2.ª Turma, 1. 12.12.2006.

dades de concurso de crimes o legislador recepcionou, para fins de aplicação da pena, o sistema da exasperação.

#### 46.16. PRESCRIÇÃO DA PENA DE MULTA

A matéria é tratada pelo art. 114 do Código Penal:

Art. 114. A prescrição da pena de multa ocorrerá:

- I – em dois anos, quando a multa for a única cominada ou aplicada;<sup>56</sup>
- II – no mesmo prazo estabelecido para a prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada.

Convém fazer a distinção entre a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória da pena pecuniária.

##### a) Prescrição da pretensão punitiva da pena de multa

O art. 114 do Código Penal é pacificamente aplicado quando a sanção pecuniária ainda não transitou em julgado para ambas as partes.

Além disso, incidem as causas impeditivas e interruptivas versadas pelos arts. 116, I e II, e 117, I a IV, do Código Penal.

##### b) Prescrição da pretensão executória

Em relação à prescrição da pretensão executória, as causas suspensivas e interruptivas são as previstas nas normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, isto é, na Lei 6.830/1980 (CP, art. 51).

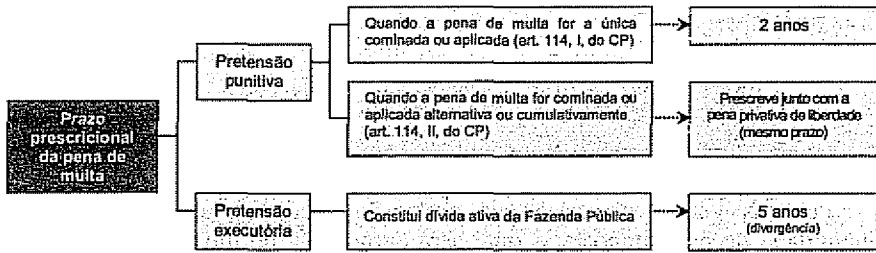
A causa interruptiva mais importante é o despacho judicial que ordena a citação (Lei 6.830/1980, art. 8.º, § 2.º).

No tocante ao prazo prescricional, há duas correntes:

- 1) É de 5 (cinco) anos, pois a Lei 9.268/1996, ao alterar o art. 51 do Código Penal, determinou que, para fins de execução, a pena de multa fosse considerada dívida de valor.
- 2) É o mesmo prazo da pena privativa de liberdade, se aplicada conjuntamente com esta, em obediência ao art. 118 do Código Penal, pelo qual as penas mais leves prescrevem com as mais graves. E se foi a única imposta ao condenado, a pena de multa prescreve em 2 (dois) anos.

<sup>56</sup> Esse prazo não foi alterado pela Lei 12.234/2010, a qual estipulou o prazo prescricional mínimo de 3 anos unicamente no tocante às penas privativas de liberdade disciplinadas no Código Penal.

Vale ressaltar, qualquer que seja a corrente adotada, que a reincidência, embora devidamente reconhecida na sentença, não aumenta em 1/3 (um terço) o prazo da prescrição da pretensão executória da pena de multa. Como determina a Súmula 604 do Supremo Tribunal Federal: “A prescrição pela pena em concreto é somente da pretensão executória da pena privativa de liberdade”.



**46.17. PRESCRIÇÃO NA LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL**

Aplicam-se as regras do Código Penal a todas as leis que não possuam tratamento específico acerca da prescrição. Extrai-se essa conclusão do art. 12 do Código Penal (princípio da convivência das esferas autônomas).

É o que ocorre, por exemplo, nos crimes de abuso de autoridade (Lei 4.898/1965), nos crimes contra a segurança nacional (Lei 7.170/1983), nos crimes contra a economia popular (Lei 1.521/1951), nos crimes eleitorais (Lei 4.737/1965), nas contravenções penais (Decreto-lei 3.688/1941), nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei 7.492/1986), nos crimes ambientais (Lei 9.605/1998) e nos crimes de lavagem de bens, direitos e valores (Lei 9.613/1998), entre vários outros.

**46.17.1. Lei de Drogas – Lei 11.343/2006**

Para a conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006 – adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar –, opera-se em 2 (dois) anos tanto a prescrição da pretensão punitiva como a prescrição da pretensão executória. Nesse sentido, dispõe o art. 30 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.

Esse prazo prescricional subsiste no patamar de 2 (dois) anos. Em se tratando de lei especial, e, portanto, de regra específica, não se aplica a

alteração introduzida no art. 109, VI, do Código Penal pela Lei 12.234/2010. É o que se extrai da leitura do art. 12 do Código Penal: “As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”.

Anote-se, porém, que em relação a todos os demais crimes previstos na Lei 11.343/2006, o instituto da prescrição obedece aos mandamentos do Código Penal.

#### **46.17.2. Código Penal Militar – Decreto-lei 1.001/1969**

A prescrição da pretensão punitiva é regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao delito (art. 125, *caput*).

Por sua vez, a prescrição da pretensão executória é calculada pela quantidade de pena imposta, a qual será aumentada de um terço se o réu é criminoso habitual ou por tendência (art. 126).

Para a pena de morte, o prazo prescricional é de 30 anos (art. 125, I).

#### **46.17.3. Prescrição e Estatuto da Criança e do Adolescente**

As disposições do Código Penal relativas à prescrição são compatíveis com as medidas socioeducativas tratadas pela Lei 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, pois tais formas de resposta estatal, a par de sua natureza preventiva e reeducativa, possuem também caráter retributivo e repressivo.

Nesse sentido a Súmula 338 do Superior Tribunal de Justiça: “A prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas”. Calcula-se a causa extintiva da punibilidade com base na pena máxima em abstrato cominada ao crime ou contravenção penal correspondente ao ato infracional, reduzida pela metade pelo fato de tratar-se de pessoa menor de 21 anos de idade.<sup>57</sup>

Essa posição é também acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, com o fundamento de serem as normas gerais do Código Penal aplicáveis subsidiariamente em caso de omissão do Estatuto da Criança e do Adolescente.<sup>58</sup>

### **46.18. FALTA GRAVE NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E PRESCRIÇÃO DE INFRAÇÃO DISCIPLINAR**

Em face da ausência de norma específica na Lei 7.210/1984 – Lei de Execução Penal – sobre o tema, é constitucional, porque mais benéfico ao reeducando, o entendimento pelo qual é de 3 (três) anos o prazo prescricional para a aplicação de sanção disciplinar em razão da prática de falta grave

<sup>57</sup> STJ: HC 90.172-RJ, rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 21.02.2008, noticiado no *Informativo* 345.

<sup>58</sup> HC 88.788/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2.ª Turma, j. 22.04.2008, noticiado no *Informativo* 503.

(LEP, arts. 52 e 53). Utiliza-se, analogicamente, o disposto no art. 109, VI, do Código Penal, com a redação dada pela Lei 12.234/2010, levando-se em conta o menor lapso previsto.<sup>59</sup>

E, em caso de fuga do condenado do estabelecimento prisional, o termo inicial do prazo de prescrição é a data da recaptura, tomando-se de empréstimo o art. 111, III, do Código Penal: “A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência”.<sup>60</sup>

## 46.19. QUESTÕES

1. (MP/SE – CESPE/2010) De acordo com o CP, o curso da prescrição interrompe-se  
(A) em virtude da reincidência.  
(B) pelo início, mas não pela continuação do cumprimento da pena.  
(C) pelo oferecimento da denúncia ou da queixa.  
(D) se houver prolação de sentença absolutória.  
(E) pela superveniência da confissão do acusado em juízo.
2. (181.ª Magistratura SP - VUNESP) Por furto qualificado acontecido em 10 de janeiro de 2004, A e B foram processados (denúncia recebida em 03 de fevereiro de 2005), sobrevindo, em 24 de maio de 2006, sentença que condenou o primeiro às penas de 02 (dois) anos de reclusão e 10 dias-multa, sem recurso das partes. Quanto a B, menor de 21 anos à data do crime, o processo foi desmembrado para a instauração de incidente de insanidade mental que, ao final, o considerou plenamente imputável. B, então, foi condenado, pelo mesmo delito, às penas de 02 (dois) anos de reclusão e 10 dias-multa, por sentença publicada em 21 de março de 2007, que se tornou definitiva para as partes em abril do mesmo ano. É correto afirmar, quanto a B, que  
(A) ocorreu a prescrição da pretensão punitiva em face da pena aplicada e de sua menoridade relativa à data do delito.  
(B) ocorreu a prescrição da pretensão executória em face da pena aplicada e de sua menoridade relativa à data do crime.  
(C) não ocorreu a extinção da punibilidade, em qualquer dessas modalidades, em razão da interrupção do curso da prescrição pela instauração de incidente de insanidade mental.  
(D) não ocorreu a extinção da punibilidade, em qualquer dessas modalidades, em razão da interrupção do curso da prescrição pela sentença condenatória proferida contra A.
3. (182.ª Magistratura SP – VUNESP) Assinale a alternativa correta, de acordo com orientação doutrinária e jurisprudencial expressivamente majoritária nos dias atuais.  
(A) A prescrição retroativa antecipada, também denominada prescrição virtual, sempre pode servir de fundamento para a extinção da punibilidade.

<sup>59</sup> Esse já era o entendimento do Supremo Tribunal Federal, antes da entrada em vigor da Lei 12.234/2010, e não há razão jurídica para ser alterado: HC 97.611/RS, rel. Min. Eros Grau, 2.ª Turma, j. 26.05.2009, noticiado no *Informativo* 548.

<sup>60</sup> STF: HC 92.000/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 13.11.2007, noticiado no *Informativo* 488.

- (B) A extinção da punibilidade com base no reconhecimento da prescrição retroativa antecipada ou em perspectiva, também denominada prescrição virtual, carece de embasamento legal.
- (C) A aplicação da prescrição retroativa antecipada não viola o princípio da legalidade.
- (D) A prescrição, com base na pena a ser aplicada em futura sentença, eventualmente condenatória, pode ser reconhecida de acordo com o prudente arbítrio do magistrado para julgar extinta a punibilidade do acusado.

**4. (MP/ES – CESPE/2010) Assinale a opção correta em relação à extinção da punibilidade penal.**

- (A) Se um indivíduo provocar culposamente um acidente em que faleçam o seu único filho e um terceiro desconhecido, a eventual concessão do perdão judicial ao infrator, decorrente da morte de ente querido, não se estenderá à culpabilidade pela morte do terceiro.
- (B) Depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, a prescrição regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.
- (C) A prescrição, antes de a sentença penal condenatória transitar em julgado, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime. Mas, se o máximo da pena aplicada ao caso for inferior a um ano, a prescrição ocorrerá em dois anos, em regra.
- (D) A prescrição da pena de multa ocorre em dois anos quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada com pena privativa de liberdade.
- (E) Caso a prescrição seja interrompida com o início do cumprimento da pena, em qualquer hipótese o prazo começará a correr, novamente, do dia da interrupção.

**5. (Defensoria Pública/PA – FCC/2009) A prescrição da pretensão executória do Estado**

- (A) regula-se pela pena aplicada ao crime, aumentada de um sexto para os condenados reincidentes em crime doloso.
- (B) não pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa.
- (C) regula-se pela pena cominada ao crime, diminuída de metade se o condenado for menor de 21 anos de idade na data do fato ou maior de 70 anos na data da sentença.
- (D) tem por termo inicial o do início do cumprimento efetivo da pena privativa de liberdade imposta, ressalvados os casos de detração.
- (E) regula-se pela pena aplicada e pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa.

**6. (Defensoria Pública/MG – FUMARC/2009) A prescrição da pretensão punitiva é regulada:**

- (A) Pela pena aplicada na sentença condenatória recorrível.
- (B) Pela pena máxima prevista para o tipo penal.
- (C) Pela pena aplicada na sentença condenatória transitada em julgado.
- (D) Pelo prazo de 30 anos, quando se tratar de crime hediondo.
- (E) Pela pena hipotética, nos crimes de menor potencial ofensivo.

**7. (Defensoria Pública/MG – FUMARC/2009) Se a existência de crime depender de solução que o juiz criminal reputa séria e fundada, relacionado ao estado civil das pessoas, ficará suspenso o curso do processo até que no juízo civil seja**

a resolvida por sentença transitada em julgado (artigo 92 do CPP). Ocorrendo a situação acima descrita, em relação à prescrição, é CORRETO afirmar:

- (A) Não corre a contagem do prazo prescricional.
- (B) Não sofre qualquer interrupção ou suspensão, porque o Ministério Público torna-se legitimado para propor a ação civil.
- (C) Se não houver recurso da acusação contra a decisão que suspendeu o curso do processo, não haverá suspensão do prazo prescricional.
- (D) A responsabilidade civil é independente da criminal, por isso não há a interrupção do prazo prescricional.
- (E) As normas de direito processual penal são independentes e não guardam relação com as normas de prescrição que são de direito material.

8. (Magistratura/PA – FGV/2009) Assinale a causa que não interrompe o curso da prescrição.

- (A) Reincidência.
- (B) Oferecimento da denúncia ou da queixa.
- (C) Publicação da sentença condenatória recorrível.
- (D) Publicação do acórdão condenatório recorrível.
- (E) Decisão confirmatória da pronúncia.

9. (Magistratura/MG – FUNDEP/2009) Sobre o instituto da prescrição, marque a alternativa CORRETA.

- (A) A prescrição da pretensão executória faz desaparecer todos os efeitos da condenação.
- (B) Na prescrição punitiva em abstrato, ou seja, antes da sentença condenatória, é aplicável a “Teoria da Pior das Hipóteses”, devendo o Juiz observar as causas de aumento pela maior fração, as de diminuição pela menor fração, bem como considerar também as agravantes e atenuantes.
- (C) A prescrição da pretensão punitiva, por implicar na perda do direito de punir do Estado, deverá ser reconhecida apenas após requerimento do Ministério Público nesse sentido, sendo vedado o seu conhecimento de ofício pelo juiz.
- (D) O termo inicial para a fluência do prazo prescricional, regra geral, é o dia em que o crime se consumou. Na hipótese de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa. Na hipótese de crime permanente, do dia em que cessou a permanência.

10. (MP/GO – 2009) No que pertine à prescrição, marque a alternativa incorreta.

- (A) São causas que interrompem a prescrição: o recebimento da denúncia ou queixa; a publicação da sentença de pronúncia; a ausência do acusado citado por edital, sem que este tenha nomeado defensor; e a publicação de sentença condenatória recorrível.
- (B) O termo inicial da contagem do prazo é a data da consumação do crime e não a data da prática da conduta (o que excepciona a teoria da atividade).
- (C) No crime continuado, a prescrição incide isoladamente sobre cada um dos delitos componentes da continuidade.
- (D) As agravantes e atenuantes não são consideradas para cálculo da prescrição da pretensão punitiva, diferentemente das causas de aumento e diminuição da pena, que devem ser computadas no cálculo da prescrição da pretensão punitiva.

**GABARITO:** As respostas destes testes encontram-se no final do livro.

**Obs.:** Mais questões sobre este capítulo estão disponíveis para *download* gratuito no site [www.editorametodo.com.br](http://www.editorametodo.com.br).

# Bibliografia

- ALIMENA, Bernardino. *Principios de derecho penal*. Trad. Eugenio Cuello Callón. Madrid: Victoriano Suárez, 1915. v. I.
- ALMEIDA, Carlota Pizarro de. *Modelos de imputabilidade*. Da teoria à prática. Coimbra: Almedina, 2000.
- ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*. O processo psicológico e a verdade judicial. Trad. Fernando Miranda. Coimbra: Armênio Amado, 1981. v. I.
- ANCEL, Marc. *A nova defesa social – um movimento de política criminal humanista*. Trad. Osvaldo Melo. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal*. Uma perspectiva jurídico-criminal. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal*. Parte general. Trad. espanhola Juan Del Rosal e Ángel Tório. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1960.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal*. Parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal*. Parte geral. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Arminda Bergamini Miotto. São Paulo: Saraiva, Editora da Universidade de São Paulo, 1973. v. I.
- BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal: conceptos fundamentales y sistema*. Trad. espanhola Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1973.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Bertì Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1991.



- BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. La doctrina del delito tipo. Trad. Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, 1971: v. II.
- . *Direito penal*. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, 1976. v. III.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição*. Uma análise comparativa. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- . *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- . *Novas penas alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- . *Tratado de direito penal*. Parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- . *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- . *Direito penal – Parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. I e II.
- CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- . *Curso de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones de derecho penal*. El delito. Buenos Aires: 1952.
- CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*. Parte general. Bogotá: Temis, 2004. v. I.
- CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1944. v. IV.
- CASTELLÓ NICÁS, Nuria. *El concurso de normas penales*. Granada: Comares, 2000.
- CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. Parte general. Madri: Tecnos, 2001. v. III.
- . *Derecho penal – Parte general*. São Paulo: RT, 2007.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Estrutura do direito penal*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

- CERVINI, Raúl. *Los procesos de descriminalización*. 2. ed. Montevideo: Ed. Universidad, 1993.
- CÓRDOBA RODA, Juan. *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*. Barcelona: Bosch, 1962.
- CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. *A teoria do concurso em direito criminal*. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. volume 1 – parte geral.
- . *Direito penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. volume 3 – parte geral.
- COSTA E SILVA, A. J. da. *Código penal anotado*. São Paulo: RT, 1943. v. I.
- COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal: curso completo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- . *Nexo causal*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- . *O crime aberrante*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho pena I – Parte general*. 10. ed. Barcelona: Bosch, 1953. t. I.
- CURY URZÚA, Enrique. *Derecho penal – Parte general*. Santiago: Jurídica de Chile, 1982. t. I.
- D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 3. ed. 8. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. Coimbra: João Abrantes, 1975.
- . *Direito penal*. Parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t. I.
- . *Liberdade. Culpa. Direito penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- . *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- . *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.
- . *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- DOHNA, Alexander Graf zu. *La estructura de la teoría del delito*. Trad. espanhola Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.
- DORADO MONTERO, Pedro. *Bases para un nuevo derecho penal*. Buenos Aires: Depalma, 1973.

- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- . Visão geral da medida de segurança. *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva*. In: Shecaira, Sérgio Salomão (org.). São Paulo: Método, 2001.
- FARIA, Bento. *Código penal brasileiro comentado*. Rio de Janeiro: Record, 1961. v. II.
- . *Código penal brasileiro comentado*. Rio de Janeiro: Record, 1961. v. III.
- FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.
- FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "Sociedade de Risco" e o futuro do direito penal*. Coimbra: Almedina, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavarez e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006.
- FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: RT, 2001.
- FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A co-delinquência no direito penal brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.
- FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*. 2. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999.
- FOLCHI, Mário O. *La importancia de la tipicidad en derecho penal*. Buenos Aires: Depalma, 1960.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho penal – Introducción y parte general*. 17. ed. atual. por Guillermo A. C. Ledesma. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961.
- . *Lições de direito penal – Parte geral*. 15. ed. rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 10, fascículo 2, abr.-jun. 2000.
- ; STOCO, Rui. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. Parte geral. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. v. 1.
- ; ———; MARREY, Adriano. *Teoria e prática do júri*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997.
- FRANK, Reinhart. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Buenos Aires: B de F, 2004.

- FREUD, Sigmund. Totem e tabu. *Obras completas de Sigmund Freud*. Trad. Órizon Carneiro Muniz. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1995. v. XIII.
- FRIAS CABALLERO, Jorge. *El proceso ejecutivo del delito*. 2. ed. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1956.
- FUDOLI, Rodrigo de Abreu. *Da remição da pena privativa de liberdade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- GALVÃO, Fernando. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. 37. tir. São Paulo: Max Limonad, 1975. t. I e II, v. I.
- GARCIA, Maria. *Desobediência civil: direito fundamental*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- GARCIA, Waléria Garcelan Loma. *Arrependimento posterior*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- GARCÍA ALBERO, Ramón. *Non bis in idem material y concurso de Leyes Penales*. Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1995.
- GARCIA SOTO, Maria Paulina. *El estado de necesidad en materia penal*. Santiago: Jurídica Conosur, 1999.
- GAROFALO, Raffaele. *Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal*. São Paulo: Teixeira e Irmão, 1893.
- GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 1999.
- ; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. *Nova Lei de Drogas comentada*. São Paulo: RT, 2006.
- ; PABLOS DE MOLINA, Antoniò García; BIANCHINI, Alice. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2007. v. 1.
- GONDIM, Reno Feitosa. *Epistemologia Quântica & Direito Penal*. Fundamentos para uma Teoria da Imputação Objetiva do Direito Penal. Curitiba: Juruá, 2005.
- GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – Parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas anotada*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

- . *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Afilen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- . *Persona, mundo y responsabilidad penal*. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde e Maria del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- HULSMAN, Louk. *Sistema penal y seguridad ciudadana, hacia una alternativa*. Trad. espanhola Sergio Politoff. Barcelona: Ariel, 1984.
- HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v. I.
- . *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. V.
- . *Novas questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Forense, 1945.
- JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. São Paulo: RT, 2000.
- . *Ciência do direito e ciência do direito penal*. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.
- . *Derecho penal del enemigo*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003.
- . *Derecho penal – Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Trad. espanhola Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- . *Fundamentos de direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2003.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: principio da obrigatoriedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Traitado de derecho penal. Parte general*. 5. ed. Trad. espanhola Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.
- JESUS, Damásio E. de. *A imputação objetiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- . *Código penal anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- . *Da co-delinquência em face do novo Código Penal*. São Paulo: RT, 1976.
- . *Direito penal. Parte especial*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2.
- . *Direito penal. Parte geral*. 28. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.
- . *Novíssimas questões criminais*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- . *Penas alternativas: anotações à Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- . *Prescrição penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- . *Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La ley y el delito*. Principios de derecho penal. 13. ed. Buenos Aires: Sudamericana, 1984.
- . *Tratado de derecho penal*. Filosofía y ley penal. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1992. t. II.
- LA MEDICA, Vincenzo. *O direito de defesa*. Trad. Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1942.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LAROUSSE Cultural. *Grande dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 10. ed. São Paulo: Método, 2006.
- LINHARES, Marcello Jardim. *Co-autoria*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.
- . *Legítima defesa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1889. t. I.
- LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- LUIZI, Luis. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1987.
- . *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003.
- LYRA, Roberto. *A expressão mais simples do direito penal*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- . *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. II.
- . *Como julgar, como defender, como acusar*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1975.
- . *Novíssimas escolas penais*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.
- MACHADO, Martha de Toledo. *Proibições de excesso e proteção insuficiente no direito penal*. São Paulo: Verbatim, 2009.
- MANZINI, Vicenzo. *Instituzioni di diritto penale italiano* (Parte generale). Padova: CEDAM, 1946. v. I.
- . *Trattato di diritto penale italiano*. 5. ed. Torino: Torinese, 1981. v. II.
- MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso básico de medicina legal*. 8. ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. II.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- MARSICO, Alfredo de. *Diritto penale – Parte generale*. Napoli: Jovene, 1937.

- MARTINS, José Salgado. *Direito penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974.
- MASSON, Cleber Rogério. O direito penal do inimigo. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). *Processo penal e garantias constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Trad. espanhola Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962. v. 2.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- . *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MERKEL, Adolf. *Derecho penal*. Parte general. Trad. espanhola Pedro Dorado Montero. Buenos Aires: Julio César Faura, 2004.
- MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Trad. espanhola José Arturo Rodrigues Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. t. I.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte general. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- . *Manual de direito penal*. Parte geral. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1.
- . *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*. 10. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.
- MORILLAS CUEVA, Luis. *Curso de derecho penal español*. Parte general. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1996.
- MUNHOZ NETTO, Alcides. *Da tentativa no Código Penal brasileiro*. Curitiba: Editora Litero-Técnica, 1958.
- NEVES, Cicero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcelo. *Apontamentos de direito penal militar*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.
- NOGUEIRA, J. C. Ataliba. *Medidas de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1937.

- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 1.
- . *Do crime culposo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966.
- . Questões acerca da tentativa. In: *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2006.
- . *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: RT, 2009.
- . *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.
- . *Manual de processo e execução penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2008.
- PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia. *Criminologia: una introducción a sus fundamentos teóricos*. 6. ed. Santiago: LexisNexis, 2008.
- PAGLIARO, Antonio, e COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1989.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal*. Parte geral. Doutrina e jurisprudência: São Paulo: Método, 2008. v. 1.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Concurso de leyes, error y participación en el delito*. Madrid: Civitas, 1991.
- PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru: Jafóvi, 1980.
- . *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes de mera conduta*. 3. ed. São Paulo: RT, 1975.
- . *Do crime continuado*. 2. ed. São Paulo: RT, 1969.
- . *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: RT, 1983.
- PINHO, Ruy Rebello. *História do direito penal brasileiro: período colonial*. São Paulo: Bushatsky, Editora da Universidade de São Paulo, 1973.
- PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- . *Inimputabilidade e processo penal*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- PORTO, Antonio Rodrigues. *Da prescrição penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 1998.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – Parte geral*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- PRINS, Adolphe. *Ciência penal e direito positivo*. Trad. de Henrique de Carvalho. Lisboa: Livraria Clássica, 1915.
- PUGLIA, Fernando. *Da tentativa*. 2. ed. Trad. Octavio Mendes. Lisboa: Livraria Clássica, 1907.



- QUEIROZ, Nancelio de. *Teoria da "actio libera in causa"*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1936.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*. Parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- QUEIROZ FILHO, Antomo. *Lições de direito penal*. São Paulo: RT, 1966.
- RAMOS, Beatriz Vargas. *Do concurso de pessoas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*. São Paulo: José Bushatsky, 1974.
- . *Instituições de direito penal – Parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I.
- ; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. *Penas e medidas de segurança no novo Código*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- . *Novo olhar sobre a questão penitenciária*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- ROMEIRO, Jorge Alberto. A noite no direito e no processo penal. In: *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Néelson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.
- . *Da ação penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- . *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. espanhola Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 2006. t. I.
- . *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- . *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- . *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Editora Vega, 2004.
- SABINO JÚNIOR, Vicente. *Direito penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967. v. I e II.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal – Parte geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.
- SAUER, GUILLERMO. *Derecho penal (Parte general)*. Trad. de Juan del Rosal. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1956.
- SEMER, Marcelo. *Crime impossível e a proteção de bens jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

- SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: RT, 2002.
- SILVA, Germano Marques da. *Direito penal português – Parte geral*. Lisboa: Verbo, 1998. v. II.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- . *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SILVA, Marco Antonio Marques da Silva. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.
- . *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Reimpresión. Barcelona: J.M. Bosch, 2002.
- SILVEIRA, V. César da. *Tratado da responsabilidade criminal*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1955.
- SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*. Parte geral. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. t. I.
- . *Tratado de direito penal*. Parte geral. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. t. II.
- SODRÊ, Moniz. *As três escolas penais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1952.
- SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: La Ley, 1945. t. II.
- STEVENSON, Oscar. *Concurso aparente de normas penais. Estudos de direito e processo penal em homenagem a Néelson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.
- STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal*. Parte general. El hecho punible. Trad. espanhola Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1976.
- . *Derecho penal*. Parte general I. El hecho punible. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: 2005.
- TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *Direito penal*. Parte Geral. Questões fundamentais. Teoria Geral do Crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- . *Sucessão de leis penais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- TELES, Ney Moura. *Direito penal – Parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004. v. I.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

- \_\_\_\_\_. *O erro no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- \_\_\_\_\_. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. 13. tir. São Paulo: Saraiva, 2007.
- TORNAGUI, Hélio. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. I.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- VERGARA, Pedro. *Das circunstâncias atenuantes no direito penal vigente*. Rio de Janeiro: Bofoní, 1948.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Busto Ramirez e Sergio Yañes Pérez. Santiago: Jurídica del Chile, 1987.
- \_\_\_\_\_. *La teoría de la acción finalista*. Buenos Aires: Depalma, 1951.
- \_\_\_\_\_. *O novo sistema jurídico-penal*. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001.
- WESSELS, Johannes. *Derecho penal – Parte general*. Buenos Aires: Depalma, 1980.
- WILSON, James Q., e KELLING, George L. *Broken windows*. The police and neighborhood safety. Atlantic Monthly Magazine. Washington D.C., março de 1982.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: Aproximación desde um margen*. Tercera reimpressão. Bogotá: Temis, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Derecho penal*. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- \_\_\_\_\_. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de derecho penal – Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1982. v. II.
- \_\_\_\_\_. PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa*. 4. ed. São Paulo: RT, 1995.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_, *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. v. I.

# Gabaritos

## 1. DIREITO PENAL: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

1 - D	2 - C
3 - E	4 - C
5 - A	

## 2. PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

1 - C	2 - D	3 - D
4 - C	5 - A	6 - A
7 - C	8 - A	

## 5. ESCOLAS PENAIS

1 - A	2 - D
-------	-------

## 6. A EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA DO DIREITO PENAL

1 - C	2 - B	3 - E
4 - B		

**7. LEI PENAL**

1 - A	2 - C	3 - D
4 - D	5 - C	6 - B
7 - D	8 - A	9 - C

**8. CRIME: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS**

1 - E	2 - Certo	3 - B
4 - C	5 - E	6 - D
7 - C		

**9. CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES**

1 - C	2 - C	3 - A
4 - C	5 - C	6 - C
7 - D	8 - A	

**10. FATO TÍPICO**

1 - C	2 - E	3 - D
4 - B	5 - E	6 - E
7 - C		

**11. TEORIA DO TIPO**

1 - E	2 - E	3 - C
4 - D	5 - B	

**12. CRIME DOLOSO**

1 - Certo	2 - C	3 - C
-----------	-------	-------

**13. CRIME CULPOSO**

1 - Certo	2 - B	3 - C
4 - A		

**14. CRIME PRETERDOLOSO**

1 - C	2 - D
-------	-------

**15. ERRO DE TIPO**

1 - A	2 - E	3 - C
4 - C	5 - C	6 - B

**16. ITER CRIMINIS**

1 - E	2 - A
-------	-------

**17. TENTATIVA**

1 – C	2 – B	3 – C
4 – C	5 – C	6 – E

**18. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA E ARREPENDIMENTO EFICAZ**

1 – C	2 – A	3 – E
4 – Errado	5 – C	

**19. ARREPENDIMENTO POSTERIOR**

1 – D.	2 – E
3 – Errado	4 – D

**20. CRIME IMPOSSÍVEL**

1 – B	2 – C
3 – Errado	4 – Certo

**21. ILICITUDE**

1 – D	2 – C
3 – C	4 – D

**22. ESTADO DE NECESSIDADE**

1 – Certo	2 – D	3 – A
-----------	-------	-------

**23. LEGÍTIMA DEFESA**

1 - A	2 - Errado	3 - C	4 - A
5 - Certo	6 - D	7 - A	

**24. ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL**

1 - B	2 - D
-------	-------

**25. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO**

1 - A
-------

**26. EXCESSO**

1 - A	2 - B	3 - Errado
-------	-------	------------

**27. CULPABILIDADE**

1 - A	2 - 2.1 Certo 2.2 Certo	3 - A
4 - B	5 - Certo	

**28. IMPUTABILIDADE PENAL**

1 - E	2 - B	3 - B
4 - Certo	5 - C	6 - D



**29. POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE**

1 – Certo	2 – C	3 – E
4 – B	5 – E	

**30. EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA**

1 – A	2 – A	3 – Certo
4 – B	5 – B	

**31. CONCURSO DE PESSOAS**

1 – C	2 – C	3 – B	4 – E
5 – C	6 – D	7 – A	8 – B
9 – B	10 – E		

**32. PENA: ASPECTOS GERAIS**

1 – E	2 – D	3 – E	4 – D
-------	-------	-------	-------

**33. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**

1 – A	2 – B	3 – A	4 – A
5 – C	6 – B	7 – B	8 – B

**34. APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**

1 – B	2 – B	3 – D	4 – E
-------	-------	-------	-------

5 - B	6 - A	7 - D	
-------	-------	-------	--

**35. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS**

1 - A	2 - B	3 - C
4 - A	5 - B	

**36. PENA DE MULTA**

1 - C	2 - B	3 - A
4 - A	5 - Errado	6 - Certo

**37. CONCURSO DE CRIMES**

1 - C	2 - C	3 - C	4 - C	5 - A
6 - C	7 - C	8 - B	9 - B	10 - A

**39. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA**

1 - C	2 - C	3 - D	4 - C
5 - A	6 - Certo	7 - D	

**40. LIVRAMENTO CONDICIONAL**

1 - C	2 - A
-------	-------

**41. EFEITOS DA CONDENAÇÃO**

1 - C	2 - D	3 - D
4 - A		

**42. REABILITAÇÃO**

1 – Errado

2 – D

**43. MEDIDAS DE SEGURANÇA**

1 – E

2 – D

3 – Certo

4 – A

5 – Certo

6 – B

7 – E

8 – B

**44. AÇÃO PENAL**

1 – A

2 – A

3 – A

4 – C

**45. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE**

1 – A

2 – B

3 – B

4 – B

5 – D

6 – C

7 – Certo

8 – B

9 – C

**46. PRESCRIÇÃO**

1 – A

2 – D

3 – B

4 – B

5 – E

6 – B

7 – A

8 – B

9 – C

10 – A