

Direito Penal – Parte Geral

Dra. Fernanda Alves de Oliveira

Índice:

Infração Penal.....	2
Aplicação da lei penal.....	5
Relação de Causalidade.....	15
Iter Criminis.....	19
Tipicidade.....	22
Antijuridicidade.....	27
Culpabilidade.....	32
Concurso de Agentes.....	37
Concurso de Crimes.....	42
Erro de Tipo e Erro de Proibição.....	45
Teoria Geral da Pena.....	49
Penas Privativas de Liberdade.....	51
Aplicação da Pena.....	55
Penas Restritivas de Direito.....	60
Penas Pecuniárias.....	64
Suspensão Condicional da Execução da Pena – <i>Sursis</i>	65
Livramento Condicional.....	67
Efeitos da Condenação.....	70
Reabilitação.....	72
Medidas de Segurança.....	74
Punibilidade.....	76
Extinção da Punibilidade.....	77

INFRAÇÃO PENAL

1. CONCEITO

A infração penal pode ser conceituada segundo três critérios distintos: formal, material e analítico.

- a) Pelo critério formal, a infração penal é aquela definida pelo direito positivo, que corresponde ao fato ao qual a ordem jurídica associa a sanção penal como consequência.
- b) Segundo o conceito material, **infração penal** é a conduta humana que gera lesão ou perigo a um interesse penalmente relevante. O conceito material enfatiza a proteção ao bem jurídico.
- c) Pelo conceito analítico, decompõe-se a infração penal em suas partes constitutivas –fato típico, antijurídico e culpável (para alguns autores, adeptos da teoria finalista da ação, o crime seria apenas fato típico e antijurídico, pois a culpabilidade seria pressuposto de aplicação da pena).

1.1. Classificação das infrações

Adota-se a divisão bipartida. Há dois tipos de infração penal:

- a) Crime ou delito;
- b) Contravenção

Não há diferença ontológica entre crime e contravenção. A distinção é puramente formal, presente no art. 1º do Decreto-Lei 3.914/41. Crime ou delito é a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, isolada ou cumulativamente com a pena de multa. Contravenção é a infração penal a que a lei comina pena de prisão simples ou de multa, quer isoladamente, ou alternativa ou cumulativamente.

Dentre as peculiaridades das contravenções, destaca-se o fato da mesma não admitir tentativa, na forma expressa do art. 4º da Lei das contravenções (Decreto-Lei 3.688/41)

2. ELEMENTOS

Partindo da concepção analítica de delito, pode-se identificar como elementos constitutivos de crime:

- a) Conduta humana (não há crime sem conduta humana – ação ou omissão)
- b) Tipicidade – consequência do princípio da legalidade. A tipicidade cria o mandamento proibitivo, prevendo abstratamente as condutas puníveis.
- c) Antijuridicidade. Contrariedade formal e material ao direito
- d) Culpabilidade. Antigamente concebido como dolo e culpa, atualmente é concebido como um juízo de censura sobre o agente.

Além dos elementos ditos genéricos do crime, existem elementos taxados como específicos, que são os elementos ou elementares ou, segundo o art. 30, CP, as “circunstâncias elementares” (várias formas que assumem os requisitos genéricos nos diferentes tipos penais).

3. SUJEITOS ATIVO E PASSIVO

3.1. SUJEITO ATIVO

É aquele que realiza o fato descrito na norma penal incriminadora. É aquele cuja atividade é subsumível ao tipo legal incriminador.

Questão polêmica é sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Até a Constituição de 1988, prevalecia, de forma unânime, o entendimento de que apenas o ser humano, pessoa física, isoladamente ou associado a outros, tinha capacidade para delinquir. A pessoa jurídica não podia ser sujeito ativo de crime, em face da máxima *societas delinquere non potest*.

Com a constituição de 1988, e, em especial, a redação dos arts. 173, §5º, e 225, §3º, abriu-se a discussão sobre a possibilidade de pessoas jurídicas serem sujeito ativo de delito, autores defendendo a possibilidade, outros defendendo, ainda assim, a impossibilidade de responsabilizar penalmente a pessoa jurídica.

Com o advento da lei 9.605/98 (lei de proteção ao meio ambiente), o legislador ordinário adotou a hermenêutica que permite a incriminação da pessoa jurídica nos crimes contra o meio ambiente, prevendo, no art. 3º da sobredita lei, a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Numa perspectiva legalista-dogmática, então, pode-se afirmar que, em regra, pessoa jurídica não pode ser sujeito ativo de crime, salvo nos casos de crime contra o meio ambiente (Lei 9.605/98), por expressa disposição legal e permissivo constitucional, em que é cabível a punição da pessoa jurídica.

Todavia, numa hermenêutica constitucional, em face dos princípios da proporcionalidade, culpabilidade, da responsabilidade penal subjetiva, dos fins da pena, a responsabilidade penal da pessoa jurídica não seria passível de aplicação concreta e imediata, pois faltam instrumentos hábeis e indispensáveis para sua aplicação.

A maior parte dos crimes pode ser praticada por qualquer pessoa, sendo necessário apenas a capacidade geral – crimes comuns; todavia, determinados crimes exigem de seu sujeito ativo uma capacidade especial, uma certa posição jurídica (funcionário público, médico) ou de fato (gestante, mãe, ascendente) – crimes próprios ou especiais.

Às vezes, faz-se necessária a capacidade especial do sujeito ativo para se valer de normas permissivas de exclusão de crime ou isenção de pena – exs: médico para praticar o aborto quando a gravidez resulta de estupro, parte ou procurador da parte para gozar da imunidade judiciária, ascendente ou descendente em certos crimes contra o patrimônio.

3.2. SUJEITO PASSIVO

É o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão pelo comportamento criminoso. Há possibilidade de existirem dois ou mais sujeitos passivos em um mesmo crime, e, às vezes, um imediato e outro mediato, como em vários crimes contra a Administração Pública.

Sujeito passivo formal ou constante: titular do mandamento proibitivo – Estado. Sujeito passivo material ou eventual: titular do interesse penalmente tutelado – homem, pessoa jurídica, Estado, coletividade destituída de personalidade jurídica,.

Também quanto ao sujeito passivo, em alguns casos, é preciso possuir uma qualidade ou condição especial para poder ser vítima – exs: recém-nascido, mulher, descendente, menor em idade escolar.

No tocante à pessoa jurídica, entende-se que pode ser sujeito passivo de certos crimes, como furto, dano, difamação; se se entender que pode cometer crimes, em face da Lei 9.605/98, então também poderia ser vítima de calúnia.

Os mortos, animais ou coisas inanimadas não podem ser sujeito passivo de delitos, podendo ser seu objeto material.

Pode o sujeito ativo de um crime ser também seu sujeito passivo? Entende-se que não, visto que quando se define como crime condutas ofensivas à própria pessoa é porque elas lesam interesses ou bens de terceiros, como na autolesão para receber indenização ou valor de seguro. No crime de rixa, plurissubjetivo, o rixoso não é sujeito ativo da própria ação, mas da dos outros.

Por fim, impende destacar a diferença entre sujeito passivo e prejudicado, pois este é qualquer pessoa a quem o crime haja causado prejuízo, pecuniário ou não, podendo ser ressarcido, enquanto que aquele é o titular do bem jurídico violado, que também poderá ser ressarcido (há exceções).

4. OBJETOS DO CRIME

4.1. OBJETO JURÍDICO

É o bem-interesse protegido pela norma penal, é o que se visa tutelar quando se erige certa conduta como infração penal. Exs: vida, integridade física, honra, patrimônio, etc. Foi o critério escolhido pelo legislador pátrio para dividir em capítulos a Parte Especial do CP. Não há crime sem objeto jurídico, pois, em face do princípio da lesividade, não há crime sem lesão ou perigo de lesão a bem jurídico.

4.2. OBJETO MATERIAL

É a coisa ou pessoa que é atingida pela ação delituosa, aquilo sobre o que recai a conduta. Exs: coisa alheia móvel, alguém, documento. Por vezes, o sujeito passivo do delito pode se confundir com o seu objeto material, como no crime de lesões corporais. De notar-se que existem infrações que não possuem objeto substancial, como o crime de ato obsceno e o de falso testemunho.

5. CLASSIFICAÇÃO

Os crimes podem ser classificados sob os mais diversos critérios. Principais:

- a) **crimes instantâneos** (consuma-se num instante ou momento determinado), **permanentes** (o momento consumativo se protraí no tempo) e **instantâneos de efeitos permanentes** (consuma-se num instante, mas o resultado é duradouro e independe da vontade do agente);
- b) **crimes comissivos** (núcleo do tipo – ação), **omissivos próprios ou puros** (núcleo do tipo – omissão) e **omissivos impróprios ou comissivos por omissão** (núcleo do tipo – ação mas o agente comete por omissão em face do art. 13, § 2º);
- c) **crimes unissubjetivos** (podem ser cometidos por uma só pessoa) e **plurissubjetivos** (exige o tipo legal para sua configuração presença de 2 ou mais pessoas);
- d) **crime progressivo** (quando o sujeito, para chegar a um crime mais grave, passa por outro menos grave);
- e) **crimes habituais e profissionais;**
- f) **crimes consumados e tentados;**
- g) **crimes de ação única e de ação múltipla;**
- h) **crimes unissubsistentes** (realiza-se com um só ato) e **plurissubsistentes** (perfaz-se com vários atos);
- i) **crimes materiais** (a lei prevê um resultado vinculado à conduta por um nexos causal – a consumação depende da ocorrência do resultado), **formais** (a lei prevê o resultado, mas não exige sua configuração para consumação do crime. Chama-se também de delito de consumação antecipada) e **de mera conduta** (a simples atividade corresponde à lesão do bem jurídico e consoma o delito);
- j) **crimes de dano** (a lei exige, para consumação do crime a efetiva lesão ao bem jurídico) e **de perigo** (consuma-se com a mera exposição do bem jurídico a perigo – pode ser de perigo concreto ou abstrato; perigo comum ou individual);
- k) **crimes simples** (tipo penal único) e **complexos** (reunião de condutas distintas que a lei considera como uma só);
- l) **crimes comuns** (pode ser praticada por qualquer pessoa, sendo necessário apenas a capacidade geral – o tipo não exige nenhuma capacidade específica), **crimes próprios** (exigem de seu sujeito ativo uma capacidade especial, uma certa posição jurídica – funcionário público, médico – ou de fato – gestante, mãe, ascendente do autor. Os últimos distinguem-se dos crimes de mão própria ou de atuação pessoal porque aqueles podem ser cometidos por um número limitado de pessoas, que podem valer-se de outras para executá-los, enquanto estes, embora possam ser praticados em regra por qualquer um, não admitem interposta pessoa – ex: falso testemunho ou falsa perícia.
- m) **crimes principais** (cuja existência independe de outro delito) e **acessórios** (pressupõem a existência de outro delito – receptação, favorecimento real e lavagem de dinheiro);
- n) **crimes vagos** (sujeito passivo – coletividade)
- o) **crimes hediondos** (definidos na Lei 8.072/90);

APLICAÇÃO DA LEI PENAL

- I. NORMA PENAL.
- II. LEI PENAL NO TEMPO.
- III. LEI PENAL NO ESPAÇO.
- IV. CONFLITO APARENTE DE NORMAS.
- V. LEI PENAL EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS.

I – NORMA PENAL

1. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

O Direito cumpre sua função social construindo um complexo de proibições, obrigações e permissões. A proteção do mínimo ético cabe ao Direito Penal, que impõe obediência sob ameaça de pena, a qual implica privação de um bem jurídico. A legitimidade dessa intervenção estatal no campo dos direitos individuais encontra-se na garantia da proporcionalidade entre a ofensa a uma proibição e a resposta do Estado.

Daí o mandato de garantia conferido pelo ordenamento ao Direito Penal, que, para ser cumprido efetivamente, depende que as normas proibitivas tenham as seguintes características: exaustivas, exatas, públicas e legítimas. E, no Estado Democrático de Direito, a regra jurídica que se revela idônea para preencher essas exigências é a LEI, que recebe do ordenamento o mandato de garantia: não há crime, nem pena, sem lei – princípio da reserva legal ou da legalidade dos delitos e das penas.

A CF prevê o princípio da legalidade penal dentro dos direitos e garantias individuais, estabelecendo o princípio da isonomia, da restrita legalidade, da tipicidade e da anterioridade penal.

Tal princípio foi esboçado primeiramente na Magna Carta de 1215; mas ganhou força no séc. XVIII, com o Iluminismo e as idéias de Beccaria: aparece na Declaração da Virgínia, na Constituição Americana e na Declaração dos Direitos do Homem, tendo Feuerbach, em 1801, criado a expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

Todavia a simples preexistência da lei ao fato não bastava, era preciso o enunciado descritivo do delito, com todos os elementos da sua definição específica: era o Tatbestand de Bebing, o tipo. *Nullum crimen sine typus*. Como corolário do princípio da tipicidade, tem-se que a norma penal incriminadora tem que ser prévia (anterior ao fato, irretroativa), escrita (e não costumeira), restrita (proibição da analogia *in malam partem*), estrita (lei em sentido formal) e certa (não pode ser vaga ou indeterminada). Além disso, deve ser imperativa, geral, abstrata e impessoal, como lei que é. Assim é o princípio da taxatividade, a impor que a lei penal deve ser elaborada de forma clara e precisa, com função garantista, portanto.

2. ESPÉCIES DE LEI PENAL

Existem várias classificações:

- a) leis penais ordinárias e extraordinárias (ex: lei penal excepcional);
- b) leis penais gerais e locais; (extensão espacial de sua aplicação)
- c) leis penais comuns e especiais (normas penais contidas);
- d) leis penais completas e incompletas ou normas penais em branco;

3. CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS PENAIIS

Existem diversas classificações das normas penais, sendo que a mais importante podem ser feitas de acordo com o seguinte critério:

- a) leis penais incriminadoras → são aquelas que possuem a estrutura preceito x sanção, isto é, definem os tipos legais de crime. Estão presentes na parte especial do Código Penal e na legislação extravagante. Não existem normas penais incriminadoras na parte geral do Código.
- b) Normas penais não-incriminadoras – subdividem-se em três modalidades: normas permissivas (definem casos de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade de certas condutas típicas); e normas penais finais, complementares ou explicativas (enunciam conceitos e delimitam o âmbito de sua aplicação)

3. LEI PENAL INCRIMINADORA

As normas jurídicas são compostas de duas partes: preceito e sanção, sendo que no preceito encontra-se a conduta ordenada pelo Direito, podendo ser de proibição, obrigação ou permissão, enquanto que a sanção encerra a consequência da inobservância do preceito.

A norma penal incriminadora, estruturada da forma preceito e sanção, na qual o preceito incriminador contém a descrição da conduta criminosa. Com efeito o tipo do art. 121 não diz “não mate”, mas sim “matar alguém”. A proibição da conduta descrita no tipo está justamente na associação desta conduta a uma sanção.

4. NORMA PENAL EM BRANCO

A conduta proibida deve estar totalmente descrita em lei editada especialmente para essa finalidade pelo Poder Legislativo; todavia algumas situações apresentam características de mutabilidade e complexidade, exigindo uma intervenção penal adequada e dinâmica, daí a necessidade de normas que delimitam apenas parcialmente a incriminação, cuja complementação se dará com outras regras do ordenamento.

Essas leis incriminadoras de preceito remetido ou incompleto são chamadas de normas penais em branco, no qual a sanção é determinada, porém o preceito é incompleto no seu conteúdo, necessitando de outro dispositivo legal para sua ,

Existem duas categorias de normas penais em branco:

- a) em sentido próprio ou estrito, quando o complemento tem natureza diversa e hierarquia inferior à da norma penal – lei estadual ou municipal, ato administrativo (portarias, resoluções, etc.). A complementação é heteróloga ou heterogênea. Ex: art. 12 da lei de tóxicos.
- b) em sentido impróprio ou amplo, quando o complemento é uma lei federal. Trata-se de complementação homóloga ou homogênea (hierarquia e natureza idênticas às da norma penal em branco), havendo quem diferencie em homóloga homovitelina (o complemento é uma lei penal – ex: art. 178, CP) e homóloga heterovitelina (o complemento é uma lei extrapenal – ex: art. 312, CP).

De ver-se que as leis penais em branco propriamente ditas, diferentemente das homólogas, não conferem ao poder complementar a possibilidade de alargar o campo da incriminação, mas apenas de regulamentar os claros por elas deixados, tratando-se de poder regulamentar, não podendo, pois, inovar na ordem jurídica.

5. HERMENÊUTICA PENAL

Interpretar a lei penal é procurar seu sentido, seu alcance e sua correta aplicação ao caso penal e, sendo a lei a única fonte formal de incriminação, a hermenêutica adquire maior relevância no Direito Penal.

Existem diversas classificações de interpretação penal:

- a) quanto ao sujeito:
 - legislativa ou autêntica: o próprio legislador edita uma lei cuja única finalidade é esclarecer o sentido de outra, podendo ser contextual (quando tem vigência concomitante à da lei interpre-

tada – ex: art. 327, CP), ou sucessiva (quando é posterior – ex: art. 1º da lei n. 5429/67 em relação à lei n. 4898/65) e sua incidência é retroativa em ambos os casos;

- doutrinária: feita pelos juristas e operadores do direito, por meio de suas obras, artigos, pareceres, etc., bem como pelos parlamentares através de estudos e exposições de motivos que acontecem no decorrer do processo legislativo;
- jurisprudencial: pela repetição das decisões dos tribunais, que, não raro, inspiram o legislador, como no caso da prescrição retroativa.

b) quanto ao objeto:

- literal: procura o significado técnico ou gramatical – deve servir apenas como ponto de partida;
- lógico: busca o significado racional do texto, podendo ser de quatro espécies: sistemática (vê o contexto em que a lei se insere, cotejando a norma com outras dentro do ordenamento jurídico), teleológica (procura a finalidade da norma, a *mens legis*), histórica (analisa o processo de formação da lei, as suas raízes) e sociológica (considera a realidade social a fim de que se adapte a norma a ela).

c) quanto ao resultado:

- declaratória: quando o texto interpretado diz exatamente o que teve intenção de dizer;
- restritiva: quando o texto interpretado diz mais do que teve intenção de dizer, cabendo ao intérprete a sua redução – ex: o art. 28 diz que a emoção não exclui a imputabilidade penal, mas como a palavra "emoção" tanto pode significar uma perturbação momentânea da consciência quanto um sintoma de doença mental, deve se entender que o artigo mencionado quis se referir apenas ao primeiro sentido;
- extensiva: quando o texto interpretado diz menos do que teve intenção de dizer, cabendo ao intérprete a sua ampliação, seja ela favorável (acolhida sempre – ex: é causa de extinção da punibilidade o casamento do agente com a vítima, cf. art. 107, VII, devendo ser incluído também o casamento da agente com a vítima) ou desfavorável (quando a técnica de redação da própria lei autoriza a ampliação – ex: o art. 235 fala de bigamia, mas deve ser abrangida também a poligamia).

6. ANALOGIA E INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA (ANALÓGICA)

A hipótese de interpretação extensiva desfavorável ao Réu não se confunde com a utilização da analogia *in mala partem*.

A interpretação extensiva ou analógica ocorre quando a própria lei faz uma definição casuística, elegendo alguns paradigmas. Após o elenco do(s) paradigma(s), a lei utiliza a expressão "ou outro...", com as características daquele paradigma que devem ser levados em conta. Quando à autorização legal de ampliar o sentido se dá por meio de uma fórmula genérica, após enumeração casuística, tem-se a interpretação analógica ou *intra legem*, espécie da extensiva, portanto, de que é exemplo o art. 121, §2º, III, que diz "com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura *ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum*")

Apesar de alguns defenderem que sempre existe uma norma para cada caso (dogma da completude), é possível que, ocorrendo um fato concreto, haja uma lacuna jurídica ou vazio normativo, pois o legislador não teria capacidade de prever todos os fatos da vida social, até porque eles são mutáveis. Para solucionar este tipo de problema, o Direito Penal deve-se valer das regras de integração sistemática, principalmente a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito e a equidade.

Pelo princípio da reserva legal, os tipos penais incriminadores devem ser previstos em lei – logo, não se admitem analogia, costumes ou princípios gerais para resolver uma lacuna de lei penal incriminadora ou agravadora. Já na lacuna de tipos penais permissivos é possível o uso de tais recursos para estender o benefício a situações não abarcadas previamente pela lei – ex: não se pune o aborto praticado por médico se a gravidez resulta de estupro (art. 128, II, CP) e, por analogia *in bonam partem*, se ela resulta de atentado violento ao pudor.

Não se confunde a analogia com a interpretação analógica, pois esta supõe um fato e uma lei válida que, ao regulá-lo, utiliza-se de expressões semelhantes, enquanto aquela supõe dois fatos semelhantes e uma lei, que regula apenas um dos fatos.

II – LEI PENAL NO TEMPO

1. VIGÊNCIA DA LEI PENAL

A entrada em vigor de uma lei de aprovação pelo Congresso Nacional, após o que a mesma deve ser sancionada pelo Presidente da República, promulgada e logo em seguida publicada. Mas nem sempre a data da publicação corresponde à data de início de vigência da lei.

Quando a lei não dispuser sobre o *dies a quo* em que começa a entrar em vigor, aplica-se o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe: “*salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o País quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada*”. Em outras palavras, a lei pode estabelecer o termo inicial de sua própria vigência. Não o fazendo, ela entra em vigor 45 dias após a publicação.

O término de vigência formal de uma lei corresponde à sua revogação. Esta revogação pode ser total (ab-rogação), quando a norma perde totalmente sua vigência (ex: art. 95 da lei 8.212/91) ou parcial (derrogação), quando cessa parcialmente a autoridade da lei. A revogação pode ser também expressa (quando a lei revogadora dispõe, de forma expressa, a cessação de vigência da Lei anterior) ou tácita (quando o novo texto legal contém disposição incompatível com a legislação anterior ou regula inteiramente a matéria precedente).

Ressalte-se que uma lei só pode ser revogada por outra lei de igual ou superior hierarquia. O costume não revoga a lei, como também não revoga o desuso.

A lei, via de regra, produz efeitos apenas durante o período de sua vigência, em face do princípio *tempus regit actum*. A lei incide sobre a ação ou omissão ocorrida durante a sua vigência, nem antes (irretroatividade da lei penal incriminadora – decorre do princípio da reserva legal), nem depois (não ultra-atividade da mesma lei – lei sucedida por outra não pode mais incidir porque não faz mais parte do ordenamento). Ocorre, todavia que um crime, cometido sob a vigência de uma lei, pode vir a ser julgado sob a vigência de outra. Neste caso é preciso definir princípios e critérios sobre a eficácia da lei penal no tempo.

2. VIGÊNCIA DA LEI INCRIMINADORA

Para situações de conflito de leis penais no tempo, dois princípios regem a matéria:

- a) irretroatividade da lei penal mais severa;
- b) retroatividade da lei mais benéfica.

No caso de sucessão de leis, cada uma vigendo ao tempo da conduta, da condenação e da execução, existem algumas hipóteses de conflitos, que devem ser examinadas:

- a) a lei posterior cria um novo tipo legal de crime (*novatio legis* incriminadora);

Esta lei cria um tipo legal para uma conduta que antes era indiferente penal. Esta lei não possui efeito retroativo, não alcançando, portanto, fatos anteriores à data de início da sua vigência.

- b) a lei posterior cria uma condição para um tipo legal de crime já existente que, em comparação com a lei anterior, é mais gravosa ou mais desfavorável ao agente (*lex gravior* ou *novatio legis in pejus*).

Também pelo princípio da irretroatividade, ela não se aplica a situações ocorridas anteriormente à sua vigência;

c) a lei nova extingue um tipo legal de crime (*abolitio criminis*);

A lei deixa de considerar crime conduta que antes era incriminada. Em face do princípio da retroatividade da lei mais benéfica, a *abolitio criminis* alcança o fato em qualquer fase em que ele se encontre. Se não há processo, o mesmo não pode ser iniciado; se há ação penal, a mesma deve ser trancada; se há condenação, a pena não pode ser executada; se o condenado está cumprindo pena, deve o mesmo ser solto imediatamente.

Nesses casos, há uma exceção ao princípio do *tempus regit actum*: mesmo que já exista coisa julgada, dá-se a retroatividade benéfica, prevista na CF, art. 5º, XL, e no CP, art. 2º, *caput* e §1º, além do art. 107, III, que prevê a *abolitio criminis* como causa de extinção de punibilidade.

d) a lei nova cria uma condição para um tipo legal de crime já existente que, em comparação com a lei anterior, é mais favorável ou menos gravosa ao agente (*lex mitior* ou *novatio legis in mellius*).

Em face do art. 2º do Código Penal, a lei posterior mais benéfica também tem efeito retroativo, o que excepciona o princípio *tempus regit actum*.

Aplicando estes princípios, pode-se perceber que vigência não se confunde com eficácia da lei, pois, em alguns casos, uma lei em vigor pode não ser eficaz (em relação a fatos cometidos antes de sua vigência, no caso de lei mais severa), e uma lei revogada pode ser eficaz (no caso de fato cometido na vigência de lei anterior mais benéfica).

A avaliação da maior benignidade da lei deve ser feita no caso concreto, e discute-se se seria possível o juiz fazer uma conjugação de partes das leis, pois alguns entendem que, nesse caso, o juiz estaria legislando, enquanto outros defendem que deve ser dada eficácia retroativa à parte da lei posterior que for mais benéfica e ultra-ativa à parte da lei anterior que for melhor que a lei nova. Prevalece, modernamente, o entendimento de que cabe combinação de leis.

Se leis ordinárias incriminadoras ou não incriminadoras forem sucedidas por lei mais favorável, esta retroagirá. Se as leis ordinárias forem sucedidas por lei mais desfavorável, terão eficácia ultra-ativa sobre o fato ocorrido sob a sua vigência.

De notar-se que, sendo uma lei A (época do fato) sucedida pela B, e esta pela C (época da solução do caso), se a lei intermediária for a mais favorável, deverá ser a aplicada – será retroativa e ultra-ativa ao mesmo tempo.

Em caso de crime permanente ou habitual, iniciado sob a vigência de uma lei e prolongando sob a de outra, vale esta, ainda que mais desfavorável. Tratando-se de crime continuado, podem surgir algumas situações: se *novatio legis in pejus*, aplica-se esta; se *novatio legis* incriminadora, só responde pelos fatos cometidos sob a sua vigência se presentes os requisitos para configurar a continuidade delitiva; se *abolitio criminis*, há retroatividade desta lei.

Por fim, sendo norma penal em branco, qual solução quando lei posterior modifica o complemento, favorecendo o sujeito? Alguns doutrinadores, como Hungria, Noronha e Frederico Marques pronunciaram-se pela retroatividade benéfica. Já Damásio de Jesus entende que sendo a norma penal em branco constituída de duas partes, a disposição a ser complementada e o complemento: se o complemento possuir caráter de excepcionalidade ou de temporariedade, haverá ultra-atividade, e não retroatividade do complemento posterior que seja mais benéfico.

3. LEIS TEMPORÁRIAS E EXCEPCIONAIS

As leis, em regra, surgem com prazo indeterminado de vigência. Outras existem, todavia, que predefinem no seu próprio texto o termo ou condição de sua vigência. São as leis excepcionais ou temporárias, auto-revogáveis, que podem ser:

a) leis excepcionais → vigem enquanto perdurarem situações especiais, como guerras, calamidades públicas; voltando a situação ao normal, revogada estará a lei;

- b) leis temporárias → também regulam situações transitórias, mas delimitadas no tempo (fixam o prazo de sua vigência).

Em face do art. 3º do CP, tratando-se de leis ordinárias ou excepcionais, o agente não pode invocar a retroatividade benéfica com base na ausência de lei incriminadora quando se dá a auto-revogação daquelas leis, porque são ultra-ativas, ou seja, são eficazes mesmo decorrido o prazo de sua vigência ou cessadas as circunstâncias que a determinaram. Tal ultra-atividade não se revela inconstitucional porque, em verdade, o problema é de tipicidade. (as condições e o tempo são elementares do tipo penal, tal como no furto noturno e no infanticídio).

Só há retroatividade da lei posterior em caso de lei excepcional ou temporária se a lei posterior contiver não só a conduta, mas também as circunstâncias anormais da lei excepcional ou temporária.

2. MOMENTO DA INFRAÇÃO

Na maioria dos delitos, o resultado é contemporâneo ao comportamento; em outros casos, há uma dilação temporal entre esses dois momentos, daí a necessidade de se determinar quando se considera o instante em que a infração ocorreu e, para tanto, existem três teorias:

- a) teoria da atividade ou da conduta;
- b) teoria do resultado;
- c) teoria da ubiqüidade ou mista.

As duas últimas têm o inconveniente de poderem considerar criminosas condutas que, ao tempo em que foram praticadas, eram lícitas. Já a teoria da atividade, além de não ter esse defeito, ainda leva em conta que, ao decidir praticar o crime, o agente tinha condições de conhecer do caráter ilícito de sua conduta. É a adotada pelo CP, art. 4º.

III – LEI PENAL NO ESPAÇO

1. INTRODUÇÃO

A aplicação da lei penal no espaço relaciona-se com os limites de incidência e eficácia de normas penais de determinado Estado soberano quanto a infrações ocorridas sob a sua própria soberania ou sob a de outro Estado.

O princípio geral é o *locus regit actum* ou da **territorialidade**, inerente à soberania, eis que não existe Estado sem território sobre o qual incide seu ordenamento jurídico: a aplicação territorial da lei é a projeção, na delimitação geográfica e política do Estado da sua própria soberania. Todavia essa territorialidade não é absoluta, mas moderada, visto que excepciona regras de Direito Internacional (art. 5º, CP).

Mas para se entender tal princípio, é mister responder a algumas questões:

- a) onde se considera praticado o crime;
- b) o que é território nacional;
- c) quando a lei penal brasileira não é aplicável ao crime ocorrido em território nacional

2. LUGAR DO CRIME

A maioria dos crimes se dá num único local (crime unilocal); às vezes, porém, as fases de realização das infrações podem ocorrer em lugares diferentes, como nos crimes plurilocais (quando as etapas do *iter* acontecem em locais diversos, porém dentro do mesmo território – têm relevância apenas processual) e nos crimes à distância ou de espaço máximo (quando as etapas ocorrem em territórios diferentes). Existem três teorias para definir onde se considera praticado o crime:

- a) teoria da atividade ou da conduta: lugar da ação;

- b) teoria do resultado ou do evento: lugar em que se produz o resultado pretendido pelo agente ou onde ele deveria ter sido produzido;
- c) teoria da ubiqüidade ou mista: lugar da ação ou do resultado.

As duas primeiras teorias podem levar a um absurdo lógico, pois se um crime plurilocal for cometido num Estado que adota o critério do resultado e seu resultado for produzido em outro que adota o critério da atividade, haverá a impunidade do crime, o que não acontece com o critério da ubiqüidade, acolhido pelo nosso CP, art. 6º. Em outras palavras, basta que o crime tenha “tocado” o território nacional, isto é, que qualquer dos elementos do *iter* puníveis (a partir da execução até a consumação) tenham ocorrido no território nacional.

3. CONCEITO DE TERRITÓRIO

Território nacional é o espaço geográfico da soberania, incluindo o mar territorial (doze milhas – lei n. 8617/93) e o espaço aéreo correspondente.

Também são consideradas território nacional as embarcações e aeronaves públicas ou as que estão a serviço do Estado, onde quer que se encontrem, bem como as embarcações e aeronaves brasileiras, mercantes ou de propriedade privada quando estiverem em alto mar ou no espaço aéreo correspondente – é o território nacional por extensão (art. 5º, §1º).

São também consideradas território nacional as embarcações e aeronaves privadas estrangeiras que estejam em mar territorial brasileiro ou no espaço aéreo correspondente quando da prática da infração (art. 5º, §2º). As embarcações e aeronaves públicas estrangeiras não são consideradas território nacional, mesmo que estejam em mar territorial brasileiro ou no espaço aéreo correspondente quando da prática da infração.

De ver-se que não há extensão territorial quando se trata de embaixadas, consulados, legados ou prédios públicos, apenas a aplicação da lei brasileira em crimes ocorridos em seu interior pode sofrer limitações quanto as pessoas que exercem determinadas funções em virtude de convenções ou tratados diplomáticos.

4. EXTRATERRITORIALIDADE

Em alguns casos, o Direito Penal brasileiro pode alcançar condutas ocorridas fora do território nacional, o que se chama de extraterritorialidade, para infrações que, de algum modo, têm grande relevância para o país e, mesmo, para a comunidade internacional, e se coaduna com um programa mundial de repressão à criminalidade.

É preciso, contudo, que haja um liame entre o ordenamento brasileiro e o crime cometido no exterior a fim de conferir-lhe legitimidade para a punição. A extraterritorialidade é regida pelos princípios:

- a) **princípio da proteção ou da defesa real** → aplica-se a lei penal brasileira ao crime cometido contra bem jurídico brasileiro no exterior (art. 7º, I, b e c)
- b) **princípio da personalidade** → aplica-se a lei brasileira do país de origem de uma das pessoas envolvidas no delito (sujeito ativo ou passivo) e subdivide-se em:
 - personalidade passiva → a lei penal brasileira aplica-se ao crime praticado contra brasileiro no exterior (art. 7º, I, a e §3º);
 - personalidade ativa → a lei penal brasileira aplica-se ao crime cometido por brasileiro em outro país (art. 7º, I, d e II, b)
- c) **princípio cosmopolita, da competência universal ou da justiça universal**: a lei penal brasileira é aplicável aos crimes que, pela sua repercussão internacional, o Brasil se comprometeu a reprimir por meio de tratados e convenções (art. 7º, II, a).
- d) **princípio da representação** quando o Estado em cujo território ocorreu a infração deixa de submeter o autor à sua jurisdição. Aplica-se a lei brasileira aos crimes cometidos no interior de embarcações e aeronaves brasileiras, mercantes ou de propriedade particular quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados (art. 7º, II, c).

A extraterritorialidade pode ser condicionada ou incondicionada, isto é, para que a lei brasileira seja aplicável pode ser ou não necessário o preenchimento de outros requisitos (condições objetivas de punibilidade), além do elemento de conexão. Tais requisitos encontram-se nos §§ 2º e 3º, art. 7º, CP.

São condições para que a lei penal brasileira seja aplicável por força dos princípios da nacionalidade ativa, da justiça universal e da representação:

- ✓ a entrada do agente no território nacional,
- ✓ a punibilidade do crime no Estado em que ocorreu,
- ✓ a possibilidade de extradição
- ✓ a incoerência de absolvição ou de cumprimento de pena no estrangeiro
- ✓ e inexistência de perdão ou de extinção da punibilidade.

Para o princípio da nacionalidade passiva, além dessas condições, é necessário, ainda, que não tenha sido pedida ou negada a extradição e que tenha havido requisição do Ministro da Justiça.

A extraterritorialidade é incondicionada quando, existindo o elemento de conexão, a lei penal brasileira incide, independentemente da ocorrência de qualquer outra condição. Ela se dá nos casos do inciso I do art. 7º, CP, ainda que o agente tenha sido absolvido ou condenado no estrangeiro (§ 1º, art. 7º).

O art. 8º disciplina os efeitos da pena cumprida no estrangeiro por crime também sujeito à lei brasileira. Para evitar o *bis in idem*, o CP estabelece duas regras: se a pena cumprida no estrangeiro for da mesma natureza da pena aplicada no Brasil, faz-se a detração (art. 42); se de naturezas diversas, a pena brasileira será atenuada (art. 8º).

Jurisdição é ato de soberania. Por isso mesmo, a sentença estrangeira tem seus efeitos limitados no Brasil. Ela depende de homologação no STF (a rigor, é a homologação do STF que produz efeitos), apenas para obrigar o condenado à reparação do dano e outros efeitos civis, e para sujeitá-lo a medida de segurança.

5. APÊNDICE

Para fins penais, o prazo é contado incluindo-se o dia do começo e consideram-se os dias, meses e anos de acordo com o calendário comum (art. 10).

Não são computadas nas penas privativas de liberdade e privativas de direitos as frações de dia, e, nas penas de multa, as de cruzeiro (*rectius*: Real), ou seja, os centavos (art. 11).

Por fim, o art. 12 manda que sejam aplicadas as regras gerais do CP aos fatos incriminados por lei especial, salvo disposição em contrário – assim, as normas contidas na Parte Geral do Código Penal (arts. 1º a 120), além das normas não-incriminadoras contidas na Parte Especial serão, em regra, aplicadas na legislação complementar, salvo e lei especial dispuser de forma diversa.

IV – CONFLITO APARENTE DE NORMAS

1. INTRODUÇÃO

Quando existem unidade de fato e pluralidade de normas vigentes que parecem incidir sobre ele, tem-se o conflito aparente de normas. Aparente porque o Direito Penal é um todo harmônico, há uma só lei para aquele caso, apenas parece que a incidência é múltipla e concomitante. De ver-se que não se trata de concurso de crimes.

Há três princípios que buscam estabelecer qual a norma aplicável àquele caso: especialidade, subsidiariedade e consunção; fala-se num quarto, a alternatividade, que, na verdade, não é um princípio, como se verá.

2. ESPECIALIDADE

Diz-se que uma norma é especial em relação a outra, geral, quando ela contém todos os elementos destas e mais alguns, chamados especializantes – ex: infanticídio em referência ao homicídio. Prefere-se a lei especial à geral porque entende-se que ela trata de forma mais adequada a situação nela prevista, mesmo que imponha pena maior ou menor ao agente. *Lex specialis derogat legi generali*. De notar-se que a análise é feita no plano abstrato e que é o único princípio que está positivado – art. 12, CP.

3. SUBSIDIARIEDADE

Diz-se que uma norma é subsidiária em relação a outra quando descreve um tipo menos grave, um menor grau de violação, podendo ser explícita (quando a própria lei faz a ressalva – "se o fato não constitui crime mais grave") ou implícita (a lei não é expressa, mas é possível fazer a ilação). A análise é no caso concreto. A norma subsidiária só é chamada quando não se configura o tipo mais grave (*lex primariae derogat legi subsidiariae*) – a punição é residual neste caso, daí porque a norma subsidiária é denominada "soldado de reserva". Exs: ameaça quanto ao roubo e falsa identidade quanto ao estelionato.

4. CONSUNÇÃO

Diz-se que há consunção, ou absorção, quando o conteúdo descritivo de uma norma engloba, consome o de outra, existindo entre elas um liame de necessidade: o tipo menos abrangente (crime consunto ou consumido) é etapa necessária ou normal para se realizar o tipo mais abrangente (crime consuntivo), daí porque este prevalece (*lex consumens derogat legi consumptae*). A análise também é feita no caso concreto.

Damásio de Jesus, citando Asúa, diz que a consunção pode se dar de cinco formas:

- a) de imperfeição a perfeição (atos preparatórios puníveis → tentativa → consumação);
- b) de auxílio a conduta direta (partícipe → autor);
- c) de *minus a plus* (crimes progressivos);
- d) de meio a fim (crimes complexos);
- e) de parte a todo (progressão criminosa).

No crime progressivo, o verbo núcleo do tipo contém em si uma forma menos grave pela qual o agente passa necessariamente para execução de tal crime – ex: para matar-se alguém necessariamente provoca-se lesão corporal → só responde pelo homicídio.

Quanto ao crime complexo, cujo tipo legal encerra elementares ou circunstâncias que, por si próprios, constituem crimes, não há consenso na doutrina, pois alguns entendem que aplicar-se-ia os princípios da especialidade ou subsidiariedade, a depender do caso.

Por fim, quanto à progressão criminosa, que se dá quando um crime, já praticado, concretiza-se ainda pela prática sucessiva de outro crime que se relaciona com o primeiro. Pode ser de três espécies: progressão criminosa em sentido estrito (seria um crime progressivo que se desvincula no tempo – ex: o autor, inicialmente, só quer ferir, mas após lesar a vítima, decide matá-la e o faz → só responde por homicídio); antefactum impunível (quando o fato anterior menos grave é fase necessária ou normal de realização do mais grave – ex: possuir instrumentos empregados usualmente na prática do furto, que é uma contravenção, e praticar o furto → só responde pela subtração) e postfactum impunível (quando o fato posterior menos grave é realizado contra o mesmo bem jurídico e do mesmo sujeito passivo, sem causar outra ofensa; seria um exaurimento – ex: furtar e, depois, destruir a *res furtiva* → responde apenas pelo furto).

5. ALTERNATIVIDADE

Quando a lei penal prevê diversos fatos alternativamente, como formas de um mesmo crime, a norma penal é aplicável apenas uma vez, mesmo que o agente tenha praticado todas as condutas sucessivamente. São os casos de tipos de ação múltipla ou conteúdo variável, tais como os art. 122, CP ou

art. 12 da Lei n. 6368/76. Em verdade, não se trata de conflito aparente de normas porque as condutas descritas encontram-se todas no mesmo preceito primário.

V – LEI PENAL EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS

1. IMUNIDADES DIPLOMÁTICAS

Como visto, o princípio da territorialidade não é absoluto, pois há casos de crimes cometidos em nosso território que não se sujeitam à aplicação da lei penal brasileira: são as prerrogativas dadas a pessoas que exercem determinadas funções, e essas imunidades decorrem tanto do Direito Internacional (imunidades diplomáticas), quanto do Direito Constitucional (imunidades parlamentares e do advogado).

A imunidade diplomática é concedida ao agente diplomático que pratique crime em nosso território; em verdade, ela não significa isenção de crime, pois o agente pode ser submetido a julgamento pelo Estado acreditante, mas exclusão da jurisdição brasileira. Funda-se nas práticas de respeito e cortesia, indispensáveis para a convivência harmoniosa entre os povos.

São imunes o embaixador ou agente diplomático, os familiares e as pessoas que exercem função diplomática (mesmo que brasileiras), bem como os abrigados ou asilados no espaço físico da legação, seus documentos e correspondência. Não o são os empregados particulares (mesmo que estrangeiros) e o pessoal não oficial da missão diplomática que não represente o país estrangeiro, como os cônsules.

2. IMUNIDADES PARLAMENTARES

Existem para o bom exercício das funções públicas dos parlamentares e englobam duas espécies de imunidades: a material (substantiva ou absoluta) e a formal (processual ou relativa).

A primeira é a inviolabilidade na manifestação de pensamento, que significa que os deputados federais e senadores são invioláveis por suas palavras, votos e opiniões, isto é, não cometem "crimes de palavras" (art. 53, *caput*, CF). Muito se discute sobre a natureza jurídica da imunidade material: para Pontes de Miranda e Nelson Hungria, é causa excludente de crime; para Heleno Fragoso, é causa pessoal de exclusão de pena; para Damásio de Jesus, é causa funcional de exclusão ou isenção de pena; para Magalhães Noronha, é causa de irresponsabilidade.

Inicia-se com a diplomação do parlamentar e perdura até o fim do mandato, sendo que, após este, não pode ser processado pelo suposto crime de opinião praticado durante o mandato, é irrenunciável e, segundo o STF, deve haver liame entre o pensamento manifestado e as funções do congressista. Também se estende aos vereadores dentro da circunscrição territorial do município e aos deputados estaduais, dentro dos seus respectivos estados (arts. 27, §1º e 29, VIII, ambos da CF).

Já a imunidade processual significa que os parlamentares não podem ser processados por crimes comuns sem prévia licença da Casa respectiva, nem podem ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, quando, então, os autos deverão ser remetidos, dentro de vinte e quatro horas, para a respectiva Casa, para que, pelo voto secreto da maioria absoluta de seus membros, delibere a respeito da prisão e da formação de culpa (art. 53, §§ 1º e 3º, CF). De salientar-se que o indeferimento do pedido de licença ou a sua não apreciação suspende o prazo prescricional. Tais prerrogativas se estendem também para os deputados estaduais no âmbito territorial de seus estados, mas não para os vereadores.

Apenas a título de complementação, igualmente o exercício da advocacia, considerado pela CF como indispensável à administração da justiça, está resguardado pela inviolabilidade profissional (art. 133, CF), nos limites da lei (art. 142, I, CP).

RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

1. CONDUTA PUNÍVEL

Partindo do conceito analítico de crime (conduta típica, ilícita e culpável), primeiramente há necessidade de se estabelecer o que é conduta, pois sobre ela incidirá a apreciação normativa.

Todo fato punível é, antes de tudo, uma conduta, uma realização da vontade humana no mundo exterior. Não há crime sem conduta, que serve como suporte material sobre o qual se arrimam a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. O Direito Penal moderno é o Direito penal da ação, e não o Direito Penal do autor.

Teorias sobre a conduta:

- a) teoria causal-naturalista da ação: também chamada de mecanicista, a conduta é um movimento corporal causador de modificação no mundo exterior. Ação é a causa voluntária, ou não-impeditiva, de um resultado no mundo exterior. Prescinde-se da finalidade pretendida, bastando que tenha sido voluntária para que seja considerada típica. O elemento subjetivo (dolo ou culpa) deve ser apreciado na culpabilidade, como elemento desta.
- b) teoria finalista da ação: segundo esta teoria, a ordem jurídica não tenciona proibir apenas processos causais, mas somente condutas orientadas finalisticamente. A conduta humana é uma atividade final, e não um comportamento meramente causal; como a vontade está na ação e esta encontra-se no tipo, também o dolo e a culpa estão na tipicidade. Conduta é uma atividade livre e consciente dirigida à produção de um resultado. Foi a teoria adotada pelo CP a partir de 84.
- c) teoria social da ação: a ação é a conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana. Como o Direito Penal só se preocupa com as condutas socialmente danosas e como socialmente relevante é o comportamento que atinge a relação do indivíduo com seu meio, se não houver relevância social, não haverá relevância jurídico-penal; a ação socialmente adequada, como a do médico que realiza uma incisão cirúrgica no paciente, está, *ab initio*, excluída do tipo porque se realiza dentro do espectro de normalidade da vida social. É uma ponte entre as duas outras teorias.

O Direito não cria condutas, mas as rege, ou seja, proíbe-as, obriga-as ou as permite, sob cominação de sanção. Desta forma, não podem ser puníveis as atuações finalistas regidas como permitidas pelo Direito, mas apenas aquelas qualificadas como proibidas. Assim, haverá conduta punível quando o Direito proibir a sua realização (preceito de proibição) e o sujeito, finalisticamente, a realizar (ação) ou quando o Direito determinar a sua realização (preceito de comando) e o sujeito, finalisticamente, não a realizar.

2. CLASSIFICAÇÃO DAS CONDUTAS PUNÍVEIS

- a) quanto à atuação
 - conduta comissiva
 - conduta omissiva
- b) quanto à finalidade
 - conduta dolosa
 - conduta culposa

3. AUSÊNCIA DE CONDUTA

Existem casos em que, embora ocorra intervenção no ambiente da qual advenham danos relevantes a bens jurídicos, faltará o suporte material do crime (inexistência de vontade ou de atuação). São as hipóteses de:

- a) coação física absoluta;

- b) atos reflexos;
- c) estados de inconsciência.

4. RESULTADO

Há duas concepções acerca do resultado. Uma concepção normativa, e uma concepção naturalística.

Pela teoria naturalística, o resultado é a modificação no mundo externo causada por um comportamento humano. Seria o efeito material (situação real de dano ou de perigo) da conduta, descrito por um tipo legal de crime – relaciona-se com o mundo fenomênico.

Pela concepção normativa o resultado é analisado do ponto de vista jurídico, pela qual o resultado nada mais é do que a lesão ou perigo de lesão a um bem ou interesse protegido pelo direito.

Nessa ordem de idéias, pode haver crime ser resultado naturalístico (ex: crimes de mera conduta) mas não há crime sem resultado jurídico, pois, em face do princípio da lesividade, não há crime sem lesão ou perigo de lesão a bem jurídico.

Toda conduta pode implicar resultado, mas esse resultado pode não ser imprescindível para a configuração do crime (o tipo não descreve resultado algum ou, descrevendo, não exige que se produza).

Classificação:

- a) crimes materiais – descrição e exigência do resultado;
- b) crimes formais – descrição sem exigência do resultado;
- c) crimes de mera conduta – não há descrição de resultado.

5. CAUSALIDADE

Antes de saber se a conduta está proibida pela norma, importa investigar se ela foi causa material do resultado. Se não há nexos causal entre a conduta de alguém e o evento típico, o agente não responde pelo crime.

A relação de causalidade material é o vínculo que se estabelece entre ação e resultado. Para que haja delito, não basta ação. É preciso que ela tenha relevância causal para a produção do resultado, de que depende a existência de crime.

A causalidade, portanto, tem função limitadora da imputação e a importância do seu estudo relaciona-se com os crimes materiais, pois, conforme diz o art. 13, 1ª parte, o resultado, de que depende a existência de crime, só é imputável a quem lhe deu causa. A relação de causalidade é o liame entre conduta e resultado naturalístico.

O que é causa em Direito Penal? Teorias no estudo da causalidade:

- a) teoria da totalidade das condições;
- b) teoria da causalidade adequada;
- c) teoria da predominância (Binding);
- d) teoria da relevância jurídica;
- e) **TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DOS ANTECEDENTES CAUSAIS** (*conditio sine qua non*): teoria adotada pelo Código Penal. Por essa teoria, causa é todo antecedente que tenha contribuído para que o resultado tivesse ocorrido como, quando e onde ocorreu. Tem origem no pensamento de Stuart Mill e foi introduzida no Direito Penal por Von Buri. Foi a adotada pelo nosso CP, art. 13, 2ª parte: “*considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*”.

Para saber se uma conduta é ou não causa do resultado, recorre-se ao processo de eliminação hipotética de Thyrén. Causa é todo evento que, suprimido mentalmente, faria com que o resultado não tivesse ocorrido da forma em que ocorreu.

Objeta-se que a teoria adotada teria o inconveniente de permitir a regressão *ad infinitum* na busca pela causa – Assim, para não punir a mãe do criminoso (se ela não tivesse o filho, ele não cometeria

o crime; se o industrial não fabricasse a arma, o crime não teria ocorrido). Mas a causalidade tem limites, que se encontram na própria ação, pois, não havendo dolo ou culpa, não há ação punível, de modo que, se não há ação punível, não se pode falar em causalidade.

5.1. SUPERVENIÊNCIA CAUSAL

A teoria da equivalência dos antecedentes (*conditio sine qua non*) foi a regra adotada pelo Código Penal. No entanto, a regra tem uma exceção, no art. 13, § 1º, do Código Penal, que trata da superveniência causal.

Para saber do que trata o art. 13, é preciso estudar as hipóteses em que outras circunstâncias – além da conduta do agente ou até mesmo independente da conduta do agente – vêm a ter relevância causal para a ocorrência do evento. São as chamadas concausas, que podem ser:

- a) absolutamente independentes – que produz o resultado de forma independente da conduta do agente.
- preexistentes (ingestão de veneno anterior ao tiro);
 - concomitantes (infarto no momento do tiro, estando o atirador de tocaia);
 - supervenientes (desabamento fatal após a colocação do veneno no copo da vítima).

Nessas hipóteses, o resultado não é atribuído ao agente, pois as circunstâncias absolutamente independentes produziram o resultado, houvesse ou não conduta por parte do agente. Então, utilizando-se a eliminação hipotética, a conduta do agente não seria causa, e, por isso, não responderia ele pelo resultado. Aplica-se a regra do art. 13, *caput*.

- b) relativamente independentes – a conduta do agente tem relevância causal, combinada com uma outra concausa, que pode ser:
- preexistente (hemofílico é baleado e morre de hemorragia);
 - concomitante (a vítima sofre de um infarto no instante em que é alvejada, provando-se que a lesão contribuiu para o colapso cardíaco);
 - superveniente (a vítima baleada é levada numa ambulância, ainda com vida, e o veículo capota, vindo a mesma a morrer no acidente).

A regra, na hipótese de concausa preexistente ou concomitante (relativamente independente) é que o agente responde pelo resultado, pois ele contribuiu para que o resultado tivesse ocorrido como, quando e onde ocorreu. Aplica-se o art. 13, *caput*, do CP

Na hipótese de concausa superveniente relativamente independente, deve-se aplicar a regra do art. 13, § 1º:

“A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, portanto, imputam-se a quem os praticou.

Nesse caso, pode-se ver que existem dois tipos de superveniência causal:

- ✓ a que “por si só” produziu o resultado – que **exclui a imputação**
- ✓ a que “por si só” **não** produziu o resultado – que **não exclui a imputação**.

A causa que por si só produziu o resultado é aquela que está em outra linha de desdobramento físico da conduta do agente, isto é a que cria outra linha causal (ex: a vítima é ferida e levada ao hospital, onde vem a morrer em face de um desabamento). O agente não responde pelo resultado.

A causa que por si só não produziu o resultado é aquela que está na mesma linha causal da conduta do agente (a pessoa é ferida e morre em consequência da infecção do ferimento no hospital) O agente responde pelo resultado.

5.2. CAUSALIDADE NA OMISSÃO

Ação em sentido amplo, no Direito Penal, engloba a ação em sentido estrito (fazer o que o ordenamento proíbe) e a omissão (não fazer o que a lei obriga): tipos comissivos e omissivos respectivamente.

Do ponto de vista fenomênico, a omissão é um nada (do nada, nada surge), todavia omissão penalmente relevante para o Direito Penal é o não cumprimento de um dever jurídico de agir em circunstâncias tais que o omitente tinha a possibilidade física ou material de realizar a conduta devida. Na omissão não há propriamente uma relação de causalidade, mas de “não-impedimento”, porque a causalidade na omissão não é física, mas normativa. Deve, pois, preencher os seguintes pressupostos:

- a) dever jurídico que impõe uma obrigação de agir ou de evitar um resultado proibido;
- b) possibilidade física ou material de agir;
- c) evitabilidade do resultado.

O dever jurídico pode ser imposto pelo preceito do próprio tipo (preceito de comando). Tipo omissivo, realizado por qualquer pessoa que se encontre naquelas condições descritas no tipo; omissão própria.

O dever jurídico também pode ser imposto a pessoas que, por sua especial posição perante o bem jurídico, recebem ou assumem a obrigação de assegurar a sua conservação. O tipo é comissivo, porém, excepcionalmente, o resultado que ele proíbe (preceito proibitivo) é realizado por meio de uma omissão; tipo omissivo impróprio ou comissivo por omissão. Não é genérico, não pode ser praticado por qualquer pessoa, mas apenas por aquelas às quais o ordenamento impõe o dever de impedir a produção do resultado. Art. 13, §2º, CP – a posição de **garantidor** pode advir de:

- a) dever legal de cuidado, proteção ou vigilância; (ex: mãe que deixa de amamentar o filho)
- b) assunção, de outra forma, da responsabilidade de impedir o resultado; (ex: professor de natação que deixa o aluno afogar-se)
- c) criação de risco da ocorrência do resultado com o seu comportamento anterior. (quem causa um incêndio e podendo, se nega a prestar socorro)

Nos exemplos citados, o agente não responde por omissão de socorro (crime omissivo próprio), mas por homicídio (na forma comissiva por omissão), porque existe o dever específico, oriundo da lei, do contrato ou de fato causado pelo agente, de evitar o resultado.

Quanto à possibilidade física de evitar o resultado, decorre da lógica, visto que não se pode garantir a conservação de um bem jurídico além do que a realidade permite.

Por fim, no que se refere à evitabilidade do resultado, deve-se investigar se a realização da conduta devida impediria ou não o resultado; se impedisse, a omissão seria causa desse resultado; se, a despeito do atuar do agente, o resultado ainda assim teria ocorrido, concluir-se-ia que a omissão não provocou o resultado, e este não poderia ser atribuído ao omitente.

ITER CRIMINIS

1. ETAPAS

O caminho do crime passa por quatro fases: cogitação (*cogitatio*), atos preparatórios (*conatus remotus*), atos executórios (*conatus proximus*) e consumação (*meta optata*). Para alguns, o exaurimento seria a última etapa.

- I) A cogitação corresponde à fase puramente mental. É impunível, uma vez que não há ofensividade alguma a qualquer bem jurídico. “O pensamento não delinqüê”. A despeito do entendimento isolado de Mirabete, para quem existem exceções, a cogitação é sempre impunível, pois a cogitação exteriorizada deixa de ser cogitação para se tornar ação, incompatível com a fase puramente mental.
- II) Os atos preparatórios já são atos externos, em regra, também são impuníveis, porque não são típicos, nem mesmo antijurídicos, por si só. Os atos preparatórios só são puníveis em duas hipóteses:
 - a) quando elevados, pela lei, à categoria de crime autônomo - petrechos para falsificação de moeda (art. 291), atribuir-se falsamente autoridade para celebração de casamento (art. 238), etc.
 - b) quando, no concurso de agentes, o ato preparatório contribuir para a execução ou consumação do crime por outrem (art. 29, *caput*, e 31 do CP). Mas neste casos os atos preparatórios não são puníveis *per se*, mas sim são acessórios à conduta principal (tentada ou consumada) de outrem.
- III) Os atos executórios, em regra, são *puníveis*. Mas como distinguir atos preparatórios de atos executórios? Vários critérios foram formulados:
 - a) critério objetivo ou formal: “início da realização do tipo” (Welzel) – começo da conjugação do verbo núcleo do tipo. Apesar da segurança, deixa de abarcar situações que o Direito tem interesse em evitar pelo seu grau de aproximação com o bem jurídico tutelado.
 - b) critério da inequívocidade e idoneidade: significa que, se o ato já é idôneo para produzir o resultado e inequívoca é a sua intenção, será executório. Ex: A, querendo matar B, aponta-lhe uma arma e está prestes a acionar o gatilho quando é detido – tentativa de homicídio;
 - c) critério material: o ato que não constitui ameaça ou ataque direto ao objeto da proteção legal é simples ato preparatório, já o ato que significa ataque ao bem jurídico é executório

Entende-se que o critério objetivo é o adotado pelo CP, mas, no caso concreto, deve-se socorrer aos demais critérios subsidiariamente e, no caso de dúvida se o ato é preparatório ou executório, a questão se resolve pelo princípio processual do *in dubio pro reu*. Damásio de Jesus apresenta uma outra teoria, a objetiva-material, defendida por Welzel e Zaffaroni, pela qual deve se distinguir começo de execução do crime e começo de execução de ação típica, sendo que o primeiro é mais amplo e abrange os atos que, conforme o plano do agente, são imediatamente anteriores ao início de execução da ação típica; como o nosso Código fala em início de execução do crime (art. 14, II), seria aceitável o entendimento de que também são atos executórios do delito aqueles que estão num momento imediatamente anterior ao comportamento que se amolda ao verbo-núcleo do tipo.

A consumação se dá quando o agente realiza todas as elementares objetivas e subjetivas do tipo. Ocorre quando a conduta reúne todos os elementos da definição legal de crime. (art. 14, I, CP).

O exaurimento é o proveito que o agente pretendia obter quando da realização do crime. Ex: matar o pai para receber a herança. De notar-se que é despidendo para a complementação do tipo se ele consegue obtê-lo ou não, daí porque muitos não consideram como fase do *iter*; ainda, não é possível a prisão em flagrante se o agente é pego nesta fase – ex: quando o funcionário público está recebendo o dinheiro da vítima do crime de concussão. Alguns falam em crime exaurido querendo se referir ao crime formal em que haja ocorrido o resultado, vez que, para se consumir, basta a ação.

2. TENTATIVA

Iniciada a execução do crime, pode ser que o mesmo venha a se consumar, reunindo todos os elementos de sua definição legal. Pode ocorrer, todavia que, iniciada a execução, o agente não obtém a consumação por circunstâncias alheias à sua vontade (art. 14, II, CP). Neste caso, há a tentativa, que possui três requisitos:

- a) subjetivo: dolo de consumir determinado tipo legal de crime. A tentativa tem sua tipicidade subjetiva completa, mas sua tipicidade objetiva é incompleta. O dolo do crime tentado é idêntico ao dolo do crime consumado.
- b) objetivos:
 - começo de execução;
 - ausência de consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Infrações que não comportam a tentativa:

- ✓ Crimes culposos (com exceção da chamada culpa imprópria, decorrente de erro, que admite tentativa);
- ✓ Crimes preterdolosos,
- ✓ Crimes omissivos próprios
- ✓ Crimes de atentado
- ✓ Crimes unissubsistentes
- ✓ Crimes habituais
- ✓ Crimes que a lei pune somente quando se dá o resultado
- ✓ Crimes permanentes de forma exclusivamente omissiva
- ✓ Contravenções penais (art. 4º LCP – Decreto-Lei 3.688/41) .

Existem duas modalidades de tentativa. Uma é a tentativa imperfeita, quando o próprio processo executório é interrompido antes que o agente esgote todo o seu potencial ofensivo. A outra é a chamada tentativa perfeita ou crime falho, pelo qual o agente esgota subjetivamente todo o potencial ofensivo, isto é, o agente realiza tudo o que acha necessário à consumação, mas, ainda assim, o crime não ocorre.

3. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA, ARREPENDIMENTO EFICAZ E ARREPENDIMENTO POSTERIOR

No item anterior, observamos que um dos requisitos da tentativa é que o crime não venha a se consumir por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Ocorre que situações há em que, iniciada a execução, ou até mesmo esgotada a execução, o resultado não vem a ocorrer por contribuição do próprio agente.

Nesses casos, temos a desistência voluntária e o arrependimento eficaz, previstos no art. 15 do Código Penal.

A desistência voluntária ocorre quando, iniciada a execução, o agente, voluntariamente, cessa seu comportamento delituoso. Na desistência voluntária, a execução é interrompida por vontade do próprio agente, ao contrário da tentativa imperfeita, em que os atos executórios interrompem-se por circunstâncias alheias à vontade do agente. Ressalte-se que a lei fala em desistência voluntária, e não em desistência espontânea, isto é, o agente pode desistir atendendo a um pedido de outrem.

O arrependimento eficaz ocorre quando o agente, já esgotada a execução, impede que o resultado se produza. A lei fala em arrependimento eficaz, e não eficiente, isto é, não basta o agente querer impedir o resultado, mas também ele tem que efetivamente impedir sua produção. Se o agente se arrependeu, foi eficiente (fez tudo o que estava a seu alcance) mas não foi eficaz (não impediu o resultado), o agente responde pelo crime.

Nestes casos, não há a tentativa, punindo-se o agente apenas pelos atos já praticados.

Tanto a desistência voluntária quanto o arrependimento eficaz estão no art. 15, CP, e discute-se a sua natureza jurídica: para Damásio de Jesus, Mirabete e Cezar Bitencourt, seria excludente de tipicidade; para Hungria e Magalhães Noronha, seria causa de extinção de punibilidade fora do rol do art. 107, CP; por fim, para Paulo José da Costa Jr., seria escusa absolutória pessoal. Parece ser o primeiro entendimento o mais acertado.

Quanto ao arrependimento posterior, que é causa de diminuição de pena, ver art. 16, CP, que estabelece os seguintes requisitos:

- a) crime sem violência ou grave ameaça à pessoa;
- b) reparação do dano ou restituição da coisa;
- c) a reparação ou restituição tem que ser por ato voluntário
- d) a reparação ou restituição tem que ser feita até a data do recebimento da denúncia ou da queixa.

3. CRIME IMPOSSÍVEL OU TENTATIVA INIDÔNEA OU QUASE-CRIME

O art. 17 cuida do crime impossível. A consumação é impossível, havendo atipicidade por carência do tipo objetivo, em três hipóteses:

- a) ineficácia absoluta do meio empregado para aquele crime;
- b) inidoneidade absoluta do objeto material para aquele crime.

Vide art. 17, CP. Em ambos os casos, se for relativa, estando presentes os outros requisitos, há tentativa punível, visto que o CP adotou a teoria objetiva temperada.

- c) crime de ensaio: o provocador introduz no ambiente condições tais que, por mais que se esforce, o executor não conseguirá completar a realização típica, inexistindo, em momento algum, a ofensividade legitimadora da intervenção penal. É o caso do flagrante provocado (cf. Súmula 145, STF), diferente do flagrante esperado, em que se preserva a punibilidade, e do flagrante forjado, em que a geralmente a polícia "planta" provas a fim de incriminar alguém, o que constitui abuso de autoridade.

Diferente é o crime putativo, em que o agente imagina, por erro, que está realizando uma conduta típica quando, em verdade, o fato não constituiu crime – ex: relacionar-se com a irmã achando que está cometendo “crime de incesto”.

TIPICIDADE

1. CONCEITO

É a correspondência entre a conduta realizada pelo agente e a descrição abstrata contida na norma penal; é um atributo do fato que se amolda ao modelo legal. Já o tipo é a reunião dos elementos do fato punível descrito na norma penal incriminadora.

A adequação típica pode se dar de forma imediata ou mediata, necessitando, neste último caso, da concorrência de outra norma, de caráter extensivo, de que são exemplos os arts. 14, II, e 29, ambos do CP.

2. ELEMENTOS ESTRUTURAIS DO TIPO

São de três espécies:

- a) núcleo: todo crime resulta de uma conduta humana. Desta forma, o núcleo do tipo sempre vai ser o verbo constante da ação. Cumpre ressaltar que existem tipos que contêm mais de um verbo, como nos casos tipos mistos alternativos (ex: art. 122), nos quais a prática de um dos núcleos exclui os demais, e delitos complexos (ex: art. 157).
- b) objetivos ou descritivos: resultam de percepção sensorial, são aqueles relativos a tempo, meio, modo, coisas.
- c) normativos: a compreensão de elementos normativos (ex: “mulher honesta” – CP, 219, “indevidamente” – CP, 151, “sem justa causa” CP, 146) dependerão de uma valoração do juiz no caso concreto.
- d) Conhecido outrora como “dolo específico”, os elementos subjetivos do tipo representam finalidades, intenções específicas que o tipo exige, além do dolo, para que o crime esteja consumado. (ex: “com o fim de” – CP art. 131, “para si ou para outrem” – CP art. 155 e “fim libidinoso” – CP art. 219)

3. CLASSIFICAÇÃO DOS TIPOS

Existem algumas, sendo as mais importantes:

- a) tipo normal e anormal;
- b) tipo aberto e fechado;
- c) tipo básico ou fundamental e derivado (privilegiado e qualificado).

4. FUNÇÕES DO TIPO

Segundo Heleno Fragoso, são duas:

- a) de garantia – relaciona-se com o princípio da reserva legal;
- b) indiciária ou fundamentador da ilicitude.

Cezar Bitencourt acrescenta mais uma: função diferenciadora do erro – o desconhecimento de uma elementar do tipo constitui erro de tipo, excluindo o dolo.

5. TIPO DE INJUSTO COMISSIVO DOLOSO

5.1. TIPO OBJETIVO

O tipo objetivo representa a exteriorização da vontade, a qual corresponde ao tipo subjetivo. O tipo objetivo, na espécie de injusto aqui tratada, tem como elementos o autor da ação, a ação ou omissão, o resultado e o nexos causal.

5.2. TIPO SUBJETIVO

Já o tipo subjetivo, que engloba todos os aspectos subjetivos da norma penal incriminadora, os quais, concretamente, produzem o tipo objetivo, é composto de um elemento geral (dolo) e, eventualmente, de elementos especiais (intenções e tendências).

5.2.1. Dolo

É a consciência e vontade de realização típica. Possui, portanto, dois elementos: o cognitivo e o volitivo. Pela teoria clássica, o dolo era normativo, pois possuía a consciência da ilicitude e era uma das espécies de culpabilidade; a teoria finalista deslocou a consciência da ilicitude para a culpabilidade e o dolo para o tipo, visto que toda ação humana é voltada para um fim; como o dolo está na ação e ela está no tipo, o dolo está no tipo.

Elementos do tipo doloso:

- a) ação voluntária e consciente;
- b) resultado voluntário (ou consentido, no dolo eventual)
- c) consciência do nexo causal entre ação e resultado.
- d) Consciência dos elementos do tipo

Teorias sobre o dolo:

- a) teoria da vontade – quando o agente quer o resultado (adotada pelo CP em relação ao dolo direto) ;
- b) teoria da representação –
- c) teoria do consentimento - decorre da assunção do risco de produzir o resultado (adotada pelo CP em relação ao dolo eventual.)

Espécies:

- a) dolo direto ou determinado: quando o agente quer o resultado. A conduta dirige-se diretamente ao resultado.
- b) dolo indireto. A conduta não se dirige diretamente à produção do resultado
 - eventual – teoria da anuência (Frank). O agente age com indiferença em relação ao resultado. O agente não quer propriamente o resultado, mas conscientemente, assume o risco de produzi-lo.
 - alternativo – hipótese questionada por vários autores. Ocorre quando o agente quer uma lesão a um bem jurídico, satisfazendo-se, todavia, com uma ou outra. Ex: X agride Y, com a intenção de matar ou ferir, satisfazendo-se com qualquer uma das duas. Na verdade, quem quer matar ou ferir, pelo menos assume o risco de matar, daí porque a inutilidade da descrição.

Alguns autores ainda mencionam dolo natural e normativo, dolo de dano e de perigo, dolo geral, dolo de ímpeto.

5.2.2. Elemento subjetivo especial de injusto

Era o que a doutrina clássica denominava antigamente de dolo específico, em contraposição ao genérico. Acontece que, no magistério de Cezar Bitencourt, o especial fim de agir tem autonomia frente ao dolo, que, conforme visto, abrange apenas vontade e consciência, constituindo-se aquele em elemento subjetivo especial do tipo, fundamentador da antijuridicidade do fato; na falta desses elementos, há carência do tipo subjetivo, independentemente de haver o dolo.

Poderiam ser classificados em delitos de intenção (*para si ou para outrem, em proveito próprio ou alheio*), delitos de tendência (*propósito de ofender, propósito de ultrajar*), especiais motivos de agir (*motivo torpe, motivo fútil, motivo nobre, de relevante valor social ou moral*) e momentos especiais de ânimo (*sem escrúpulos, sem consideração, satisfazer instinto sexual, inescrupulosamente*).

6. TIPO DE INJUSTO CULPOSO

Culpa é a inobservância do dever objetivo de cuidado, fazendo com que o comportamento produza um resultado não querido, porém previsível. O Direito Penal protege o bem jurídico não só contra condutas dirigidas para finalidades ilícitas, mas também contra condutas mal dirigidas para finalidades lícitas – a culpa é tão finalista quanto o dolo, mas na culpa, o agente não tem uma finalidade proibida pelo Direito, embora realize um resultado proibido por ele. Mas só há punição por crime culposos quando expressamente prevista.

Diante da realização de uma conduta com perspectiva de risco ao bem jurídico, o ordenamento impõe o dever de reconhecer a situação de perigo e, por via de consequência, o dever de não realizá-la, ou, se necessário ou conveniente, praticá-la observando o cuidado de não causar a lesão. De ver-se que há situações em que a conduta encerra importante risco para o bem jurídico protegido, todavia a sociedade não pode dispensar a sua realização (intervenções médicas e cirúrgicas, experiências científicas, operações com explosivos ou combustíveis, etc). Nestes casos, observa-se o *princípio do risco tolerado*: quanto mais necessária a conduta, maior será o risco que, em relação a ela, deve-se correr, e maiores os cuidados exigíveis de quem a realiza; se, mesmo obedecendo-se esse princípio, o resultado danoso previsível ocorre, não haverá crime culposos.

Por sua vez, o *princípio da confiança*, regulador da vida social, estabelece que cada um deve se comportar como se os demais se comportassem corretamente; a quebra dessa regra (todos devem se comportar como se os demais se comportassem incorretamente) tornaria inviável a vida em sociedade, visto que as pessoas, com medo de atitudes danosas dos outros, deixariam de realizar as ações mais comuns. Ao não observar a cautela indispensável à vida em sociedade, produzindo lesões em bens jurídicos essenciais, o sujeito pode ser punido a título de culpa porque deixou de corresponder à confiança dos demais; *a contrario sensu*, o agente não poderá ser punido por crime culposos se age confiando na normalidade das situações que envolvem certo risco e algo fora do comum, apesar de objetivamente previsível, faz com que ele acabe “provocando” um resultado danoso.

No plano da tipicidade, examina-se apenas se o sujeito agiu sem o cuidado objetivo necessário; a análise sobre se ele tinha, no caso concreto, condições de agir de outra forma será feita na culpabilidade. Cabe ainda ressaltar que, enquanto a previsibilidade objetiva encontra-se na tipicidade e antijuridicidade, a previsibilidade subjetiva esta na culpabilidade.

Há possibilidade de conduta tipicamente culposa acobertada por uma causa de exclusão da ilicitude.

Elementos do tipo culposos:

- a) ação voluntária contrária ao dever objetivo de cuidado;
- b) produção de um resultado involuntário
- c) nexos causal entre conduta contrária ao dever e resultado
- d) previsibilidade do resultado.

Espécies de culpa:

- a) culpa inconsciente: quando o agente, inobservando cuidado objetivo necessário (imprudência, negligência ou imperícia), causa um resultado típico objetivamente previsível, mas **não previsto**, não querido nem aceito pelo autor;
- b) culpa consciente: quando o agente, prevendo a probabilidade de um resultado típico, não a aceita e realiza a conduta, sem as devidas cautelas. Ocorre, na maioria das vezes, quando o agente, prevendo o resultado, superestima as suas habilidades pessoais ou minimiza os riscos de sua conduta, acreditando, sinceramente, que o resultado não ocorrerá.
- c) culpa imprópria (por assimilação ou equiparação ao dolo): denominação criada pelos causalistas para os casos em que o agente prevê o resultado típico e se propõe a realizá-lo, mas incide em erro vencível. Na verdade, trata-se de dolo, porque o agente quer o resultado, mas o código penal trata como culpa, na forma do art. 20.

Concorrência de culpas – quando dois sujeitos concorrem, culposamente, para a produção de um fato definido como crime, sem que um saiba da existência do outro; cada um responde, isoladamente, pelo crime cometido.

Compensação de culpas – não é admitida em Direito Penal, mas a culpa da vítima deve ser levada em consideração quando da primeira fase da dosimetria da pena; somente a culpa exclusiva da vítima exclui a do ofensor.

Modalidade de culpa:

Imprudência: É um atuar em excesso, o agente atua mais do que recomenda a cautela, de forma precipitada.

Negligência: Decorre da ausência de precaução diante do ato. Geralmente decorre de uma inatividade, da inércia do sujeito ativo

Imperícia: falta de aptidão para o exercício de arte ou profissão.

Na forma do art. 18, parágrafo único, do CP, a culpa só ocorre excepcionalmente, quando houver previsão expressa em lei. No caso, um tipo penal só vai ser punido na forma culposa se houver expressa previsão neste sentido.

7. CRIME PRETERDOLOSO

É aquele em que a conduta produz em resultado mais grave do que o pretendido pelo autor: há dolo no antecedente e culpa no conseqüente (pelo art. 19, CP, o resultado que agrava o crime só pode ser imputado ao agente pelo menos a título de culpa). Ex: lesão corporal seguida de morte (art. 129, §3º). O agente age inicialmente com dolo, querendo produzir uma determinada lesão a um bem jurídico. Ocorre que, por culpa, ocorre um resultado mais grave do que o pretendido. Nesses casos, há preterdolo.

Para Damásio de Jesus, os crimes preterdolosos ou preterintencionais se confundem com os crimes qualificados pelo resultado. Para alguns, aqueles são espécie destes – haveria, ainda, crimes em que há dolo + dolo (art. 157, §3º), culpa + dolo (art. 129, §7º), culpa + culpa (art. 250, §2º, c/c o art. 258, 2ª parte), além de dolo + culpa. Para Cezar Bitencourt, a concepção mais acertada seria que, no crime preterdoloso, os bens jurídicos atingidos são da mesma natureza – ex: lesão corporal seguida de morte –, enquanto que, no crime qualificado pelo resultado, “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” – ex: aborto seguido de morte da gestante.

8. ATUAÇÃO CONFORME O DIREITO E TIPICIDADE CONGLOBANTE

Sendo o ordenamento jurídico um todo harmônico, por um princípio de lógica, nada pode ser e não ser ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto – se ele ordena ou permite a prática de uma conduta, não pode, ao mesmo tempo, proibi-la.

É importante notar que a doutrina moderna tende a concluir pela inexistência, nesses casos, da própria tipicidade. Explica-se. A opção dos termos e expressões do tipo decorre de uma reflexão axiológica, logo, se existe uma norma autorizando, fomentando ou mesmo determinando a realização de uma conduta, não poderá ser caracterizada como proibida sequer indiciariamente. Uma vez que a tipicidade pressupõe a antinormatividade e a ordem jurídica é um todo coerente, o exame da tipicidade passa necessariamente pela constatação dessa coerência, o que somente é possível com uma análise conglobante. É a *tipicidade conglobante*, idealizada por Zaffaroni, que se relaciona com a tipicidade material.

tipicidade legal + tipicidade conglobante = tipicidade penal

Assim é que um médico, ao realizar uma cirurgia, em tese, estaria praticando uma conduta legalmente típica (art. 129, CP), mas, avaliando-se todo o sistema jurídico, verificar-se-ia que o seu comportamento, por não ser nem indiciariamente proibido, é atípico penalmente. Entretanto grande parte da doutrina continua estudando as hipóteses de atuação conforme o Direito e de estímulo normativo no âmbito da exclusão da ilicitude.

9. CAUSAS DE EXCLUSÃO DA TIPICIDADE

Princípio da adequação social: condutas que são toleradas, aceitas pela sociedade, apesar de típicas formalmente, não devem ser consideradas como criminosas. Ainda se discute qual seria a função desse princípio, se excludente de tipicidade, de ilicitude ou se princípio geral de interpretação.

Princípio da insignificância: deve haver proporcionalidade entre a ofensividade efetiva da conduta e a punição a ser imposta; quando, analisando-se todo o sistema, a lesividade for inexistente ou ínfima, a tipicidade deve ser afastada, pois o bem jurídico que ela pretende tutelar não foi atingido.

Erro de tipo invencível: art. 20, CP – como exclui o dolo e a culpa, há carência do tipo subjetivo; explicação mais detalhada posteriormente.

ANTI JURIDICIDADE

1. CONCEITO

Diz-se que a conduta é antijurídica ou ilícita quando em contrariedade com alguma norma do Direito. Pode-se dizer que é uma relação de desconformidade entre a conduta e o direito.

A tipicidade, como visto, é elemento indiciário da antijuridicidade. Em outras palavras, toda conduta típica é, em regra, contrária ao direito. Mas nem toda a violação a bem jurídico descrito no tipo penal constitui crime. Se o tipo penal descreve a violação de um bem jurídico, a antijuridicidade vai representar uma valoração a esta violação.

2. INJUSTO, ANTINORMATIVIDADE, ANTI JURIDICIDADE E ILICITUDE

Injusto é a ação típica e antijurídica; antijuridicidade é uma qualidade desta ação, é a contrariedade com o ordenamento jurídico.

Os tipos encerram normas ou preceitos proibitivos daquela descrição – Welzel ensina que toda conduta típica é também antinormativa, mas pode não ser antijurídica, pois, no ordenamento, existem também preceitos permissivos.

Critica-se a expressão antijuridicidade porque o crime, como conduta típica, ilícita e culpável, deixa de ser mero fato para se tornar fato jurídico, porque traz conseqüências para o Direito. Assim, seria contraditório dizer que um fato é jurídico e antijurídico ao mesmo tempo. Além disso, o tipo descreve formas de condutas que, quando praticadas, amoldam-se a ele – neste sentido, não seriam antijurídicas porque previstas por ele. Daí porque Assis Toledo fala em ilicitude, expressão adotada pelo CP a partir da reforma de 84. No entanto, o conceito de antijuridicidade é consagrado na doutrina.

3. ILICITUDE FORMAL E MATERIAL

Ilicitude formal é um conceito que se confunde com tipicidade, pois equivale à mera contradição entre o fato praticado pelo agente e a norma de proibição. Já a ilicitude material é a lesão provocada pela conduta humana ao bem jurídico tutelado. Critica-se essa distinção, tendendo-se para uma concepção unitária. Trata-se de distinção que tende a se tornar desnecessária, pois só pode ser formalmente contrário à ordem jurídica um fato que lese um bem ou interesse protegido pelo direito. São conceitos, então, que se integram.

4. DESVALOR DA AÇÃO E DESVALOR DO RESULTADO

A antijuridicidade de um fato não decorre apenas da valoração negativa acerca do resultado causado pelo agente. Há, também, em face da antijuridicidade, um desvalor na ação. O ordenamento jurídico evidencia que o desvalor da conduta ilícita não está apenas na ação, nem também no resultado. Se valorasse apenas a ação, desprezando o resultado, o crime tentado seria equivalente ao crime consumado, pois a ação é a mesma, e o resultado, diverso. Se valorasse apenas o resultado, não haveria como diferenciar, por exemplo, o homicídio doloso do culposo, uma vez que o resultado no mundo exterior é o mesmo. Por isso, na análise da antijuridicidade, devem ser levados em conta ambos os elementos.

5. EXCLUDENTES DE ILICITUDE

Sendo a tipicidade indiciária da ilicitude, quando o fato for típico, via de regra, será antijurídico. O fato típico só será conforme ao direito quando presente uma causa justificante (excludente de ilicitude), por conseguinte, um conceito negativo, por exclusão.

Encontram-se dispostas no art. 23, CP e, conforme as situações que as fundamentam, as justificativas penais (tipos permissivos) podem ser:

- a) decorrentes da necessidade de preservação do bem jurídico – estado de necessidade e legítima defesa;

- b) decorrentes de atuação conforme o ordenamento jurídico – exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal;
- c) decorrente da renúncia à proteção ao bem jurídico – consentimento do ofendido, causa suprallegal de exclusão da ilicitude.

Discute-se sobre a necessidade do elemento subjetivo: para se configurar uma cláusula de licitude extraordinária, é preciso que o sujeito tenha consciência de que está agindo sob o seu manto? A maioria da doutrina entende que sim, visto que, assim, como os tipos proibitivos, os permissivos também têm tipo objetivo e subjetivo, devendo se apresentar de forma completa para aproveitar ao agente. Outros entendem que não se pode exigir o elemento subjetivo porque a lei não seria expressa nesse sentido.

5.1. ESTADO DE NECESSIDADE

É a realização inevitável de um tipo incriminador para salvar um bem jurídico de valor igual ou superior ao sacrificado, exposto a uma situação de perigo não provocado de forma voluntária pelo necessitado. Está disposto nos arts. 23, I e 24 do CP e fundamenta-se no instinto de conservação.

Deve atender a uma série de requisitos:

- a) existência de uma situação de perigo atual: é pressuposto fático do estado de necessidade. Perigo é a probabilidade de dano conforme a máxima da experiência. A lei só fala em perigo atual, mas, para alguns, estaria incluído também o perigo iminente. O perigo futuro não está abrangido pelo estado de necessidade. Não decorre apenas de fatos humanos, podendo decorrer de forças da natureza ou de irracionais;
- b) não provocação voluntária do perigo: não teria sentido que, para salvaguardar-se, o provocador voluntário do risco pudesse sacrificar bem jurídico alheio. Acontece que o CP não distingue entre a provocação dolosa e a culposa do perigo; todavia ele põe a vontade em referência ao próprio perigo, e não ao dano, e o resultado não é querido no crime culposo – logo, o provocador culposamente do perigo pode invocar a justificante;
- c) não ter obrigação legal de enfrentar o perigo: conferir art. 24, §1º – se tem dever legal de proteger o bem jurídico ameaçado, não pode, em contrapartida, permitir que seja sacrificado (não pode ser garantidor na forma do art. 13, §2º, a, CP);
- d) ameaça a direito próprio ou de outrem;
- e) inevitabilidade da lesão: como o estado de necessidade implica o sacrifício de um bem jurídico inocente, que, via de regra, não provocou a situação de perigo (diferente da legítima defesa), a lesão só pode ser autorizada como recurso extremo, isto é, se não há possibilidade de salvar-se de outro modo, como, p. ex., fugir. Assim também pode-se permitir o furto de um alimento quando há a probabilidade de morrer de fome (furto famélico), mas não quando furta-se um objeto com o fim de vendê-lo para adquirir alimento, pois falta a atualidade do perigo;
- f) inexigibilidade do sacrifício do direito ameaçado;
- g) reação do necessitado orientada pela finalidade de salvação: o art. 24 fala em “para salvar”, indicando intenção ou propósito.

Quanto ao bem protegido, pode ser próprio ou de terceiro. Há também o estado de necessidade defensivo (quando a reação de salvação direciona-se contra coisa da qual provém o perigo para o bem jurídico) ou estado de necessidade agressivo (quando ela direciona-se contra coisa diversa da qual provém o perigo para o bem jurídico) – neste caso, embora a conduta lesiva esteja ao abrigo de uma justificante, pode gerar indenização civil devida pelo causador do dano, que terá direito de regresso (arts. 1529 e 1520 do CC) - se o perigo for proveniente de um comportamento humano, e não da natureza.

É preciso ressaltar que, na base do estado de necessidade, está um princípio de ponderação axiológica dos bens em conflito: se os dois bens são igualmente protegidos pelo Direito e um deles será sacrificado, é preciso que haja valoração para autorizar tal sacrifício e a justificação do necessitado. Existem duas teorias a esse respeito: unitária e diferenciadora.

A **teoria diferenciadora**, com origem no direito alemão, distingue entre estado de necessidade justificante e o exculpante: se o bem sacrificado for de valor menor que o protegido, tem-se a primeira hi-

pótese (o titular do bem jurídico mais valioso tem o direito de sacrificar o outro para preservar o seu); mas se o bem sacrificado for de valor igual ou maior que o protegido, poderá haver, em algumas situações, o estado de necessidade exculpante, excluindo a culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Já a **teoria unitária** reconhece apenas o estado de necessidade justificante – é a teoria adotada pelo CP, todavia deve haver uma comparação dos bens em conflito, visto que fala em direito cujo sacrifício não era razoável exigir-se (art. 24, *caput*) e prevê diminuição de pena se era razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado (§2º do mesmo art.). Há autores que defendem, em algumas situações, o estado de necessidade exculpante, quando o bem jurídico sacrificado é de valor maior do que o protegido, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Mas quando é razoável exigir-se o sacrifício de um bem? Quando for o único recurso de que dispõe para preservar o bem que tem valor igual ou superior. Os critérios de ponderação devem seguir a lógica do razoável, pois é necessário levar em consideração a forte influência da situação no estado anímico do agente, envolvido por circunstância de risco de perecimento de direito próprio ou alheio; ainda, na valoração, pode-se socorrer à disposição hierárquica determinada pelo direito posto (o CP considera a vida mais importante do que o patrimônio, tanto que a pena do homicídio é mais grave do que a do furto).

4.2. LEGÍTIMA DEFESA

É a realização de um fato típico como reação proporcional, com uso moderado dos meios necessários, a uma ofensa injusta, atual ou iminente, a bem jurídico próprio ou alheio. Está nos arts. 23, II, e 25 do CP. Ela exclui a ilicitude porque o bem jurídico essencial para a coexistência deve ficar a salvo de qualquer injustiça. Ao permitir a reação de defesa, o Direito Penal está apenas reafirmando a sua função social de proteção: a ordem jurídica existe para evitar o injusto; se, envolvido por uma situação concreta, o indivíduo toma para si a tarefa de proteção e o faz dentro dos limites fixados pelo próprio Direito, impedindo, ainda que com violência, a agressão, não só atua dentro da ordem jurídica como em defesa dessa mesma ordem.

Requisitos:

- a) agressão injusta: agressão é qualquer ação ou omissão humana ofensiva que impõe dano ao bem jurídico; deve ser injusta, i.e., contrária ao Direito; sempre decorre de agressão humana. Ataque de animal é estado de necessidade, salvo se o animal é atado por um ser humano.
- b) atualidade ou iminência da agressão: deve estar sendo praticada ou estar prestes a ocorrer. Isso porque não se pode permitir a reação a uma agressão passada (legitimação da vingança) ou a uma ofensa futura (legitimação do medo). Não é possível legítima defesa simultânea recíproca, mas lesões corporais recíprocas; pode haver legítima defesa real contra legítima defesa putativa; pode haver, também legítima defesa recíproca sucessiva, quando, p. ex; “A” repele injusta agressão de “B”. “A”, logo em seguida à repulsa, se excede, fazendo com que “B”, por seu turno, venha a repelir o excesso. Como o excesso de legítima defesa é agressão injusta, há, no caso, legítima defesa recíproca.
- c) ameaça ou ataque a direito próprio ou de terceiro;
- d) proporcionalidade da reação: consubstancia-se no emprego moderado dos meios necessários. Meio necessário é o que está ao alcance do agente – deve-se levar em conta não a natureza ou característica do instrumento de defesa, mas a possibilidade que tem o sujeito de dele dispor no momento e diante das circunstâncias reais da agressão. A moderação relaciona-se com a idéia de que somente se reconhece a excludente quando não sejam ultrapassados os limites da contenção da ofensa ao bem jurídico. Assim, há reação proporcional apenas se o defendente emprega o meio disponível para fazer cessar a agressão e até que ela cesse; porém não se despreza o fator humano, sempre predisposto a perturbações intensas que costumam acompanhar as situações traumáticas da violência propiciadora da legítima defesa (pode ser caso de excesso exculpante de legítima defesa, quando ele se dá por escusável medo, surpresa ou perturbação do ânimo, em face da situação, não devendo o agente ser considerado culpável);
- e) propósito de defender-se: grande parte dos juristas exigem-no como requisito.

O excesso da defesa, pela não observância da proporcionalidade, pode resultar do emprego de meios desnecessários ou pela utilização imoderada dos meios necessários: no primeiro caso, a legítima defesa não se configura, cabendo ao agente a punição pela integralidade de sua conduta; no segundo caso, a legítima defesa exclui a ilicitude do fato até o momento em que se instala o excesso, respondendo o agente pelo crime praticado a partir da cessação da agressão. Deve-se sempre conferir, conforme as circunstâncias reais que informaram a seleção ou o acionamento desses meios, se ele agiu com dolo ou culpa (tipo doloso ou culposos, se houver).

4.2.1. Diferença estado necessidade x legítima defesa.

- a) no estado necessidade, há conflito de interesses lícitos, enquanto na legítima defesa há conflito entre interesses lícitos, de um lado, e ilícitos, de outro.
- b) No estado necessidade, o perigo pode advir de força da natureza, ataque de animal ou de ação lícita de outrem. Na legítima defesa há agressão humana.
- c) No estado necessidade, há uma ação (ataque) a bem jurídico. Na legítima defesa, há reação (defesa) do interesse ameaçado.
- d) Na legítima defesa há injustiça da agressão, o que não ocorre no estado necessidade, em que há perigo.

Não existe legítima defesa contra estado de necessidade porque quem agride o bem jurídico de outrem para salvar-se não realiza um injusto; há estado de necessidade simultâneo e recíproco.

4.3. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

O ordenamento jurídico é harmônico e ordenado, de modo que exercício de um direito jamais pode ser ilícito, ainda que ocorra a tipicidade formal da conduta, pois se o ordenamento jurídico autoriza, por conseguinte não poderá proibi-lo. Intolerável, todavia, é o abuso ou excesso.

Tal excludente não se confunde com a legítima defesa, visto que prescinde de qualquer agressão injusta precedente da ação típica. De ver-se que não há exercício regular do direito de matar em nosso Direito Penal.

Quanto aos ofendículos, que são meios ofensivos predispostos à proteção do patrimônio, o Direito não proíbe a sua instalação, desde que seja observado o dever jurídico de cuidado, adotando-se as cautelas indispensáveis para não serem lesados bens jurídicos alheios, caso contrário, advindo resultado típico, não haverá exclusão da ilicitude, quer por legítima defesa predisposta, quer por exercício regular de direito (também poderá haver excesso doloso ou culposos).

4.4. ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL

Ao obedecer a uma ordem jurídica disposta em uma lei, o indivíduo pode acabar praticando uma conduta estatuída em outra lei como crime; contudo o indício de ilicitude não se confirma desde que ausente qualquer abuso – art. 23, III, CP. De notar-se que, para Zaffaroni, trata-se de conduta atípica penalmente por faltar a tipicidade conglobante, corretiva da tipicidade legal.

De regra, o dever legal destina-se aos agentes do Estado na observância do interesse público, mas existem relações privadas que são compatíveis com a obrigação legal de praticar determinadas atividades.

A legalidade do dever é o primeiro requisito a ser preenchido, devendo o agente, tendo esta ciência, orientar-se pela vontade de cumprir a obrigação imposta pela lei. Qualquer excesso, doloso ou culposos, afasta a excludente e, sendo agente público, poderá ficar caracterizado o abuso de autoridade (Lei n. 4.898/65).

4.5 CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

O consentimento do ofendido pode assumir três funções no nosso ordenamento:

- a) elementar objetiva do tipo legal de crime – a ausência de consentimento leva à carência do tipo objetivo. Exs: arts. 126 e 220, ambos do CP.
- b) excludente do tipo – quando o dissenso é elementar do tipo, o consentimento do ofendido enseja a atipicidade da conduta. Exs: art. 150 e 164, ambos do CP.
- c) excludente da ilicitude – o dissenso não é elementar; necessidade de atender a certas condições: o bem jurídico deve ser disponível, a vítima deve ser capaz e o consentimento deve ser livre, sem vícios. Exs: arts. 140 e 163, ambos do CP.

Há autores que criticam o consentimento do ofendido como causa supralegal de exclusão da ilicitude, pois, ao se dispor que o exercício regular de direito e o estrito cumprimento de dever são excludentes legais, estariam abarcadas várias normas permissivas, inclusive o consentimento do ofendido, diferente do que ocorre com o direito alemão, onde surgiu essa causa supralegal, tendo em vista que lá as supracitadas excludentes não se encontram previstas no código penal.

CULPABILIDADE

1. CONCEPÇÕES

Para que uma conduta seja punível, além da tipicidade e da antijuridicidade, é necessário que ela apresente um coeficiente pessoal de censurabilidade, reprovação: este juízo normativo de censura que se dirige ao autor do comportamento contrário ao Direito é o núcleo da noção de culpabilidade.

No Estado Democrático de Direito, a culpabilidade, juntamente com o princípio da reserva legal, da lesividade, da intervenção mínima e da humanidade, é um dos princípios basilares do Direito Penal: *nullum crimen, nulla poena sine culpa*, pois não pode haver delito sem que seja possível exigir-se um comportamento conforme o dever imposto pela norma jurídica.

Antigamente, a responsabilidade era objetiva – o grupo social impunha o castigo tão só pelo nexos causal entre a ação e o resultado lesivo a outrem, o que se traduz na responsabilidade penal objetiva.

Posteriormente, com a **concepção psicológica da culpabilidade**, percebeu-se a diferença entre a evitabilidade e inevitabilidade do dano, associada à possibilidade de prever, a partir de um processo psicológico de origem intelectual e volitivo, os resultados da conduta que poderiam ocorrer: quem tem condições de prever a ocorrência de um dano em relação a outrem, pode evitá-lo; se assim não o faz, quer intencionalmente (dolo), quer porque deixa de tomar o cuidado necessário (culpa), deve ser punido. A culpabilidade, portanto, é o vínculo psíquico que liga o agente ao fato, podendo assumir duas espécies – dolo e culpa – e tendo como pressuposto a imputabilidade.

A segunda concepção nasceu da ideia de que a culpabilidade não se exaure no aspecto psicológico: culpado é quem erra em relação a algo que deveria fazer. Daí porque a culpabilidade, de acordo com a **teoria normativa ou psicológico-normativa**, é o juízo de censura que engloba a imputabilidade, o elemento psicológico (dolo e culpa), e o elemento normativo (exigibilidade do poder agir de outra forma) – influência da teoria teleológica do delito (neokantismo ou teoria neoclássica do delito).

Posteriormente, surgiu a **teoria psicológico-normativa** da culpabilidade, que, além do dolo e culpa – elemento psicológico – continha a exigibilidade de conduta diversa e a imputabilidade como elementos normativos.

Quanto à **concepção normativa pura**: sendo a ação humana orientada finalisticamente, o dolo e a culpa estão no tipo; a culpabilidade passa a ser um juízo de valor, um juízo de censura do juiz sobre a conduta do agente. Por esta teoria, não se pode confundir o juízo de censura ou reprovação que é a culpabilidade, com aquilo que se censura ou reprova, que é a conduta (valoração do objeto ≠ objeto da valoração) – despojada de qualquer conteúdo psicológico, a reprovação passa a ser analisada apenas no seu conteúdo normativo.

Destarte, o juízo de censurabilidade exige duas condições: que se realize um fato típico e antijurídico e que ele seja praticado por alguém com capacidade de decidir, i.e., que tenha autonomia de vontade para decidir conforme o direito, no caso concreto. São elementos da culpabilidade:

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

Fala-se, hoje, também, numa **teoria complexa da culpabilidade**, evolução da teoria normativa pura, que inclui, no grau de censura, um juízo de valor acerca do elemento subjetivo do tipo: dolo direto, eventual ou culpa.

2. ESTRUTURA

Pelo conceito normativo, culpabilidade é a reprovação normativa do tipo de ilícito praticado pela pessoa que, tendo capacidade de entender e querer, podia, nas circunstâncias concretas do fato, conhe-

cer a sua ilicitude e agir de outro forma. Disso se extrai que ela possui um pressuposto e dois requisitos: imputabilidade, possibilidade concreta de conhecer a ilicitude da conduta e possibilidade concreta de agir de forma diversa. Faltando um dos elementos, a culpabilidade não se forma, existindo tipos permissivos exculpantes ou dirimentes, tais como a coação irresistível e a obediência hierárquica, bem como causas supralegais de exclusão da culpabilidade, conforme segue abaixo.

3. IMPUTABILIDADE

3.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

A noção de crime como fato punível implica o reconhecimento de que seu autor é uma pessoa com uma dimensão ética, alguém que tem condições de discernimento e autodeterminação suficientes para direcionar e motivar o seu comportamento segundo critérios de valor. Mas esta dimensão ética pressupõe normalidade biológica e psicológica, caso contrário faltará uma condição prévia para que o juízo normativo de censura possa incidir, não sendo possível imputar juridicamente a essa pessoa a prática do fato.

Imputabilidade é a capacidade biopsicológica de compreender a ilicitude penal e de determinar sua conduta conforme esta compreensão. Apresenta-se como pressuposto da culpabilidade.

Há três critérios possíveis para aferição da imputabilidade: o biológico, o psicológico e o biopsicológico ou misto. O primeiro considera suficiente que haja imaturidade ou afecção mental para que se configure a inimputabilidade; para o segundo, inimputável seria todo aquele que apresentasse um déficit intelectual ou volitivo – ambos pecam pela visão unilateral do problema.

O CP adotou o critério biopsicológico como regra: inimputável é aquele que, por fatores biológicos, demonstra incapacidade psicológica de conhecer do caráter ilícito da sua conduta, ou de determinar-se conforme esse entendimento – a imputabilidade só estará excluída se o fator psicológico decorrer do biológico. É o que se deduz do art. 26, que traz um conceito negativo de imputabilidade: não sendo inimputável, imputável é (regra da imputabilidade).

No entanto, no que tange à menoridade penal, o CP adotou o critério biológico quando, no art. 27, estabelece presunção de inimputabilidade por desenvolvimento mental incompleto, quais sejam, os menores de dezoito anos: a eles são aplicadas as regras do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Os fatores biológicos ensejadores da inimputabilidade são a doença mental, o retardamento ou a imaturidade do desenvolvimento mental – eles geram a inimputabilidade do autor do fato típico e ilícito quando determinarem a absoluta incapacidade de conhecimento da ilicitude ou a absoluta incapacidade de orientação do comportamento. Sendo inimputável, ele não possui o discernimento ético de motivar-se conforme a norma e não pratica crime – há isenção de pena, sendo-lhe imposta uma medida terapêutica de defesa social, a medida de segurança.

Mas os distúrbios da saúde mental podem, embora preservando parcialmente, importar na redução (e não supressão) da capacidade psicológica de conhecimento ou de vontade: semi-imputabilidade ou imputabilidade diminuída (art. 26, parágrafo único). Ao juiz, esclarecido pela perícia, abre-se a opção de atenuar quantitativamente a pena ou de substituí-la por medida de segurança (sistema vicariante, em oposição ao duplo binário, que permitia a aplicação dos dois institutos. Pelo sistema vicariante, o agente só responde por uma das duas conseqüências: ou pena, ou medida de segurança).

O momento da aferição é o da conduta – já que o tempo do crime é o da ação ou omissão – por meio de exame póstumo realizado por peritos especialmente habilitados. Esta aferição, em alguns casos, pode ser retroativa: quando o agente deliberadamente se pôs em condição de inimputabilidade para cometer um crime – será considerado imputável.

3.2. EMOÇÃO E PAIXÃO

A emoção é um profundo abalo de estado da consciência determinada por uma mudança repentina do ambiente; comporta graus. O impacto inicial desencadeador da emoção (emoção-choque) confun-

de as pautas intelectuais e volitivas; na medida em que vai se afastando do abalo, atinge-se um estado de serenidade relativa (emoção-sentimento).

Já a paixão é a total concentração da consciência em torno de um objeto, levando-se a um comprometimento da seletividade.

Os estados emocionais ou passionais não excluem a imputabilidade (art. 28, I, CP), até porque a emoção e a paixão não são classificadas como enfermidades mentais, sendo situações freqüentes da vida de qualquer indivíduo equilibrado. Todavia, quando elas já se apresentam como sérias perturbações crônicas da saúde mental ou manifestações sintomáticas de outras psicopatias, podem levar à total ou parcial imputabilidade. Todavia, a emoção não é totalmente indiferente ao Direito Penal. Pode servir como causa de diminuição de pena no homicídio, quando causada por injusta provocação da vítima, além da atenuante genérica do art. 65, II, c, quando provocada por ato injusto da vítima.

3.3. EMBRIAGUEZ

A embriaguez é a intoxicação passageira e aguda produzida pelo álcool ou por substâncias de efeitos análogos. O nosso Direito Penal adotou, quanto à embriaguez, um tratamento diversificado: ela pode ser uma contravenção (art. 62, LCP), aparece no Código de Trânsito Brasileiro (conduzir veículo embriagado constitui o crime do art. 306) e também vem disposta no Código Penal, podendo ter as seguintes conseqüências:

- a embriaguez simples, voluntária ou culposa, proveniente de álcool ou substâncias análogas. Há incidência da *actio libera in causa*. Não exclui a imputabilidade, mesmo que, ao tempo da ação ou omissão, o agente esteja em embriaguez completa. Neste caso, se o agente, no início do processo causal, ao embriagar-se, agiu com dolo ou culpa (em relação ao ato de embriagar-se), responde pelo crime, mesmo que esteja completamente embriagado quando da prática do fato. Há muita crítica a este dispositivo, que englobaria caso de responsabilidade penal objetiva.(art. 28, II);
- a embriaguez preordenada é circunstância agravante (art. 61, II, I);
- a embriaguez acidental, proveniente de força maior ou caso fortuito, se completa, exclui a imputabilidade (art. 28, §1º) e, se incompleta, há diminuição de pena (art. 28, §2º);
- a embriaguez patológica, quando acarreta incapacidade intelectual ou volitiva, exclui a imputabilidade (art. 26, *caput*), mas quando há redução dessa capacidade, acarreta a diminuição de pena (art. 26, parágrafo único).

Para que a embriaguez seja exculpante no nosso ordenamento, ela deve conter os seguintes elementos: quantitativo (deve ser completa), causal ou etiológico (proveniente de caso fortuito ou força maior), cronológico (ao tempo da ação ou omissão), e conseqüencial (inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se conforme esse entendimento). A doutrina entende que não seria preciso que a embriaguez decorresse de caso fortuito ou força maior, isto é, estando presentes todos os outros elementos, a imputabilidade deveria ser excluída.

O fundamento da punibilidade em caso de embriaguez voluntária ou culposa, conforme a Exposição de Motivos, é a teoria da *actio libera in causa ad libertatem relata*. Acontece que se, no instante da imputabilidade, o sujeito quis o resultado, ou assumiu o risco de produzi-lo, ou o previu sem aceitá-lo ou ainda, não previu mas lhe era previsível, é possível a punição com base na supracitada teoria (o agente deve ser portador de dolo ou culpa quanto à embriaguez e quanto ao crime posterior); mas, se a hipótese era de imprevisibilidade, permitir a punição como faz o CP é consagrar a responsabilidade penal objetiva, vedada pela Constituição, pois a embriaguez não será ato executivo delituoso, o que é livre na causa não é a ação criminosa, mas somente a embriaguez. Faz-se necessária, portanto, uma modernização do Direito Penal quanto a esse aspecto.

Por fim, a dependência física ou psíquica de substâncias psicotrópicas também pode levar à inimputabilidade, e seus efeitos penais regem-se pelo art. 19 e parágrafo único da Lei n. 6.368/76).

4. CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

O juízo de reprovação somente incide se, no caso concreto, ao agente capaz era possível saber que estava atuando contra o ordenamento jurídico: a vontade deve orientar-se pela consciência da ilicitude do comportamento. Mas o que é a consciência da ilicitude?

Não se trata de conhecimento técnico de uma norma jurídica (orientação formal) ou de um conhecimento diferenciado das normas culturais, da antissocialidade da conduta (orientação material), ou apenas os juristas, no primeiro caso, ou os sábios, no segundo, seriam passíveis do juízo de reprovação. Trata-se de conhecimento leigo, vulgar, que está ao alcance de qualquer indivíduo capaz que tenha acesso aos meios de informação. E o ordenamento não impõe o dever de conhecer a ilicitude, mas o dever de se informar, somente exigindo o cumprimento desse dever quando, nas circunstâncias concreta do agir, verifique-se que o sujeito tem possibilidade de informar-se, com a reflexão ordinária, sobre a antijuridicidade de um comportamento.

A censura deve recair tanto sobre quem realiza uma conduta cuja ilicitude conhecia quanto sobre quem realiza uma conduta cuja ilicitude desconhecia porque, tendo possibilidade de aplicar sua inteligência e atenção para conseguir esse conhecimento, não se informou sobre a ilicitude.

Teorias sobre a posição da consciência da ilicitude na estrutura do delito:

- a) teoria extrema do dolo: o dolo possui a consciência da ilicitude, que deve ser real e atual, não sendo suficiente que seja potencial; a inexistência real de consciência da ilicitude exclui o dolo, podendo haver punição por crime culposos se o erro era vencível;
- b) teoria limitada do dolo: no dolo basta que exista um potencial conhecimento da antijuridicidade;
- c) teoria extrema da culpabilidade: sendo o dolo natural, a consciência da ilicitude não faz parte dele, mas da culpabilidade, bastando ser potencial; ausente o conhecimento da ilicitude, o sujeito deve ser absolvido não por ausência de dolo, mas por inexistir culpabilidade – erro evitável, pois se o erro de proibição for evitável, a culpabilidade deve ser atenuada; já o erro de tipo exclui o dolo;
- d) teoria limitada da culpabilidade: semelhante à anterior, difere quanto ao erro sobre a situação de fato de uma causa de justificação, que seria erro de proibição pela teoria anterior, pela limitada, é erro de tipo, excluído o dolo e remanescendo a punição a título de culpa se evitável; mas se o erro recair sobre a norma de proibição, o dolo subsiste, podendo ser excluída ou atenuada a culpabilidade se o erro de proibição for inevitável ou evitável (como a anterior) – é a teoria adotada pelo CP.

Destarte, o primeiro requisito da culpabilidade (e seu segundo elemento) é a consciência potencial, não necessariamente atual, da ilicitude. Incidindo o erro de proibição sobre ela, pode fazer excluir a culpabilidade se invencível ou atenuá-la, se vencível (o assunto será mais bem abordado quando se falar de erro).

5. EXIGIBILIDADE DE CONDUTA CONFORME O DIREITO

5. 1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

A conduta do sujeito, ao realizar um fato típico e antijurídico, somente pode ser considerada autônoma (reprovável, punível) se a decisão de realizá-la foi proveniente de um processo de normal motivação de sua vontade. Por outro lado, se qualquer interferência convence de que a vontade foi anormalmente motivada, a decisão não se considera autônoma, e a culpabilidade estará excluída.

Para saber se a motivação foi normal ou anormal, recorre-se à teoria das circunstâncias concomitantes, concebida por Frank: a análise exaustiva de tais circunstâncias ao atuar permitirá identificar os fatores e as situações que motivaram a vontade a decidir daquela maneira – se a conclusão for no sentido de que, naquelas circunstâncias, era impossível ao indivíduo decidir de outra forma, já que sua vontade estava anormalmente motivada, não poderá recair sobre ele o juízo de reprovação, pois ninguém pode ser culpado por uma conduta que não podia deixar de ser praticada. A inexigibilidade de conduta conforme o Direito fundamenta duas dirimentes legais, quais sejam, a obediência hierárquica e a coação irresistível (art. 22, CP) além de servir como causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

5.2. OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA

O atendimento do interesse público, finalidade precípua do Estado, impõe rígido vínculo de subordinação entre os funcionários que exercem atividades de chefia e os que exercem funções operacionais. Do poder hierárquico que informa a Administração, decorre que, via de regra, as ordens emanadas dos superiores devem ser cumpridas pelos subalternos tendo em vista o princípio da presunção da legitimidade e veracidade. Daí porque se diz que, muitas vezes, não é dado ao funcionário agir de outro modo, ainda que a execução de uma ordem superior importe na realização de um fato típico e antijurídico. Excluída a sua culpabilidade, responde pelo fato apenas seu superior.

São requisitos da obediência hierárquica:

- a) relação de Direito Público entre superior e subordinado;
- b) que a ordem não seja manifestamente ilegal – o cumprimento estrito de uma ordem legal corresponde a uma justificativa penal (art. 23, III). Se a ordem for manifestamente ilegal (quando não observa aos requisitos formais extrínsecos, ou emitida por autoridade incompetente ou tem objeto ilícito), a dirimente é afastada, respondendo o obediente como co-autor ou partícipe, incidindo a atenuante prevista no art. 65, III, c, CP.
- c) que o fato seja cumprido dentro de estrita obediência à ordem – se houver excesso, o executor responde por isso.

Impende registrar que o subalterno militar tem o dever legal de obediência (pode cometer crime de insubordinação do art. 163, CPM), não sendo culpado qualquer que seja a sua concepção sobre a ilegalidade da ordem; apenas ela não pode ser *manifestamente criminosa* – todavia poderá ser obrigado a executá-la por meio de coação irresistível, excluindo-se nesse caso a sua culpabilidade por força dessa última exculpante.

5.3 COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL

Em Direito Penal, coação é o constrangimento imposto a uma pessoa para compeli-la a realizar um fato típico e antijurídico. Fala-se aqui apenas da coação psicológica ou moral, porque a *vis absoluta* (coação física) é causa de ausência de vontade e, portanto, de conduta. A coação moral, que pode se dar por meio da violência ou ameaça, interfere no processo psicológico de decisão, fazendo com que o sujeito decida em circunstâncias anormais (sua vontade é viciada).

Acontece que o Direito Penal impõe a todos a obrigação de abster-se de realizar condutas lesivas, mesmo suportando sofrimentos físicos ou morais – a escusabilidade da coação vai depender, por conseguinte, da persistência ou não desse dever de resistir. Afere-se esse dever no caso concreto (circunstâncias concomitantes), inclusive porque leva em conta a capacidade de resistir de cada um: sendo a coação moral irresistível, isenta-se de pena o coacto, respondendo pelo delito o coator; se resistível, ambos respondem em concurso, podendo o coacto se beneficiar da atenuante prevista no art. 65, III, c, CP.

Na coação há a promessa de um mal futuro, grave e irresistível, contra o coacto. ou contra terceiro, em que o mal praticado ou anunciado pelo coator é igual ou maior do que o mal que será praticado pelo coacto. Assim, o coacto pratica o fato para salvar direito próprio ou de terceiro. Neste caso, ocorre autoria mediata, sendo que a culpabilidade se transfere do coacto para o coator.

Há quem entenda que o coator responde, em concurso, pelo crime cometido pelo coacto e por constrangimento ilegal.

6. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

Afastam a culpabilidade porque o caso fortuito caracteriza-se pela imprevisibilidade do dano, embora evitável, enquanto a força maior caracteriza-se pela inevitabilidade do dano, embora previsível. Para Assis Toledo, apenas o caso fortuito excluiria a culpabilidade, pois a força maior excluiria a própria ação humana, assim como a coação física irresistível.

CONCURSO DE AGENTES

1. INTRODUÇÃO

O crime pode resultar da ação isolada e exclusiva de uma só pessoa, como pode resultar da conjugação livre de duas ou mais pessoas, o até mesmo da adesão de uma pessoa à conduta de outra.

Quando isso ocorre, todo aquele que cooperou ou contribuiu para a prática do crime vai incidir nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade, mesmo que, isoladamente, sua condutas não se constitua em crime.

Em alguns crimes, a pluralidade de agentes integra o próprio tipo. Quando isso ocorre, temos crimes de concurso necessário ou crimes plurissubjetivos (ex: rixa –CP, art. 137, bando ou quadrilha – CP, art. 288). No entanto, há crimes, que, não obstante possam resultar da conduta de uma só pessoa, é cometido por dois ou mais. Nestes casos,, há o chamado concurso eventual, disciplinado pelos artigos 29 e seguintes do Código Penal.

2. TEORIA UNITÁRIA

O Código Penal, no art. 29, *caput*, ao disciplinar o concurso de pessoas, adotou a teoria monista ou unitária, isto é, todos aqueles que concorrem para o crime incidem nas penas a este cominadas, isto é, seja autor, co-autor, ou partícipe, todos responderão pelo mesmo crime. É um corolário da teoria da equivalência dos antecedentes (CP, art. 13, *caput*).

Há algumas exceções à teoria monista, como no caso de aborto (a mãe responde pelo CP – art. 124 e o terceiro, pelo CP – art. 126), corrupção (passiva CP – art. 317 e ativa CP – art. 333).

3. CONCEITO DE AUTORIA

As formas de realização do crime relacionam-se com a quantidade de pessoas que se empenham na tarefa e de quantos delitos tenham praticado, havendo as seguintes hipóteses:

- a) autoria, quando o crime é realizado por apenas uma pessoa;
- b) concurso de pessoas (co-autoria e participação);
- c) concurso de crimes.

Existem três critérios que procuram explicar o conceito de autoria: o extensivo, o restrito e o do domínio do fato.

Pelo critério extensivo, autor é quem dá qualquer contribuição para a prática do crime – é simétrico ao adotado para estabelecer o vínculo causal entre a conduta e o resultado: se causa é qualquer antecedente sem a qual o resultado não se teria verificado, causador (o autor) é todo aquele que põe qualquer antecedente para a ocorrência do resultado. Seu problema é que é por demais amplo tal critério.

Pelo critério restrito, autor é quem realiza direta ou indiretamente, o núcleo do tipo no seu aspecto objetivo e subjetivo (visão substancial do autor). Tem a vantagem da precisão conferida pela referência à tipicidade, mas o inconveniente de não poder abarcar a situação do autor intelectual e a do autor mediato.

Como aperfeiçoamento dogmático desse critério, surgiu o critério do domínio do fato: autor é aquele que detém o poder de decidir com supremacia ou hegemonia o curso do fato, o se e o como da obra comum, ele predomina sobre os demais. Como senhor do fato, cabe a ele não apenas liderar o desencadeamento causal, como também imprimir-lhe direção ou sentido. Daí porque a conduta do autor é a realização do tipo objetivo e subjetivo, podendo fazê-lo pessoalmente ou por intermédio de outra pessoa. Aplica-se apenas aos crimes dolosos, pois nos culposos, ninguém tem domínio final de nada. Há, pois, as seguintes possibilidades:

- a) autoria direta ou imediata: realização pessoal do tipo objetivo e do subjetivo;
- b) autoria indireta ou mediata: realização do tipo por meio de um executor não punível, que se transforma em mero objeto, instrumento nas mãos do autor mediato. Pode ocorrer a autoria mediada quando o agente:
 - ✓ induz ou determina o cometimento de crime por inimputável;
 - ✓ pratica coação moral irresistível;
 - ✓ provoca dolosamente em terceiro o erro de tipo escusável;

Numa perspectiva ainda mais extensiva, seria autor tanto quem tem o domínio final do fato (controle absoluto do processo causal), que é o caso do autor intelectual, como quem tem o domínio funcional do fato (mesmo não tendo praticado fato típico e não tendo controle total da situação, interfere e colabora de forma necessária e indispensável para a realização do crime; sua posição de destaque é suficiente para receber tratamento de autor, e não de partícipe). De ver-se que não é posição unânime, pois haveria, nesse particular, uma incerteza desnecessária entre os conceitos de autor e partícipe.

4. CO-AUTORIA

Já a realização comum do núcleo do tipo, em regime de cooperação consciente, origina a primeira espécie de concurso de pessoas: a co-autoria, em que há convergência do tipo objetivo e do subjetivo, implicando que todos vão responder pelo mesmo crime. Dependendo da estrutura do crime, como no caso dos crimes complexos, pode haver distribuição da conduta típica – ex: nos crimes de estupro ou roubo, há co-autoria se um dos agentes aplica a violência ou grave ameaça e o outro pratica a conjunção carnal ou a subtração. Não se confunde, outrossim, com a autoria mediata, pois todos, executores ou senhores do fato, são puníveis.

Os crimes de mão própria não admitem a co-autoria porque exigem a realização solitária – ex: falso testemunho. Já os delitos plurissubjetivos são de realização concursal necessária – exs: bigamia, quadrilha ou bando.

E os crimes unissubjetivos admitem tanto a autoria singular, quanto a plural (co-autoria, participação) – o concurso é eventual – sendo necessário, no caso de participação, invocar-se a norma de adequação típica indireta.

No que se refere aos crimes culposos, só é admitida a co-autoria, não a participação. Nos crimes culposos, não se cogita de cooperação no resultado, mas sim na causa (Delmanto). Sendo o tipo culposo violar finalisticamente o dever objetivo de cuidado, cabendo ao juiz, no caso concreto, verificar a sua ocorrência (tipo aberto), quem realizar tal conduta será co-autor, e não partícipe.

5. PARTICIPAÇÃO

Há tarefas diferentes na realização do mesmo delito, como ocorre em qualquer atividade humana, e pode acontecer que alguns sujeitos tenham apenas contribuído para a mesma obra.

Participação é a contribuição causal e finalista ao fato típico e ilícito realizado pelo autor. Por meio dela, forma-se um vínculo entre quem realiza a conduta de autor e quem, eventualmente, coopera de alguma forma por uma conduta de partícipe. Sua punibilidade fundamenta-se no fato de que, embora não realize a conduta diretamente típica, ele adere à conduta do autor, e o tipo legal atinge-o indiretamente, por meio de uma norma de subordinação mediata, que é o art. 29, CP – como acessório, segue o destino do principal. Existem algumas teorias a respeito:

- acessoriedade mínima: a punição do partícipe deve se dar desde que o agir do autor seja ao menos típico; inconveniente porque permitiria a punição de quem ajuda alguém a se defender legitimamente;
- acessoriedade extrema: para a punição do partícipe, é preciso que o fato praticado pelo autor seja típico, antijurídico e culpável; inconveniente porque a culpabilidade é individual (não se permitiria a punição de quem ajuda um inimputável a matar alguém);

- acessoriedade limitada: o partícipe será punido quando o agir do autor seja típico e antijurídico - é a adotada pelo CP.

A participação será impunível quando, havendo atos de ajuste, determinação, instigação e auxílio, não chega a iniciar-se o ato de execução do crime, salvo hipóteses previstas expressamente (art. 31).

A participação supõe adesão até a consumação do crime cometido pelo autor. O momento da adesão define a modalidade de participação: intelectual ou moral (instigação, induzimento) e material ou auxiliar (de preparação ou de execução). Se a adesão ocorrer até a consumação, o auxílio posterior, previamente acertado, configura participação. O limite temporal da participação, contudo, vai até a consumação. Após consumado o delito, o agente não responde por mais nada. A contribuição posterior à consumação do delito poderá consistir em outro delito (ex: ocultação de cadáver posterior ao homicídio, favorecimento real, favorecimento pessoal, etc.)

6. REQUISITOS DO CONCURSO DE PESSOAS

Os requisitos são:

- a) pluralidade de agentes e de condutas
- b) relevância causal das condutas – isto se traduz no fato de que, se eliminada mentalmente, o autor não teria realizado o crime como realizou.

A participação tanto pode ser comissiva ou omissiva. Ressalte-se que pode haver participação comissiva em crime comissivo, pode haver também participação omissiva em crime comissivo. Neste caso, deve-se verificar se o partícipe ocupava a posição de garantidor, pois, se o for, será autor ou co-autor para Cezar Bitencourt, ou partícipe para Damásio de Jesus.

Pode, também, haver participação comissiva em crime omissivo (ex: alguém instiga o agente a não prestar socorro). O que não pode existir é participação omissiva em crime omissivo. Nesse caso, há co-autoria.

O mero conhecimento da prática do crime por terceiro é mera convivência, não punível, pois só há participação omissiva se houver o dever jurídico de impedir o crime, na forma do art, 13, § 2º, do Código Penal.

- c) Liame subjetivo – não é necessário prévio ajuste, basta que exista adesão de uma vontade à outra. Não é preciso que o autor saiba da conduta do partícipe, mas este deve conhecer e aderir à conduta do Autor. A participação implica adesão consciente e deliberada à finalidade ilícita do autor.

Não existe participação culposa em crime doloso e vice-versa (se um dos autores age com dolo e outro com culpa, cada um responde pelo tipo subjetivo que realizou, desfeita a convergência de finalidade).

- d) unidade do tipo fundamental: a conduta do autor determina qual o tipo fundamental a ser considerado para a punição de todos os que com ele concorreram – o partícipe responde pelo tipo realizado pelo autor, e responde até onde o autor realizou o tipo (tentativa). É a teoria unitária ou monista da participação;

7. AUTORIA COLATERAL e AUTORIA INCERTA

Ocorre a autoria colateral quando duas ou mais pessoas realizam simultaneamente o tipo objetivo sem que um saiba da conduta do outro. Neste caso, não há concurso de agentes, mas de autoria singular, cada qual respondendo pelo crime que cometeu. Ex: Se X e Y, desejando matar Z, ficam de tocaia, um sem saber da existência do outro, e quando Z passa, X e Y atiram simultaneamente. X atira e erra, e Y atira e mata; X responde por homicídio tentado, e Y por homicídio consumado.

A autoria colateral pode transmudar-se em autoria incerta. Ocorre quando, na autoria colateral, não se sabe quem causou o resultado. No exemplo acima, não seria identificado quem matou Z, se X ou Y. Neste caso, ambos responderiam por homicídio tentado.

8. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA

No art. 29, § 1º, o legislador determina que a participação de menor importância, aquela que teve menor relevância causal, podendo a pena ser diminuída de 1/6 a 1/3

9. COOPERAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA

Também chamado de desvio subjetivo de conduta, ocorre quando o dolo de adesão abrange apenas uma parte da conduta do autor: o partícipe quis, ou assumiu o risco de participar de um crime e o autor realiza também outro, mais grave. Pela regra do art. 29, §2º, o partícipe responde nos limites do seu dolo, pelo crime do qual quis participar; todavia, se era previsível o desvio, sua pena pode ser aumentada até a metade. De ver-se que a lei fala em previsibilidade do resultado mais grave, e não previsão do partícipe, pois se ele, apesar de não querer, prevê e aceita o crime mais grave, responde por esse ilícito a título de dolo eventual.

Damásio de Jesus entende que a solução dada pelo CP ao desvio subjetivo em certos casos é um tanto estranha, visto que, se A e B combinam a prática de lesão corporal em C e, enquanto A fica vigiando, B vai e espanca a vítima com tanta violência que ela acaba morrendo, B responderia por lesão corporal seguida de morte e A responderia por lesão corporal com a pena aumentada se o resultado morte era previsível, o que seria incongruente. Cezar Bitencourt defende que, nessas hipóteses, deve-se aplicar um pensamento de Carrara: se o resultado mais grave advém como consequência natural do fato ou por simples "culpa" do executor, a responsabilidade se comunica ao partícipe, pois quis "dolosamente" a utilização daqueles meios que, por sua natureza, produziram aquele resultado mais grave.

10. CASOS ESPECIAIS

Pode haver participação de participação em casos de induzimento de induzimento, instigação de instigação, etc., desde que possua eficiência causal.

A participação sucessiva ocorre quando, havendo o induzimento ou instigação do executor, ocorre outro induzimento ou instigação sem que este partícipe conheça do primeiro. Se a instigação do segundo sujeito foi eficiente com relação ao nexo de causalidade, será considerado partícipe; se o executor já estava convencido a cometer o crime com a instigação do primeiro sujeito, a do segundo deverá ser considerada inócua.

Relação entre participação e arrependimento:

- se o arrependido é o executor, e não inicia a realização do crime ou é o partícipe, que consegue impedir de alguma forma que a execução tenha início: não há fato punível;
- se o arrependido é o executor e, iniciada a execução, desiste da consumação ou impede que o resultado se produza, ou é o partícipe, que, de alguma forma, consegue impedir que haja a consumação: respondem pelos atos anteriores à desistência voluntária ou arrependimento eficaz (art. 15);
- se o arrependido é o partícipe e seu esforço é inútil para evitar a execução ou consumação pelo executor: o arrependido responde pelo fato praticado pelo executor.

11. COMUNICABILIDADE

Dispõe o art. 30 do CP que as circunstâncias e condições de caráter pessoal não se comunicam, salvo quando forem elementares do crime. As circunstâncias podem ser

- a) objetivas – relativas aos meios e modo de realização do crime (tempo, lugar, meio, objeto material)

- b) pessoais – dizem respeito apenas à pessoa participante (motivos, reincidência, parentesco, profissão)

Segundo outra classificação, podem ser:

- a) elementares – integram a definição do tipo legal
- b) não elementares – não integram o tipo, mas afetam na quantidade de pena.

O art. 30 diz que não se comunicam as condições de caráter pessoal, salvo se elementares do crime. Pelo teor do dispositivo legal, pode-se chegar às seguintes conclusões:

- a) As circunstâncias de caráter pessoal, quando não elementares do tipo, são incomunicáveis, isto é, não se transmitem aos demais co-autores ou partícipes.
- b) As circunstâncias pessoais, quando elementares do tipo, se comunicam a todos os concorrentes. Assim é que, p. ex., um particular pode ser partícipe do crime de peculato, ou um solteiro, do crime de bigamia. É que nestes casos, a condição de funcionário público e a condição de casado são condições de caráter pessoal, elementares dos crimes de peculato (CP., art. 312) e bigamia (CP., art. 235), e por isso, comunicam-se.
- c) As circunstâncias objetiva se comunica a todos os concorrentes, sejam ou não elementares.

Nos casos descritos nas letras “b” e “c”, a circunstância só vai se comunicar, todavia, se integrar a esfera de conhecimento do agente, levando-se em conta a presença do dolo ou da culpa. Assim não fosse, teríamos hipótese de responsabilidade penal objetiva.

CONCURSO DE CRIMES

1. INTRODUÇÃO

Já foi visto que o crime pode ser cometido por duas ou mais pessoas, hipótese em que há concurso de agentes. No caso de concurso de crimes, há o inverso: quando um sujeito (ou mais) comete dois ou mais crimes, por meio de uma ou mais condutas. O Código Penal cuidou desse assunto na parte relativa à pena, certamente diante do risco de excesso ou de falta de punição, mas, na verdade, é possível também o seu estudo como uma das formas de realização do crime.

Há três espécies de concurso de crimes: concurso material, formal e crime continuado.

2. CONCURSO MATERIAL

Nesta forma de concurso, existe pluralidade de condutas e pluralidade de crimes. Pode ser homogêneo (quando os dois ou mais crimes são idênticos – ex: dois homicídios) ou heterogêneo (quando os crimes penas são distintos ex: roubo e estupro).

O critério utilizado para a apenação é o cúmulo material: as penas são somadas, cumprindo o agente o total delas (art. 69, CP). Para que uma eventual quantidade elevada não seja equivalente a uma pena perpétua, vedada pela CF88, o CP dispõe que o limite máximo de cumprimento de penas privativas de liberdade é de trinta anos (art. 75). Mas boa parte da doutrina faz a distinção: o limite de 30 anos é para a execução, e não para a condenação. Neste caso, quando o agente é condenado a uma pena superior a trinta anos, esse limite somente deve ser considerado para o cumprimento, pois, para fins de livramento condicional, progressão de regime, etc., deve valer a quantidade de pena da condenação, isto é, o total de todas as penas condenadas. Outros entendem, todavia, que deve ser observado o limite de 30 anos em qualquer dos casos.

Se, entre o cumprimento de uma pena anterior e o início de outra, ocorrer um intervalo, é possível que o condenado cumpra pena superior aos trinta anos se os períodos forem somados, eis que o cumprimento de uma não serve como crédito em relação a outra. Contudo, se a nova pena decorrer da prática de um crime posterior ao início de execução, inexistindo solução de continuidade, far-se-á nova unificação, sem descontar o tempo já cumprido (art. 75, § 2º).

O concurso material não se confunde com a reincidência, visto que esta pressupõe sentença condenatória transitada em julgado entre um crime e outro, o que não ocorre com o concurso material.

Algumas vezes, a determinação de aplicação da regra do concurso material é do próprio legislador, vide arts. 140, § 2º, e 146, § 2º – trata-se do concurso material necessário.

3. CONCURSO FORMAL

O concurso formal ou ideal difere do concurso material porque neste, há pluralidade de crimes e condutas, enquanto naquele há unidade de conduta e pluralidade de crimes, isto é, o agente, mediante uma só conduta, realiza dois ou mais crimes, que podem ser idênticos (concurso formal homogêneo) ou diferentes (concurso formal heterogêneo).

O concurso formal também pode ser perfeito, quando há unidade de desígnio, isto é, o agente pretende cometer apenas um delito, obter apenas um resultado. Está previsto no art. 70, 1ª parte, CP; neste caso, utiliza-se o critério da exasperação ou exacerbação: aplica-se uma das penas, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, acrescida, em qualquer caso de 1/6 a 1/2. No entanto, o parágrafo único do art. 70 não permite que a aplicação da regra do concurso formal perfeito (mais benéfica, em tese para o Réu) possa ser maior do que a regra do cúmulo material. Ex: Supondo que o agente, com um só tiro, cometeu homicídio qualificado e uma lesão corporal leve em concurso formal. Aplicando-se a regra do concurso ideal, a pena mínima do agente seria de 14 anos [12 do homicídio qualificado + 2 anos (1/6 de 12) = 14]. Aplicando a regra do cúmulo material, a pena seria de 12 anos e 3 meses (12 do homicídio qualificado + 3 meses da lesão leve). Então, na prática, no concurso formal, deve-se escolher, das duas opções, a que acarreta menor pena: ou o cúmulo material, ou a pena mais grave, acrescida de 1/6 até 1/2.

Há também o concurso formal imperfeito, quando há apenas uma conduta, mas voltada para a produção de dois resultados. No concurso formal imperfeito, há desígnios autônomos, que corresponderia, na linguagem popular, a “matar dois coelhos com uma cajadada só”. Neste caso, como o agente pratica uma ação, mas sua intenção é voltada para dois resultados, aplica-se a mesma regra do concurso material, qual seja, a soma das penas (cúmulo material) – previsto. na 2ª parte do art. 70.

Existe apenas uma conduta quando a ação ou omissão do autor tem uma única finalidade. De ressaltar-se que a ação pode ter vários atos, mas será considerada externamente como única – ex: o agente deflagra vários tiros para ferir a vítima.

É também o critério adotado para o erro na execução (*aberratio ictus*) e para o resultado diverso do pretendido (*aberratio delicti* ou *criminis*) – arts. 73 e 74.

4. CRIME CONTINUADO

Tem-se o crime continuado quando o agente realiza mais de um tipo penal, mas, por uma liame jurídico, considera-se que os crimes posteriores são continuação do primeiro. São seus requisitos:

- a) pluralidade de condutas – não há crime continuado com uma conduta só. Uma conduta e mais crimes é concurso formal.
- b) pluralidade de crimes da mesma espécie – para uns, os crimes devem ser do mesmo tipo, podendo haver variação entre os tipos básicos e derivados, as formas tentada ou consumada; para outros, não seria necessário ser o mesmo tipo, podendo ser do mesmo gênero, desde que violem o mesmo bem jurídico, como furto e apropriação indébita, estupro e atentado violento ao pudor;
- c) vínculo de continuação – que se constata a partir das circunstâncias objetivas estabelecidas pelo art. 71, quais sejam a semelhança quanto ao modo de execução, tempo, espaço e outras condições. Deve haver conexão temporal, de modo que se verifique uma periodicidade que evidencie uma continuidade, sucessividade entre o fato precedente e o subsequente. A conexão espacial também é relevante, assim como a similitude no *modus operandi*, além de outras circunstâncias semelhantes, que podem ser resumidas como das mesmas situação e oportunidade surgidas com o primeiros dos delitos que formará a continuidade delitiva.

A análise deve ser feita no caso concreto e, de acordo com a lei, deve se pautar em critérios puramente objetivos, mas a jurisprudência tem se inclinado no sentido de que deve se buscar um vínculo subjetivo para se diferenciar das hipóteses de concurso material homogêneo ou criminalidade habitual.

Se, além dos requisitos acima apontados, ocorrerem também pluralidade de crimes dolosos e de vítimas e uso de violência ou grave ameaça contra a pessoa, dá-se o crime continuado específico ou qualificado, em que a pena pode ser aumentada até o triplo, incidindo, porém, a regra do concurso material benéfico.

De se salientar que, para a fixação das penas de multa, o critério da exasperação não é considerado, visto que este vale apenas para as penas privativas de liberdade – as penas de multa devem ser somadas, independentemente do tipo de concurso.

Obs: crime habitual → aquele para cuja caracterização é necessária a reiteração da mesma conduta reprovável, pois as ações que o compõem, quando analisadas individualmente, constituem indiferentes penais – daí porque diverge do crime continuado.

5. ERRO NA EXECUÇÃO E RESULTADO DIVERSO DO PRETENDIDO

Dá-se o erro na execução ou *aberratio ictus* 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*" (art. 73, CP). Ex: A, querendo matar B, aponta-lhe uma arma e atira, mas por erro de pontaria ou desvio da trajetória do projétil, por exemplo, acaba acertando C, que se encontrava perto de B. Não se confunde, portanto, com o *error in persona* (art. 20, §3º), em que o agente pretende atingir B, mas, por confundí-lo com C, atira realmente contra este, que acaba sendo a vítima efetiva.

Pode haver erro na execução com resultado simples, como no exemplo supracitado, ou com resultado duplo, em que, além da vítima efetiva, atinge-se a vítima virtual também. No primeiro caso, há um homicídio culposo quanto à vítima efetiva e uma tentativa de homicídio quanto à vítima virtual, todavia manda o CP que o agente responda apenas pelo homicídio doloso como se tivesse atingido a vítima virtual (suas características é que serão levadas em conta). Já no segundo caso, dispõe o Código que deve ser tratado como concurso formal, próprio ou impróprio a depender da autonomia de desígnios do agente.

Por sua vez, a *aberratio delicti* ocorre " quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevem resultado diverso do pretendido" – art. 74. É modalidade diferente do erro na execução. No erro na execução, há erro *persona in persona*. Quer acertar A e acerta B. No resultado diverso do pretendido, há um erro pessoa – coisa ou coisa - pessoa. Aqui o sujeito pretende atingir determinado bem jurídico e acaba ofendendo bem diverso. – exs: A, pretendendo lesionar B, joga-lhe uma pedra, mas acaba danificando da mesma forma uma janela; A, querendo quebrar uma janela, atira uma pedra, porém acaba por acertar B também, provocando-lhe lesões. Deve o agente responder por culpa quanto ao resultado não pretendido se houver a previsão do crime culposo e, se o resultado pretendido também sobrevier, poderá haver concurso formal – assim, no primeiro exemplo, A responderá apenas pelas lesões dolosas, uma vez que não existe dano culposo, e, no segundo exemplo, A deve responder pelo dano mais as lesões culposas em concurso formal.

6. RELAÇÕES ENTRE CRIMES

São de três tipos principais:

- a) dependência, quando a prática de um crime somente é possível com a prática de um crime anterior. Ex: a receptação é crime acessório porque pressupõe a origem ilícita do bem receptado. Resolve-se pela regra do concurso material;
- b) conexão, quando se pratica um delito para garantir a execução, ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro. Ex: matar a babá para seqüestrar o bebê. Resolve-se de acordo com o caso concreto, uma vez que o crime conexo pode ser causa de aumento ou qualificadora do tipo básico;
- c) complexidade, quando um crime tem em sua descrição, a junção de dois ou mais tipos diferentes. Pode ser de duas espécies: o tipo fundamental do crime complexo possui elementares que, por si próprias, configuram crime (ex: roubo = subtração de coisa alheia móvel + violência ou grave ameaça) ou o tipo derivado do crime complexo possui circunstância qualificadora, que, por si própria, configura crime (ex: extorsão seguida de morte → o homicídio, qualificador, é crime diverso). Por se tratar de crime autônomo, o crime complexo incide independentemente dos crimes que lhe originaram.

ERRO DE TIPO E ERRO DE PROIBIÇÃO

1. INTRODUÇÃO

Tecnicamente, existe diferença entre erro e ignorância: o primeiro é a falsa noção da realidade, enquanto a segunda é a ausência de conhecimento sobre a realidade; todavia o CP, assim como o CC, equipara as duas figuras, dando-lhes o mesmo tratamento.

O erro pode incidir sobre os elementos do tipo, tem-se o erro de tipo; se o erro recair sobre a ilicitude da conduta, há o erro de proibição. Outrossim, é preciso deixar claro que tais denominações não guardam exata correspondência com os antigos “erro de fato” e “erro de direito” respectivamente, uma vez que designam institutos diferentes – houve verdadeira mudança conceitual – daí porque devem ser abandonadas as velhas concepções.

Ao longo do tempo, diversas foram as teorias elaboradas a fim de se dar um tratamento adequado ao erro jurídico-penal¹.

2. ERRO DE TIPO

O erro de tipo foi disciplinado pelo art. 20 do Código Penal. Incide ele sobre os elementos estruturais do tipo – erro de tipo essencial. O erro sobre o fato típico diz respeito ao elemento cognitivo ou intelectual do dolo. Por isso, de acordo com o que dispõe o art. 20, *caput*, do CP, o erro de tipo exclui o dolo e, portanto, a tipicidade (carência do tipo subjetivo). Como a culpabilidade permanece intacta, se o erro for vencível, haverá punição por crime culposos se prevista a modalidade – CP, art. 20, *caput*.

¹ **teoria extremada do dolo:** o dolo está na culpabilidade e é constituído de vontade, previsão e consciência atual da ilicitude (dolo normativo); o erro, qualquer que seja a sua modalidade, sempre exclui o dolo e, se evitável, permite a punição por crime culposos. Se inevitável, excluiria a por consequência, a culpabilidade. Crítica: equiparação das consequências entre erro de tipo e erro de proibição.

teoria limitada do dolo: aperfeiçoamento da anterior; há casos em que o criminoso não dá importância aos valores do ordenamento (ex: delinqüente habitual) e, mesmo não sendo possível provar a consciência atual da antijuridicidade, deverá ser punido por crime doloso – pode haver, portanto, um conhecimento presumido da ilicitude nesses casos de “inimizade ao Direito” ou “cegueira jurídica”. Críticas: criação de um Direito Penal do autor (pune-se o agente não pelo que ele faz, mas pelo que ele é), bastante combatido; mesmos problemas da tese anterior.

teoria extremada da culpabilidade: de influência finalista, o dolo desloca-se para o tipo e apresenta-se no seu aspecto psicológico, despido da consciência da ilicitude (dolo natural), a qual permanece na culpabilidade; o erro incidente sobre elemento intelectual do dolo (a previsão), o qual atinge os elementos estruturais do tipo, chama-se erro de tipo que, se inevitável, exclui o dolo, mas, se evitável, punição a título de culpa se prevista; já o erro sobre a potencial consciência da ilicitude mantém o dolo intacto, afastando a culpabilidade se escusável ou permitindo a punição por crime doloso com pena atenuada se inescusável. Foi defendida por Welzel e Maurach, entre outros.

teoria limitada da culpabilidade: parecida com a anterior, distinguindo-se no que se refere ao erro sobre as circunstâncias fáticas de uma justificante: enquanto para a extremada trata-se de erro de proibição, para a limitada é erro de tipo permissivo, excluindo o dolo e permitindo a punição a título culposos se evitável e prevista a figura. Críticas: um fato praticado nessas condições será considerado atípico se o erro for invencível, não permitindo a legítima defesa; o partícipe não será punível mesmo quando saiba que o autor, ao realizar a conduta, incide em erro sobre os pressupostos fáticos das justificantes; a tentativa também seria impunível, pois faltaria o dolo, necessário à sua configuração. Todavia foi a teoria adotada pelo CP com a Reforma Penal de 1984, vide Exposição de Motivos, item 19.

teoria dos elementos negativos do tipo: idealizada por Frank e Merkel, criou o tipo total de injusto, que abrangeria as causas de justificação, as quais seriam os elementos negativos do tipo; assim, o dolo deveria abranger não apenas os elementos estruturais do tipo, mas também a ausência das justificantes – desta forma, presente uma excludente de ilicitude, não haveria dolo e o erro sobre uma discriminante putativa fática seria erro de tipo, excluindo o dolo. Críticas: tipicidade e antijuridicidade numa mesma fase valorativa; nega independência aos tipos permissivos; não permite que se diferencie um comportamento desde o início atípico de outro típico, mas excepcionalmente permitido.

Ainda há, também o erro acidental, que recai sobre circunstâncias secundárias do crime. Não impede o conhecimento sobre o caráter ilícito da conduta, e pode recair sobre circunstâncias (que estão ao seu redor), como é o caso do *error in persona* (ex: A quer atingir B, mas o confunde com C, que vem a ser a vítima efetiva – art. 20, §3º, CP – A deverá responder como se tivesse atingido B, a vítima virtual) e da *aberratio causae* (ex: A dá várias facadas em B e, presumindo que esteja morto, atira-o de um precipício, mas B vem a morrer com a queda) – nesses casos, não haverá exclusão do dolo, punindo-se o autor por crime doloso. Há também o erro acidental no erro quanto à coisa (subtrai açúcar quando pretendia subtrair farinha). Há também o erro na execução (*aberratio ictus*) - CP, art. 73 (A, querendo atingir B, erra o tiro e atinge C) e o *aberratio delicti* - CP, art. 74 (X quer atingir a vidraça e acerta a cabeça de Y)

O erro na execução difere do erro *in persona* porque neste, o agente atinge "A" (vítima efetiva) pensando que "A" fosse "B" (vítima desejada). Ou seja, há um erro na realidade. No erro na execução, o agente quer atingir "B" (vítima desejada) e sabe que "B" é "B", só que erra na execução, p.ex: erra o tiro, e atinge "A". No erro quanto à pessoa, apenas a vítima efetiva (A) é exposta a perigo, enquanto no erro na execução, tanto (A) quanto (B) estão expostos a perigo.

De notar-se que é possível que ocorra erro de tipo em crimes omissivos impróprios quando o agente desconhece a sua posição de garantidor ou tem dela uma noção errada, por exemplo.

Responde pelo crime o terceiro que determina o erro, na forma do art. 20, § 2º do CP.

Há discussão sobre qual a natureza do erro que recaia sobre os elementos normativos do tipo: seria erro de tipo ou de proibição? Para Welzel, trata-se de erro de proibição; para Cezar Bitencourt, seria erro de tipo.

4. ERRO DE PROIBIÇÃO

Dispõe o art. 21, *caput*, CP: “O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuir a pena de um sexto a um terço”.

Antes, é necessário distinguir a ignorância da lei da ausência de conhecimento da ilicitude: a primeira é matéria de aplicação da lei que, por ficção jurídica, presume-se conhecida por todos; já a segunda refere-se à culpabilidade, significando não o desconhecimento da lei ou do fato, mas da contrariedade que se firma, naquela circunstância, entre o fato e a norma. Ainda, o que se exige não é uma consciência real da ilicitude, mas uma potencial consciência, atingível pela consciência profana do injusto, a qual se adquire por meio das normas de cultura e dos princípios morais e éticos. Todavia, às vezes, a lei moral não coincide com o dever jurídico, seja porque há ações imorais ou amorais protegidas pelo Direito, seja porque há ações criminosas moralmente louváveis – neste último caso, a presunção do conhecimento da proibição legislativa é iníqua.

Além disso, com a multiplicidade de leis que existe e que vai sendo produzida, nem sempre é possível saber o que é permitido ou que é proibido em determinado momento – daí porque Welzel, reelaborando o conceito de consciência da ilicitude, introduziu-lhe um novo elemento, qual seja o dever de informar-se: é preciso aferir se o agente, não tendo a consciência naquele momento, poderia tê-la adquirido se tivesse procurado se informar convenientemente. E o nosso CP, seguindo esse entendimento, estabelece que, tratando-se de erro de proibição inevitável, há isenção de pena; se evitável, a pena (do crime doloso), é diminuída de um sexto a um terço. É o próprio parágrafo único do referido art. 21 que diz: “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”.

O erro de proibição pode se apresentar de três formas: direto, indireto (erro de permissão) e erro de mandamento, sendo os dois primeiros também chamados por alguns de discriminantes putativas.

O erro de proibição direto recai sobre a existência de uma norma penal incriminadora e se dá quando o agente entende que a sua conduta não é proibida pelo Direito. Exemplo típico é o da estrangeira que pratica aborto em país que o proíbe porque em seu país de origem aquela conduta é permitida. Pode ocorrer em crimes culposos quando o sujeito não sabe qual o dever objetivo de cuidado exigido para aquele caso.

Por seu turno, o erro de proibição indireto recai sobre a existência de uma norma penal permissiva (excludente de ilicitude) e pode ocorrer em duas situações: quando o agente pratica o fato pensando estar acobertado por uma causa de justificação inexistente ou quando, atuando sob uma causa existente, desconhece seus limites. Exemplo do primeiro seria o caso de alguém que, sendo credor de outrem, entende que pode ir à casa deste pegar o dinheiro devido; exemplo do segundo seria a hipótese de alguém que, sob ameaça de agressão no dia seguinte, se antecipa e, no mesmo dia, atira no futuro agressor pelas costas. No caso, o agente desconhece, por exemplo, o alcance da legítima defesa, que só é admissível contra agressão atual ou iminente, e não sobre agressão futura. Pode recair sobre a necessidade dos meios, sobre a moderação do seu uso, enfim, recai, no último caso, sobre os limites da norma permissiva.

O erro mandamental, por fim, é aquele em que o agente, estando na condição de garantidor e tendo conhecimento da situação fática de perigo, deixa de impedir o resultado, omitindo a ação que a norma preceptiva lhe impunha, por entender que não tinha tal dever. Pode se dar tanto em crimes omissivos como em comissivos por omissão. Exemplo seria o do médico cujo plantão já acabou, e que, por isso, deixa de atender o paciente que chega depois, entendendo que a obrigação de examiná-lo é do seu substituto, o qual está atrasado.

Há de se salientar que, apesar de o desconhecimento da lei ser inescusável, é previsto como circunstância atenuante pelo art. 65, II, CP.

5. AS DESCRIMINANTES PUTATIVAS FÁTICAS

As chamadas discriminantes putativas são objeto de divergências doutrinárias e a modalidade de erro que recai sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação (ex: à noite, A, estando em sua casa, ouve o barulho de alguém entrando e, pensando tratar-se de um ladrão, atira no vulto, supondo estar em legítima defesa, mas, depois, percebe que era seu filho B, que retornara de viagem mais cedo do que o previsto): seria erro de tipo ou erro de proibição?

Algumas teorias procuram solucionar o problema, a maioria já vista acima:

- **teoria dos elementos negativos do tipo:** seria erro de tipo → se invencível, atipicidade; se vencível, pena do crime culposos;
- **teoria extremada da culpabilidade:** trata-se de erro de proibição → se invencível, isenção de pena; se vencível, culpabilidade dolosa atenuada;
- **teoria limitada da culpabilidade:** seria *erro de tipo permissivo* e, por analogia, teria o mesmo tratamento do erro de tipo → se escusável, há atipicidade; se inescusável, pena do crime culposos;
- **teoria do erro orientada às conseqüências:** o agente comete um crime doloso quando atua com essa espécie de erro, mas deve sofrer as conseqüências de um crime culposos se evitável o erro porque o desvalor da ação é menor (ele quer algo que a lei permite), bem como o conteúdo da sua culpabilidade (o que orientou a formação do dolo não foi uma falta de atitude jurídica, mas uma análise desatenta da situação); se inevitável, há isenção de pena.

O nosso CP, em seu art. 20, §1º, estatui que: “*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*”. Da leitura do dispositivo conclui-se que as discriminantes putativas fáticas são um misto de erro de tipo e erro de proibição, senão vejamos.

O tratamento dado pelo CP ao erro de tipo incriminador é a exclusão do dolo; já o referido art. 20, §1º, ao tratar do erro de tipo permissivo (denominação combatida por alguns), isenta de pena, o que ocorre com o erro de proibição; todavia, se o erro for evitável, dá-se a punição por crime culposos, o que ocorre com o erro de tipo. É, pois, um erro *sui generis* na concepção de Luiz Flávio Gomes e de Cezar Bitencourt e deveria ser tratado em dispositivo autônomo.

Em verdade, a noção errônea de culpa imprópria, anômala ou por assimilação ao dolo nasceu da tentativa causalista de explicação deste erro: se, no exemplo supracitado, A atira no próprio filho pensando tratar-se de um ladrão, mas ele não morre, Nelson Hungria entendia que ele havia atuado com

culpa, já que o dolo era a vontade de praticar um crime; contudo, como não se admite tentativa de crime culposo, seria uma culpa imprópria. Acontece que, pelo finalismo, o dolo é natural, é a consciência e vontade de realização do comportamento típico, o que ocorre *in casu*, apenas o agente aprecia mal as circunstâncias – em sua estrutura, portanto, é um crime doloso, mas a lei pune como crime culposo, se o erro é culposo (chamada culpa imprópria, por equiparação), modalidade excepcional, que, de forma estranha, comporta até tentativa.

Ademais, não se pode confundir erro culposo com crime culposo: se a má apreciação decorreu de culpa do agente, isto é, se o erro poderia ter sido evitado e não o foi, isso não transmutará a natureza do crime de doloso para culposo, pois ele teve intenção de realizar a conduta típica, apenas se enganou sobre a licitude dela. Por causa disso e, tendo em vista a teoria do erro orientada às consequências jurídicas, a sua culpabilidade será atenuada, emprestando-se tão-somente a pena do crime culposo correspondente, se prevista a figura (se o erro era inevitável, como já mencionado, há isenção de pena).

6. QUADRO RESUMO

Resumidamente, poder-se-ia estabelecer o seguinte:

a) erro de tipo (art. 20, *caput*):

- essencial → vencível e invencível;
- acidental → exs: erro sobre o objeto, erro sobre a pessoa (art. 20, §3º), *aberratio ictus* (art. 73) e *aberratio delicti* (art. 74);

b) erro de proibição (art. 21):

- direto, indireto (também chamados por alguns de discriminantes putativas) e mandamental;
- evitável e inevitável;

c) erro de tipo permissivo ou discriminante putativa fática (art. 20, §1º) → modalidade híbrida, erro *sui generis*; também pode ser evitável ou inevitável.

Lembra Cezar Bitencourt que não há previsão legislativa sobre erro incidente sobre causa excludente de culpabilidade, devendo ser considerado como inexigibilidade de conduta diversa.

TEORIA GERAL DA PENA

1. INTRODUÇÃO

A norma jurídica se impõe sob ameaça de sanção, que pode ser reparatória, compensatória ou retributiva. Tendo o Direito Penal a missão ético-social de garantir a segurança jurídica mediante a proteção mínima dos bens jurídicos essenciais (*ultima ratio*) e prevenção das condutas ofensivas, a sanção penal é um dos, senão o principal elemento distintivo do Direito Penal dos demais ramos do Direito, principalmente segundo a concepção de que o Direito Penal é fragmentário, subsidiário. Tamanha a importância da pena, como consequência jurídica do delito, que o Direito Penal é o único ramo do direito cuja nomenclatura é dada pelo tipo de sanção, e não pela natureza de relações jurídicas que ali se estabelecem.

A pena orienta-se, basicamente, pelos seguintes princípios:

- necessidade: somente deve ser utilizada quando os demais instrumentos coercivos falharem, sendo que somente deve ser imposta quando necessária e, sempre que necessária, deve ser imposta;
- retribuição: as medidas coercivas são aplicadas como resposta do ordenamento à censurabilidade da conduta do ofensor e como reparação pela inobservância da norma, não devendo ficar além ou aquém da reprovação social que lhe embasa;
- aflição: por conta de seu caráter retributivo, a coerção penal sujeita o violador a um sofrimento, pois, de acordo com a cultura humana, quem comete um erro deve ser castigado (padecimento espiritual mais que o físico);
- prevenção: A pena não deve cingir-se ao seu caráter aflictivo, mas também deve servir como meio de evitar o cometimento de novos crimes – função preventiva.

Segundo o fundamento de que o Direito Penal se utiliza para escolher os instrumentos jurídicos de coerção penal (perda ou restrição da possibilidade de dispor de bens jurídicos indispensáveis), esta pode ser material ou formal. A coerção penal material é a pena, e se funda na culpabilidade do autor de um fato típico e ilícito; já a coerção penal formal é a medida de segurança, a qual se funda na periculosidade do agente (embora a sua conduta não possa ser considerada crime, eis que lhe falta a culpabilidade por ser inimputável, ela introduz no meio social um dano substancial ao bem jurídico tutelado, que pode ser repetido se o agente não for devidamente tratado).

2. PENA

2.1. FUNDAMENTO

Pena é a privação total ou parcial de um bem jurídico imposta pelo Estado, por meio da ação penal, em retribuição ao autor de uma infração (penal), cujo escopo é evitar novas violações. A pena é, portanto, aflictiva, retributiva e pública. Mas como se legitima a intervenção estatal no sentido de impor uma pena?

As teorias absolutas (retributivas), influenciadas pelos clássicos e pelas idéias de Kant, Hegel e Carrara, entendiam que o fundamento da pena era a retribuição simplesmente, como uma exigência de justiça. A pena então, tinha um fundamento ético, como confirmação do direito e resposta ao crime. A pena seria a negação do crime, que seria., por sua vez, a negação do direito. Logo, a pena seria a confirmação do Direito (Hegel)

As teorias relativas (utilitárias), inspiradas pelo positivismo, entendiam que a pena se fundamentava na necessidade de associação de crime e temor do castigo: a intimidação de se impor uma pena a quem cometesse uma infração seria uma forma de prevenção geral negativa, e se, apesar dela, alguém praticasse um delito, a pena aplicada se justificaria no fato de que a sociedade precisa se defender (prevenção específica).

Pela prevenção geral negativa, a pena dirige-se não apenas ao criminoso, mas também à toda comunidade, com a finalidade de dissuadir os eventuais infratores de praticar novos delitos, por intermédio da intimidação.

Com o fim da IIª Guerra Mundial, surgiram as teorias da prevenção especial, cuja concepção de pena era voltada para o criminoso condenado, com o objetivo de corrigi-lo e ressocializá-lo, evitando, desta forma, a reincidência.

Hoje constata-se que nem a prevenção geral negativa nem a ressocialização são suficientes para o controle da criminalidade. Como intimidação, a pena fracassou, visto que a criminalidade aumentou. Por sua vez, a ressocialização não é compatível com a idéia de privação de bens jurídicos: a vida na prisão não pode ser igual à vida em liberdade, a pena serve para proteger o ordenamento e justificá-la como reeducação do indivíduo seria legitimar a intervenção coativa do Estado na reforma de um ser humano, o que não se coaduna com um Estado Democrático de Direito.

Modernamente tem-se buscado o fundamento da pena na prevenção geral positiva, isto é, na manutenção da confiança institucional na prevalência do Direito: ao impor-se a pena ao infrator, reafirma-se a validade da norma violada, fazendo com que a comunidade continue esperando que seus bens jurídicos sejam respeitados, protegendo-se, assim, a ordem jurídica. Segundo Baratta, a pena, segundo a prevenção geral positiva, continua dirigindo-se à comunidade, mas não a seus eventuais infratores, mas sim aos cidadãos “cumpridores da lei”, como forma de reforçar os valores da ordem jurídica, tendo uma função muito mais simbólica do que instrumental.

2.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Há vários princípios constitucionais que devem ser observados, todos no art. 5º, CF:

- a) legalidade – inc. XXXIX;
- b) personalidade – inc. XLV;
- c) individualização da pena – inc. XLVI;
- d) personalização da pena – inc. XLV;
- e) humanidade (vedação da pena de morte, penas cruéis, de caráter perpétuo ou de trabalhos forçados – inc. XLVII);
- f) proporcionalidade – incs. XLVI e XLVII.

2.4. ESPÉCIES DE PENA

Pelo princípio da reserva legal, ao Poder Legislativo Federal cabe não só a determinação do crime, como também a cominação da pena; para tanto, o legislador considera o conteúdo de desvalor social da conduta hipotética que se quer evitar e, com fulcro no princípio da proporcionalidade, escolhe a qualidade (espécie) de pena, a quantidade (limites mínimo e máximo) e as substituições possíveis.

São espécies de penas:

a) comuns ou principais:

- privativas de liberdade → reclusão, detenção e prisão simples;
- multa cominada no tipo;

b) substitutivas ou alternativas:

- restritivas de direitos → prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana;
- multa substitutiva (art. 60, §2º).

PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

1. INTRODUÇÃO

Antigamente, a prisão, principal resposta no campo penal, era vista como um meio apto a produzir uma reforma do criminoso, reabilitando-o para a vida em sociedade. Com o tempo, percebeu-se que tal entendimento era uma falácia, chegando-se mesmo a acreditar ser quase impossível a ressocialização pela pena privativa de liberdade. Daí a procura por meios alternativos para substituir tal espécie de pena, pelo menos a de curta duração, pois, como aponta Cezar Bitencourt, se o criminoso é habitual, ela será ineficaz; se ocasional, ela excederá o necessário.

O CP, com as Leis ns. 7209/84 e 9714/98, seguindo uma política criminal liberal, contempla a pena privativa de liberdade e também alternativas a ela, como as restritivas de direito e a de multa, além do *sursis* – neste sentido, apenas quando não for possível a aplicação dos demais institutos é que deverá prevalecer a prisão, como última resposta.

2. RECLUSÃO E DETENÇÃO

A Reforma Penal de 84 manteve a distinção, cada vez mais tênue, entre reclusão e detenção. No caso, as penas privativas de liberdade foram tratadas como gênero, sendo espécies a reclusão e detenção como espécies. Apesar de ter havido significativa redução de distinções formais entre pena de reclusão e detenção, a doutrina aponta algumas diferenças entre elas:

- Regime inicial de cumprimento – apenas os crimes punidos com reclusão - crimes mais graves, em tese – poderão ter o início de cumprimento de pena em regime fechado, o que não se dá com a detenção. No caso, o regime inicial de cumprimento, na reclusão, pode ser fechado, semi-aberto ou aberto. Na detenção, o regime inicial é o semi-aberto ou o aberto. A detenção só poderá ser cumprida em regime fechado se houver a regressão;
- limitação na concessão de fiança → a autoridade policial poderá conceder fiança apenas nas infrações punidas com detenção ou prisão simples (art. 322, CPP), pois se punidas com reclusão, ficará a cargo do juiz apenas;
- espécies de medidas de segurança → se o delito for apenado com reclusão, a medida de segurança será a detentiva; se apenado com detenção, a medida poderá ser convertida em tratamento ambulatorial (art. 97, CP);
- incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela → tratando-se de crime punido com reclusão, cometido por pai, tutor ou curado contra os respectivos filhos, tutelados ou curatelados, haverá mencionada incapacidade; tratando-se de crime apenado com detenção, não haverá tal consequência, o que não impede de ser buscada em ação própria no juízo cível;
- prioridade na ordem de execução → a pena de reclusão executa-se primeiro; depois, a detenção ou prisão simples (arts. 69, *caput*, e 76, ambos do CP);
- influência nos pressupostos da prisão preventiva (art. 313, I, CPP).

3. REGIMES PRISIONAIS

Com a Lei n. 7029/84, são os regimes determinados pela espécie e quantidade de pena aplicada e pela reincidência, juntamente com o mérito do condenado, obedecendo a um sistema progressivo (retirou-se a periculosidade como um dos fatores para escolha do regime).

3.1. ESPÉCIES DE REGIMES

No **regime fechado**, o condenado cumpre a pena em estabelecimento de segurança máxima ou média (penitenciária) – art. 33, §1º, a, CP – ficando sujeito a isolamento no período noturno e trabalho no período diurno (art. 34, §1º), sendo que este trabalho será em comum dentro do estabelecimento, de acordo com as suas aptidões, desde que compatíveis com a execução de pena (art. 34, §2º); não pode freqüentar cursos de instrução ou profissionalizantes, admitindo-se o trabalho externo apenas em serviços ou obras públicas (art. 34, §3º), devendo-se, porém, tomar todas as precauções para se evitar a fuga.

Por sua vez, no **regime semi-aberto**, o condenado cumpre a pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (art. 33, 1º, b, CP), ficando sujeito ao trabalho em comum durante o período diurno (art. 35, §1º, CP), podendo ainda realizar trabalho externo, inclusive na iniciativa privada, admitindo-se também a frequência a cursos de instrução ou profissionalizantes (art. 35, §2º, CP).

De acordo com o art. 36, *caput*, CP, o **regime aberto** baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado – isto porque ele somente ficará recolhido (em casa de albergado ou estabelecimento adequado) durante o período noturno e os dias de folga, devendo trabalhar, frequentar curso ou praticar outra atividade autorizada fora do estabelecimento e sem vigilância (art. 36, §1º, CP); se, porém, frustrar os fins da execução penal ou praticar fato definido como crime doloso, haverá regressão do regime (art. 36, §2º, CP).

Algumas linhas merecem ser ditas sobre a prisão domiciliar. Constitui uma das espécies do regime aberto, juntamente com a prisão-albergue e a prisão em estabelecimento adequado (arts. 33, §2º, c, do CP e 117 da LEP). Por ser uma exceção, somente é cabível nas hipóteses taxativas do referido art. 117 (condenado maior de setenta anos ou acometido de grave doença, condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental ou condenada gestante), já tendo o STF se posicionado neste sentido, não bastando, por conseguinte, a simples inexistência de casa de albergado para a sua concessão, devendo-se, neste caso, assegurar ao preso o trabalho fora da prisão, com recolhimento noturno e nos dias de folga.

Preceitua o art. 37, CP, ao tratar do regime especial, que as mulheres deverão cumprir a pena em estabelecimento próprio, considerando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal e as demais regras vistas, no que couber.

3.2. REGIME INICIAL

A fixação do regime inicial de cumprimento da pena é de competência do juiz da condenação; caberá, todavia, ao juiz da execução a progressão/regressão do regime, devendo decidir de forma motivada.

Para se determinar qual o regime inicial, deverá o juiz levar em consideração a natureza e quantidade da pena e a reincidência, bem como os elementos do art. 59, CP, da seguinte forma: quando os primeiros três fatores não impuserem um regime de forma obrigatória, deverá o juiz se valer do art. 59 para decidir qual o regime mais adequado entre os possíveis.

O §2º do art. 33 do CP dispõe que:

- a) *“o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado”* → lógico que somente se refere à pena de reclusão, pois, como anteriormente visto, esta pode ser cumprida em regime fechado, semi-aberto e aberto, enquanto que a detenção somente pode ser nos dois últimos regimes, salvo necessidade de regressão, vide *caput* do supracitado artigo; *“o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto”* → aplica-se apenas à reclusão, uma vez que a pena de detenção superior a quatro anos, tratando-se de condenado reincidente ou não, somente poderá iniciar-se no regime semi-aberto (não há uma faculdade), enquanto que a pena de reclusão maior que quatro anos poderá iniciar-se no regime fechado ou semi-aberto, a depender de o condenado não ser reincidente e do que os elementos do art. 59 indicarem;
- b) *“o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto”* → aplica-se às penas de reclusão e de detenção: se ele for reincidente e a pena for de reclusão, o regime será o fechado ou semi-aberto (não necessariamente o fechado, como entendem Celso Delmanto e Mirabete); se reincidente mas a pena for de detenção, obrigatoriamente inicia-se no regime semi-aberto (inclusive qualquer que seja a quantidade da pena); se não for reincidente, tratando-se de pena de reclusão, qualquer dos três regimes cabíveis poderá ser o inicial e, se detenção, também qualquer dos dois regimes cabíveis poderá ser o inicial – dependerá dos elementos do art. 59.

Resumindo as regras do regime inicial de cumprimento de pena, têm-se:

- detenção: somente pode iniciar em regime semi-aberto ou aberto, nunca no fechado; pena superior a 4 anos, reincidente ou não, regime inicial terá de ser o semi-aberto; reincidente, qualquer quantidade de pena, regime inicial semi-aberto; pena até 4 anos, não reincidente, regime semi-aberto ou aberto, a depender do art. 59.
- reclusão: pena superior a 8 anos, sempre no regime fechado; pena superior a 4 anos, reincidente, sempre no regime fechado; pena superior a 4 anos até 8, não reincidente, regime fechado ou semi-aberto, a depender do art. 59; pena até 4 anos, reincidente, regime fechado ou semi-aberto, a depender do art. 59; pena até 4 anos, não reincidente, regime fechado, semi-aberto ou aberto, também a depender do art. 59.

Em conformidade com o que dispõe o arts. 34, *caput*, e 35, *caput*, ambos do CP, no início de cumprimento da pena, o condenado será submetido a exame criminológico de classificação e individualização da execução, quer se trate de regime fechado ou semi-aberto. Tal exame consiste numa perícia a ser realizada no Centro de Observação Criminológica (art. 96, LEP) ou pela Comissão Técnica de Classificação onde aquele não existir (art. 98, LEP) a fim de se obter informações reveladoras da personalidade do condenado – para tanto, engloba exames clínico, morfológico, neurológico, eletroencefálico, psicológico, psiquiátrico e social. Não fica, porém, o juiz vinculado a ele, podendo decidir de forma contrária, desde que fundamentadamente.

Quanto à obrigatoriedade de realização do exame, conforme supramencionado, o CP determina a sua realização tanto para o condenado à prisão em regime fechado quanto semi-aberto; já a LEP obriga para o regime fechado e faculta para o semi-aberto – isso fez com que muitos pensassem que, tratando-se de regime inicial semi-aberto, a realização será facultativa; todavia Cezar Bitencourt defende que deve prevalecer a norma cogente, qual seja a do CP, até mesmo para atingir o fim a que se destina – individualização da execução – abarcando, assim, a maior quantidade de apenados possível.

3.3. PROGRESSÃO E REGRESSÃO

Pelo sistema progressivo adotado pelo CP com a Reforma de 84, permite-se ao condenado a conquista gradual da liberdade, durante o cumprimento da pena, tendo em vista o seu comportamento, de forma que a pena aplicada pelo juiz não será necessariamente executada em sua integralidade. Na progressão, passa-se de um regime mais rigoroso para um menos rigoroso; na regressão, ocorre o inverso, sendo que, neste caso, pode-se passar diretamente do regime aberto para o fechado, o que não acontece com a progressão (do fechado tem que ir para o semi-aberto, nunca diretamente para o aberto).

Para que ocorra a progressão de regime, é necessário o preenchimento de certos requisitos: cumprimento de um sexto da pena no regime anterior; mérito do condenado (demonstração de que ele tem condições de ir para um regime menos severo); exame criminológico; parecer da Comissão Técnica de Classificação. No caso de regime aberto, deve-se atentar ainda para o art. 114 da LEP, o qual estabelece que deve o sentenciado estar trabalhando ou ter possibilidade de vir a fazê-lo e que ele deve apresentar sinais que façam presumir que terá autodisciplina e senso de responsabilidade.

Segundo o art. 118 da LEP, haverá a regressão de regime sempre que o apenado cometer um crime doloso ou falta grave (art. 50, LEP) ou quando for condenado por crime anterior, cuja pena, adicionada ao restante daquela que está sendo executada, não permitir o regime atual. Na hipótese de regime aberto, estabelecem os arts. 36, §2º, CP e 118, §1º, LEP a regressão também se o sentenciado frustrar os fins da pena ou se deixar de pagar a pena de multa quando podia fazê-lo. Em todos os casos, ele deverá ser ouvido previamente, salvo quando a regressão seja consequência da condenação por crime anterior.

Discute-se na doutrina e na jurisprudência sobre qual o tratamento aplicável aos crimes hediondos quanto à progressão de regime. Preceitua o art. 2º, §1º, da Lei n. 8072/90 que a pena por tais crimes deverá ser cumprida integralmente em regime fechado: para muitos, seria inconstitucional, pois feriria o princípio da individualização da pena; para outros, é constitucional, uma vez que a CF atribuiria à legislação ordinária a especificação da forma de cumprimento das penas. Reacendeu-se a discussão com o advento da Lei n. 9455/97, a qual estabelece que a pena pelo crime de tortura deverá ser cumprida inicialmente em regime inicial fechado – alguns entendem isto prevalece apenas para o

crime de tortura, o qual receberia um tratamento diferente por estar em lei específica; outros defendem ser incoerente a distinção do tratamento, uma vez que a CF equipara, quanto à sua danosidade social, os crimes hediondos, de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo (art. 5º, XLIII), daí porque deve preponderar a regra do sistema progressivo da Lei n. 9455/97 (interpretação extensiva da lei mais benéfica), podendo ser aplicada inclusive retroativamente.

3.4. DETRAÇÃO, TRABALHO PRISIONAL E REMIÇÃO

Pela detração penal, desconta-se no tempo da pena ou medida de segurança aplicada o período de prisão ou de internação cumprida antes da condenação. O art. 8º do CP preceitua que a pena privativa de liberdade cumprida no estrangeiro é computada na pena privativa de liberdade a ser cumprida no país. Dispõe o art. 42, CP, que pode ser computado o tempo da prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro (prisão em flagrante, temporária, preventiva, decorrente de pronúncia e de sentença condenatória recorrível), o de prisão administrativa (decorrente de infração disciplinar ou de infração praticada por particular contra a Administração Pública; quanto à prisão civil, há divergências) e o de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou outro estabelecimento adequado.

O trabalho do preso é um direito-dever que visa a diminuir os efeitos criminógenos da prisão, com finalidade educativa e produtiva; a ele não se sujeita o preso provisório ou por crime político, os quais, contudo, se quiserem trabalhar, terão os mesmos direitos dos demais. A jornada diária não pode ser inferior a seis horas ou superior a oito, com folga aos domingos e feriados; a remuneração deverá ser, no mínimo, de três quartos do salário mínimo, assegurando-se todos os benefícios da Previdência Social (art. 39, CP), inclusive a aposentadoria. De acordo com a LEP, a remuneração servirá para: indenização civil determinada judicialmente; assistência à família; ressarcimento ao Estado pelas despesas com a manutenção do apenado, proporcionalmente; o saldo restante deverá ser depositado em caderneta de poupança.

A remição permite o abatimento de parte da pena a ser cumprida pelo trabalho realizado dentro da prisão. Ela ocorre na forma de três dias de trabalho por um dia de pena, e é considerada tanto para fins de livramento condicional quanto para indulto; entretanto, se o apenado for punido por falta grave, perderá o tempo remido.

APLICAÇÃO DA PENA

1. INTRODUÇÃO

A individualização da pena, como visto, é um dos direitos fundamentais previstos no art. 5º, inc. XLVI da Carta Magna. Esta individualização passa desde a determinação da espécie de pena que vai ser cominada e aplicada ao caso concreto, bem como ao *quantum* de pena necessário e suficiente à prevenção e reprovação do crime (art. 59, CP).

A determinação da pena pode realizar-se de acordo com três sistemas básicos:

- a) **Sistema da absoluta determinação** – sistema mais antigo, utilizado nos Código Criminal de 1830, caracteriza-se pela absoluta determinação, na qual a própria lei determina, de forma taxativa, qual é a quantidade de pena aplicável a cada delito, de modo fixo. No Código de 1830, a pena era fixada nos graus mínimo, médio e máximo, sendo previamente fixadas as penas de cada um dos graus.
- b) **Sistema de absoluta indeterminação** – é o sistema que consagra o livre-arbítrio judicial, pelo qual se confere ao magistrado amplos poderes para decidir, dentre as penas existentes, aquela que considerar mais adequada, na quantidade que entender mais conveniente.
- c) **Sistema de relativa determinação** – sistema adotado no Código de 1940, repetido na Parte geral de 1984. Por este sistema, a pena de cada crime já vem determinadas quais as espécies e seu quantitativo vem fixado num limite mínimo e máximo, cabendo ao juiz, observando ditos limites, fixá-la de modo discricionário.

2. CIRCUNSTÂNCIAS

Em face da garantia constitucional de individualização da pena, o juiz, para aplicar ao condenado a pena mais adequada ao caso concreto, deve levar em todas as circunstâncias do crime, isto é, todas as condições que se encontram ao redor do crime, alterando a resposta penal, com base na maior ou menor gravidade da conduta, desvalor da ação ou desvalor do resultado, sem afetar o tipo fundamental. Diferem das elementares porque estas são requisitos essenciais do tipo, enquanto que aquelas são requisitos acidentais.

De acordo com a sua natureza, podem ser classificadas em pessoais ou subjetivas (exs.: menoridade, reincidência, antecedentes, motivos, sexo, profissão, etc.) e objetivas (exs.: modo de execução, objeto material, características da vítima, etc.). As circunstâncias de caráter pessoal não se comunicam no concurso de pessoas, salvo quando elementares do crime, enquanto as objetivas comunicam-se a todos os concorrentes, desde que entrem na esfera de seu conhecimento.

Quanto à função modificativa, as circunstâncias podem ser classificadas também em:

- a) circunstâncias que aumentam o mínimo e o máximo da pena em abstrato → são as qualificadoras (tipos qualificados), consideradas na 1ª fase – ex: art. 121, §2º;
- b) circunstâncias que agravam ou atenuam a pena sem determinação de quantidade → o juiz, ao considerá-las, deve observar os limites da pena em abstrato. Subdividem-se em judiciais (art. 59) e legais (agravantes e atenuantes – arts. 61 a 66);
- c) causas de aumento e de diminuição → autorizam a alteração da pena com base em valores fixos ou variáveis; são as majorantes e minorantes. Vêm sob a forma de fração, distinguindo-se das qualificadoras porque não modificam os limites da pena em abstrato, mas permitem que o juiz fixe a pena concreta aquém ou além de tais limites (para Cezar Bitencourt, não podem ir além), podendo vir na Parte Geral (exs.: arts. 14, II, e 16) e na Especial do CP (exs.: art. 121, §4º, 127), sendo que os tipos que contêm causas de aumento são chamados de tipos agravados, e os que contêm causas de diminuição, de tipos privilegiados.

3. DOSIMETRIA

É feita pelo sistema trifásico preconizado por Hungria, em oposição ao sistema bifásico de Roberto Lyra – art. 68.

3.1. 1ª FASE

Para o cálculo da pena-base, levam-se em conta as circunstâncias judiciais do art. 59, sendo que, se alguma delas for agravante, atenuante, causa de aumento ou de diminuição, deve ser considerada nas operações seguintes para que não haja o *bis in idem*; e se o juiz verifica a existência de mais de uma qualificadora, deve se utilizar de apenas uma delas e considerar a(s) outra(s) nas fases seguintes, se previstas. A pena-base não pode ser nem superior ao máximo nem inferior ao mínimo (art. 59, II); na jurisprudência, entende-se que, como na 2ª fase a elevação é de 1/6 para cada circunstância legal agravante, as circunstâncias judiciais só autorizariam um aumento de até 1/6 do mínimo da pena abstrata.

São circunstâncias judiciais:

- culpabilidade → verificada não como fundamento da pena, mas como seu limite, o grau de reprovação da conduta. É a viga mestra das circunstâncias judiciais;
- antecedentes → constituem os fatos abonadores e desabonadores da sua vida pregressa – inquéritos instaurados, processos em curso, etc. A reincidência não pode ser considerada como antecedente, porque é circunstância agravante. No entanto, a condenação por crime anterior após o prazo depurador de 5 anos da reincidência pode ser considerada como agravante;
- conduta social → como o sujeito age em seu meio familiar, profissional;
- personalidade → perfil psicológico e moral do sujeito;
- motivos do crime → fatores que levaram o sujeito a cometer o crime, isto é, o “porquê” do crime (religião, amor, ódio, etc.);
- circunstâncias do crime → relaciona-se com o modo de execução (instrumentos do crime, tempo, local, objeto material, etc.);
- conseqüências do crime → intensidade da lesão produzida no bem jurídico tutelado;
- comportamento da vítima → relaciona-se com a vitimologia, como a conduta da vítima pode influenciar ou não a prática do crime, se o comportamento da vítima provocou ou facilitou o crime.

3.2. 2ª FASE

Para o cálculo da pena provisória, levam-se em conta as circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas, sendo que o juiz não poderá ir além ou aquém dos limites estabelecidos pelo legislador ao cominar a pena (para alguns, não haveria impedimento legal a que a incidência de uma atenuante levasse a pena-base para aquém do mínimo cominado ao tipo – neste sentido, Luiz Regis Prado). Ainda, no concurso entre agravantes e atenuantes, dispõe o art. 67 que a pena deve se aproximar do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, como tais entendendo-se as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

As agravantes estão no art. 61, e sempre incidem, salvo quando constituam ou qualifiquem o crime, quando coincidam com uma causa de aumento ou quando isentem de pena:

- a) **reincidência**: diz o art. 63 que o agente é considerado reincidente se, após ser condenado por um crime por sentença transitada em julgado, no país ou no exterior, comete novo crime; seus efeitos não perdurarão após o prazo de 5 anos a partir da data de cumprimento ou extinção da pena, computando-se o período de prova do *sursis* e do livramento condicional, se não tiver ocorrido revogação (art. 64, I) e não sendo considerados os crimes políticos e os militares próprios (art. 64, II). De se salientar que o art. 7º da LCP complementa o conceito de reincidência ao estabelecer que ela também se dá se o agente comete nova contravenção após o trânsito em julgado da sentença condenatória no estrangeiro por qualquer crime ou no Brasil por crime ou contravenção; é provada pela certidão judicial do trânsito em julgado da sentença condenatória;
- b) **ter o agente cometido o crime**:
 - **por motivo fútil ou torpe** → fútil é o motivo insignificante, que guarde desproporção com o crime praticado; torpe é o motivo vil, abjeto, que demonstra grau extremo de insensibilidade moral do agente;
 - **para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime** → tem-se aí uma conexão, que pode ser de dois tipos: teleológica (para faciliti-

- tar ou assegurar a execução de outro crime) ou conseqüencial (o crime é praticado para garantir a ocultação, impunidade ou vantagem de outro);
- **à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido** → relativo à forma de realização do crime. Na traição ocorre uma deslealdade; a emboscada se dá quando o agente se esconde para atacar a vítima de surpresa (tocaia); a dissimulação é a utilização de artifícios para se aproximar da vítima, encobrindo seus desígnios reais; por fim, o legislador usou uma fórmula genérica (*outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido*), permitindo a interpretação analógica ou extensiva;
 - **com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum** → relativo ao meio. O legislador escolheu alguns meios como paradigma, utilizando, em seguida, a expressão que possibilita a interpretação extensiva. Meio insidioso é "aquele dissimulado em sua eficiência maléfica" (Luiz Regis Prado, Damásio); meio cruel é o que aumenta inutilmente o sofrimento da vítima ou revele uma brutalidade anormal; perigo comum é o provocado por uma conduta que expõe a risco a vida ou o patrimônio de um número indefinido de pessoas;
 - **contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge** → revela uma maior insensibilidade do agente; aplica-se a qualquer forma de parentesco (legítimo ou ilegítimo, consanguíneo ou civil); não incide quando a relação de parentesco for elementar do crime, como no caso do infanticídio e não se estende ao concubino pela proibição da analogia *in malam partem*. Segundo Damásio, também não se estenderia ao filho adotado;
 - **com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade** → funda-se na quebra de confiança que a vítima tinha no agente; o abuso de autoridade se dá "quando o agente excede ou faz uso ilegítimo do poder de fiscalização, assistência, instrução, educação ou custódia derivado de relações familiares, de tutela, de curatela ou mesmo de hierarquia eclesiástica" (Regis Prado), referindo-se somente às relações privadas, pois, quanto às públicas, existe lei especial; relações domésticas são as que se estabelecem entre pessoas de uma mesma família, freqüentadores habituais da casa, amigos, criados, etc.; relação de coabitação é a que se dá quando duas ou mais pessoas vivem sob o mesmo teto; por fim, a relação de hospitalidade ocorre quando a vítima recebe o agente para permanência em sua casa por certo período (visita, pernoite, convite para uma refeição, etc.);
 - **com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão** → nos primeiros casos, ao praticar o crime, o funcionário que exerce o cargo ou ofício infringe os deveres inerentes a eles (fora as hipóteses da Lei n. 4898/65); ministério relaciona-se com atividades religiosas; profissão é a "atividade especializada, remunerada, intelectual ou técnica" (Regis Prado);
 - **contra criança, velho, enfermo ou mulher grávida** → funda-se na maior vulnerabilidade destas pessoas; criança, segundo o ECA, é a pessoa com até 12 anos incompletos; velho é a pessoa com mais de 70 anos ou que esteja com sua situação física prejudicada pela sua condição específica; enferma é a pessoa doente sem condições de se defender; quanto a mulher grávida, foi introduzida pela Lei n. 9318/96;
 - **quando o ofendido estava sob a imediata proteção de autoridade** → baseia-se no desrespeito à autoridade, sendo exemplos desse tipo de vítima o preso ou o doente mental recolhido a estabelecimento oficial;
 - **em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido** → aqui o agente deve se aproveitar de modo consciente e voluntário da situação calamitosa para dificultar a defesa da vítima ou par facilitar a sua impunidade;
 - **em estado de embriaguez preordenada** → aqui o agente se embriaga propositadamente para cometer crimes, sendo este realmente o campo de atuação da teoria da *actio libera in causa*.

Há discussão sobre se as agravantes do inciso II do art. 61 do CP seriam aplicadas somente aos crimes dolosos ou a todos os crimes, já que a lei não faz distinção.

O art. 62, CP relaciona as agravantes no concurso de pessoas, quando o agente:

- a) **promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes** → atinge aquele que promove a união do grupo, ou é o seu líder, ou ainda atua como mentor intelectual do crime;
- b) **coage ou induz outrem à execução material do crime** → a 1ª parte trata da coação, que pode ser moral ou física, resistível ou irresistível, sendo que o coator responderá pelo crime praticado pelo executor direto (com a pena agravada) e mais o constrangimento ilegal, ou se for o caso, o crime do art. 1º, I, b, da Lei n. 9455/97; a 2ª parte fala daquele que insinua, inspira outrem a praticar o crime;
- c) **instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal** → instigar é reforçar uma idéia delituosa já existente; determinar é mandar, ordenar; o executor deve estar sujeito à autoridade do agente ou não ser punível por alguma qualidade pessoal (menoridade, doença mental, etc.);
- d) **executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa** → a paga é anterior ao crime; a recompensa é posterior a ele.

Por fim, os arts. 65 e 66, CP, tratam das circunstâncias atenuantes; o art. 65 estabelece um rol, saber:

- a) **ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou 70 (setenta) anos, na data da sentença** → refere-se à sentença de 1º grau; a menoridade para efeitos penais prevalece ainda que já tenha havido emancipação;
- b) **o desconhecimento da lei** → apesar de inescusável e não isentar de pena (art. 21), a *ignorantia legis* serve para atenuá-la;
- c) **ter o agente:**
 - **cometido o crime por motivo de relevante valor moral ou social** → valor moral relaciona-se com um interesse individual que encontra certo respaldo na sociedade (ex: matar o esturprador da filha); já o valor social refere-se a um interesse coletivo (ex: invadir o domicílio de um traidor da Pátria);
procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano → na 1ª parte, trata-se de um arrependimento em que o agente, após a consumação, consegue evitar ou minorar as conseqüências, o que não se confunde com o arrependimento eficaz (art. 15), o qual exige que o agente impeça a produção do resultado, nem com o arrependimento posterior (art. 16), que incide antes do recebimento da inicial acusatória em crimes cometidos sem violência ou grave ameaça a pessoa; na 2ª parte, o agente deverá ter reparado o dano até a sentença de 1º grau;
 - **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** → a coação, moral ou física, tem que ser resistível, pois, se irresistível, excluirá a própria conduta quando física, ou a culpabilidade quando moral (art. 22, 1ª parte); a ordem de autoridade superior a ser cumprida deve ser manifestamente ilegal, porque, não o sendo, excluirá a culpabilidade (art. 22, 2ª parte); apesar de a emoção e a paixão não excluírem a imputabilidade (art. 28, I), reduz-se a pena em caso de influência de violenta emoção provocada por ato injusto da vítima, sendo que, se for uma agressão injusta, poderá haver legítima defesa, e, ainda, deve-se diferenciar esta atenuante da hipótese de homicídio privilegiado que se configura quando o sujeito atua sob o *domínio* de violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima;
 - **confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime** → a confissão aqui deve ter sido espontânea, a demonstrar um arrependimento, p.ex., não incidindo ainda se o agente confessa o crime durante o inquérito e, depois, se retrata em juízo;
 - **cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou** → o agente deve ter cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto e não pode ter provocado este último – ex: brigas com grande número de pessoas.

Quanto ao art. 66, traz uma atenuante inominada, que deve ser levada em consideração sempre que o juiz entenda haver uma circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, ainda que não prevista em lei.

3.3. 3ª FASE

Para o cálculo da pena definitiva, são consideradas as causas de aumento e de diminuição previstas na Parte Geral e na Parte Especial do CP, tais como tentativa (art. 14, II), arrependimento posterior (art. 16), homicídio privilegiado (art. 121, §1º), furto noturno (art. 155, §1º), etc. Conforme já visto, prevêem um *quantum* de exasperação ou de redução de pena, diferenciando-se das agravantes e atenuantes, podendo a pena definitiva ficar além ou aquém da pena cominada ao tipo. Alguns princípios devem ser observados:

- no concurso de majorantes ou de minorantes previstas na Parte Especial, poderá o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, porém, a causa que mais aumente ou diminua (art. 68, parágrafo único);
- as majorantes devem incidir em primeiro lugar e separadamente, enquanto as minorantes incidem cumulativa e posteriormente (posição de Regis Prado; para Bitencourt, todas incidem cumulativamente);
- as regras do concurso material, formal e crime continuado são as últimas operações a serem feitas.

Estabelecida a pena definitiva, terá o de juiz determinar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; por fim, deverá analisar se é caso de substituição da pena (art. 59, IV) ou de suspensão de sua execução (art. 157 da LEP), devendo motivar em qualquer hipótese.

Não confundir causa de aumento e de diminuição com qualificadora. Nesta, há uma nova cominação no mínimo e no máximo em relação ao crime simples, e os novos limites mínimo e máximo fixados pela qualificadora servirão como parâmetro desde as circunstâncias judiciais. As causas de aumento são previstas em fração (um terço, um sexto, metade), e são aplicadas na terceira fase de aplicação da pena.

PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO

1. INTRODUÇÃO

Ao prolatar uma sentença condenatória, deve o juiz verificar se não é o caso de substituir a pena privativa de liberdade por uma outra espécie de pena (art. 59, IV) ou pelo *sursis*.

As penas restritivas de direitos são autônomas (e não acessórias) e substitutivas (não podem ser cumuladas com penas privativas de liberdade); também não podem ser suspensas nem substituídas por multa. As penas restritivas de direito foram paulatinamente introduzidas como uma alternativa à prisão. Seu campo de atuação foi significativamente ampliado pela Lei 9.714/98.

2. PRESSUPOSTOS

As penas restritivas de direito não podem substituir a pena privativa de liberdade em toda e qualquer ocasião. Para ser aplicada, é preciso que sejam observados os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal. Estes requisitos são de duas ordens:

a) objetivos:

- pena privativa de liberdade não superior a 4 anos, desde que o crime não seja cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. art. 44, I, 1ª parte;
- qualquer crime culposo – art. 44, I, *in fine*;

A exigência que o crime seja culposo, ou, sendo doloso, o crime, com pena até 4 anos, cometido sem violência, revela o desvalor da ação, além do desvalor do resultado.

Quanto aos crimes de menor potencial ofensivo (pena máxima até 01 ano – art. 61 da lei 9.099/95), ressalte-se que, mesmo cometidos com violência ou grave ameaça (ex: lesões leves – art. 129, *caput*, ameaça, art. 147, etc.), eles têm regras próprias na Lei n. 9099/95;

b) subjetivos:

- não reincidência em crime doloso – art. 44, II; a reincidência era uma vedação absoluta antes da lei 9.714/98. Todavia, com a nova redação do art. 44, § 3º, do Código Penal, apenas a reincidência em crime doloso impede a concessão do benefício, e este impedimento sequer representa uma vedação absoluta, pois, na forma do art. 44, § 3º, pois o juiz, mesmo em caso de reincidência em crime doloso, pode utilizar a substituição, desde que a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não seja específica.
- prognose favorável → no sentido de que a substituição será suficiente, tendo em vista a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem assim os motivos e as circunstâncias do crime – art. 44, III.

Ressalte-se que trata-se de pena substitutiva, isto é, o juiz primeiro fará o cálculo da pena privativa de liberdade, e depois examinará se presentes os requisitos subjetivos e objetivos para a substituição por pena restritiva de direitos.

Se a pena for igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por uma pena restritiva de direito ou por multa; se igual ou superior a um ano, a pena privativa de liberdade poderá ser substituída por (art. 44, §2º):

- ✓ pena restritiva de direitos + multa
- ou
- ✓ 2 penas restritivas de direitos

Pode, contudo, haver aplicação cumulativa de restritiva de direito com multa mesmo quando a condenação seja inferior a um ano: ocorre quando a cominação legal for de pena privativa de liberdade +

multa (o que não se permite é a substituição cumulativa para as duas penas referidas quando se tratar de crimes cuja condenação seja igual ou inferior a 1 ano).

A aplicação de pena restritiva de direitos não é um direito subjetivo do Réu, depende de avaliação do juiz no caso concreto. No entanto, entende-se que o juiz, se presentes os requisitos objetivos, não havendo reincidência em crime doloso, o juiz necessita fundamentar a decisão que não concede a liberdade (Luiz Régis Prado).

Não há impedimento que se dê a substituição mesmo em caso de crimes hediondos (Lei 8.072/90), mesmo que presentes requisitos de natureza objetiva e subjetiva.

3. ESPÉCIES

3.1. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA (art. 45, §1º)

Tem caráter indenizatório, e consiste no pagamento de dinheiro à vítima, seus dependentes ou entidade pública ou privada com destinação social (só se não houver dano ou se não houver vítima imediata/parentes é que o pagamento irá para entidade pública ou privada com destinação social).

Trata-se, na verdade, de uma forma de reparação do dano, pois o valor pago deve ser abatido do valor da condenação civil. Cezar Bitencourt defende a ampliação para enfeixar a composição civil do JECrim (compensação da prestação pecuniária decorrente de transação penal ou condenação em audiência – art. 81, lei 9099/95 – com eventual composição civil – em se tratando de ação penal pública incondicionada, pois nas outras, a composição civil faz extinguir a punibilidade).

O juiz deve fixar a importância entre 1 e 360 salários mínimos – alguns questionam a constitucionalidade dessa vinculação, vide CF, art. 7º, IV, *in fine*.

3.2. PRESTAÇÃO DE OUTRA NATUREZA – INOMINADA (art. 45, §2º)

O art. 45, § 2º preceitua que, aceitando o beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza (cestas básicas, medicamentos, etc.). Não pode ter natureza pecuniária (não pode ser multa, perda de bens ou valores nem prestação pecuniária); acontece que pena inominada é igual a pena indeterminada, o que feriria o princípio da reserva legal...

A substituição tem de ter caráter consensual, pois precisa da concordância prévia do beneficiário – se já estiver em grau recursal, o processo deve baixar para ser examinado o cabimento e eventual oitiva do beneficiário (o Tribunal não pode aplicar essa pena). Cezar Bitencourt entende que o beneficiário de que trata o dispositivo não é o condenado, mas aquele que se beneficiaria com o resultado da prestação pecuniária que seria aplicada.

3.3. PERDA DE BENS E VALORES (art. 45, §3º)

A perda de bens e valores visa impedir que o Réu obtenha qualquer benefício em razão da prática do crime. Deve-se distinguir o confisco-efeito da condenação do confisco-pena: o primeiro se refere a instrumentos e produtos do crime (art. 91, II, a e b), enquanto o segundo relaciona-se com o patrimônio do condenado, indo para o Fundo Penitenciário Nacional, motivo pelo que se questiona sua constitucionalidade.

A perda de bens incidirá sobre o maior dos valores:

- o montante do prejuízo causado
- o provento obtido pelo agente ou por terceiro pela prática do crime.

3.4. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE OU A ENTIDADES PÚBLICAS (art. 46)

A prestação de serviços à comunidade consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado, de acordo com as suas aptidões, que deverá ser cumprida em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos afins, em programas comunitários ou estatais.

Pode ser aplicada para as condenações superiores a 6 meses de privação de liberdade. Penas inferiores a 6 meses estão sujeitas a outras penas alternativas, não de prestação de serviços à comunidade.

A prestação de serviços à comunidade deve ser cumprida à razão de 1 hora de trabalho para cada dia da condenação. Em outras palavras, para cada hora de trabalho, o condenado diminuirá um dia de condenação. Mas como a prestação de serviços deve, em regra, ter a mesma duração (CP., art. 55) da pena privativa de liberdade cominada (ex: pena de 9 meses de detenção = 9 meses de prestação de serviços à comunidade), a regra é que o condenado trabalhe uma hora por dia. Contudo, se a pena substituída for superior a 1 ano, poderá o condenado cumprir a pena de prestação em menos tempo, nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada. Isto é, quando a pena substituída for superior a 1 ano, o agente pode trabalhar mais de 1 hora por dia, para cumprir a pena em menos tempo, nunca inferior à metade do tempo da pena fixada. (art. 46, § 4º)

3.5. INTERDIÇÃO TEMPORÁRIA DE DIREITOS (art. 47)

Consiste em:

- proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo → a suspensão é temporária, não precisa ser crime contra a Administração Pública, basta ter havido violação dos deveres inerentes ao cargo, função ou atividade. Não se confunde com a perda do cargo (efeito da condenação, CP, art. 92, I).
- proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público → decorre do crime cometido com prática de violação dos deveres de profissão, atividade ou ofício. Abrange, por conseguinte, apenas a profissão em que ocorreu o abuso, não envolvendo outras profissões que o agente possa exercer.
- suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo → somente para crimes culposos de trânsito quando, à época do crime, o condenado era habilitado ou autorizado a dirigir, não se aplicando à permissão para dirigir veículos (art. 148, §2º, CTB) porque não prevista em lei;
- proibição de frequentar determinados lugares → na verdade, é restritiva de liberdade, e não de direito; deve haver uma relação criminógena entre o lugar em que o crime foi praticado e a personalidade (conduta do apenado), não sendo para qualquer tipo de crime, lugar ou infrator.

Pela sua natureza, deve ser aplicada apenas aos delitos relacionados ao mau uso do direito interditado. Possui caráter preventivo especial (impedir a reincidência) e geral (reflexo econômico). Não se confunde com os efeitos da condenação do art. 92, visto que estes são sanções éticas ou administrativas, e não penais.

3.4. LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA (art. 48)

Consiste na obrigação de permanecer, aos fins-de-semana, por 05 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, no qual serão ministrados cursos e tarefas educativas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As penas restritivas de direito como incidente da execução – art. 180, LEP.

Tais penas podem ser convertidas em privativas de liberdade pelo tempo restante (faz-se a detração), respeitado o saldo mínimo de 30 dias de detenção ou de reclusão (art. 44, §4º, *in fine*).

Isto se dá quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta (o apenado deve ser ouvido) – de ver-se que, se o descumprimento for da prestação pecuniária, como a CF proíbe a prisão por dívida, deve ela ser convertida em dívida de valor e executada como no caso da multa – ou quando sobrevier condenação por crime praticado após a imposição da restrição (se o crime foi prati-

cado antes, não necessariamente e, se a pena posterior for suspensa ou substituída ou for possível o cumprimento das duas condenações de forma simultânea, está autorizada a manutenção da pena restritiva).

As causas especiais de conversão, para cada modalidade de pena restritiva de direitos, está na LEP, a partir do art. 181.

PENAS PECUNIÁRIAS

1. INTRODUÇÃO

A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário de quantia fixada na sentença, calculada em dias-multa. Atinge, portanto, o patrimônio do condenado.

2. APLICAÇÃO

Para a dosimetria da pena de multa, deve o juiz passar por três etapas:

- a) 1ª fase: fixação do número de dias-multa com base em todas as circunstâncias (judiciais, legais agravantes e atenuantes e causas de aumento e diminuição) – mínimo de 10 e máximo de 360.
- b) 2ª fase: valor do dia-multa, tendo em vista a situação econômica do réu (art. 49 e §§) – min. de 1/30 do maior salário mínimo vigente e máximo de 5 vezes esse salário;
- c) 3ª fase: se a multa for ineficaz, em virtude da situação econômica do réu, pode o juiz triplicar o valor (art. 60, §1º).

Preceitua o art. 49, §2º, que, quando da execução, deve haver atualização do valor da multa pelos índices de correção monetária – já entendeu o STJ que o termo *a quo* é a data do fato.

O pagamento pode ser feito integral ou, a requerimento do condenado, pode ser feito de forma parcelada (art. 50); pode ser ainda mediante desconto em folha nos casos do §1º do supracitado artigo, desde que não incida sobre os recursos indispensáveis à sobrevivência do condenado e de sua família (§2º).

Na hipótese de previsão em abstrato de pena privativa de liberdade e de multa para determinado crime, pode o juiz substituir a prisão por uma multa e somá-la com a outra? Damásio de Jesus e Alberto Silva Franco entendem que a substituição pela multa absorveria a outra; já Alexandre de Moraes e Gianpaolo Smanio entendem que o juiz não pode se ater à substituição apenas, devendo somar as multas aplicadas. Há de se ressaltar que a Súmula 171, STJ, diz que "Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativas de liberdade e pecuniária, é defesa a substituição da prisão por multa" (grifamos).

Obs: diz o art. 60, §2º, que a pena privativa de liberdade aplicada não superior a 6 meses pode ser substituída pela de multa, de acordo com os critérios do art. 44, II e III → entende-se tacitamente revogado por força do §2º do art. 44, que permitiu a substituição da prisão não superior a 1 ano por multa (alteração introduzida pela Lei n. 9714/98)

2. EXECUÇÃO DA MULTA NÃO PAGA

Com o trânsito em julgado da sentença condenatória, a multa transforma-se em dívida de valor, devendo ser aplicada a legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive quanto às causas interruptivas e suspensivas da prescrição (art. 51, com redação dada pela Lei n. 9268/96) – assim, não é mais possível a conversão da pena de multa descumprida em detenção. A dúvida que ficou é: a quem cabe promover a sua execução? Damásio de Jesus e Fernando Capez defendem que a atribuição é da Procuradoria Fiscal perante a Vara da Fazenda Pública, com prescrição quinquenal (regras do CTN e da Lei n. 6830/80); já Cezar Bitencourt, Alexandre de Moraes e Gianpaolo Smanio defendem que a atribuição é do Ministério Público perante a Vara das Execuções Criminais (arts. 164 a 167, LEP), com prescrição de dois anos (art. 114, CP) e causas interruptivas e suspensivas da Lei n. 6830/80.

Sobrevindo doença mental, fica suspensa a execução da pena de multa.

SUSPENSÃO CONDICIONAL DA EXECUÇÃO DA PENA – Sursis

1. INTRODUÇÃO

Tendo em vista a falência do sistema penal típico, uma vez que o encarceramento, ao invés de evitar a criminalidade, tem propiciado muitas vezes a reincidência, o *sursis* foi uma das medidas encontradas pelo legislador com o objetivo de funcionar como um substitutivo da pena privativa de liberdade.

A natureza jurídica do instituto gera controvérsias entre os doutrinadores: para uns, trata-se de um substitutivo penal (seria uma pena moral); para outros, é uma causa extintiva do delito e da ação; para terceiros, é uma condição resolutória do direito de punir; a posição dominante defende que é um direito público subjetivo do condenado (Frederico Marques, Mirabete, Cezar Bitencourt, Luiz Régis Prado, Magalhães Noronha).

Em nosso ordenamento, o *sursis*, originário do sistema belga-francês, pressupõe uma sentença penal condenatória – em que a pena aplicada seja privativa de liberdade - cuja execução fica parcialmente suspensa por um determinado período (de 2 a 4 anos em regra) e sob determinadas condições: é uma modificação da forma de cumprimento da pena suspensa, visto que, no primeiro ano do período de prova, a pena é executada sob a forma de pena restritiva de direitos (art. 78, §1º, CP).

É importante salientar que não deve ser confundido com a suspensão condicional do processo, instituto previsto no art. 89 da Lei n. 9099/95, pelo qual, como o próprio nome diz, observados os pressupostos, dá-se a suspensão do andamento do processo, enquanto no *sursis*, há todo um processo com sentença condenatória transitada em julgado e o que se suspende é somente a execução da pena aplicada.

2. REQUISITOS

Os requisitos para a concessão do *sursis* dividem-se em objetivos e subjetivos. Os primeiros são:

- a) Natureza da pena – só é admissível *sursis* quando for imposta pena privativa de liberdade (CP. art. 77). Não é admissível *sursis* quando a pena for restritiva de direitos ou multa.
- b) Quantidade da pena privativa de liberdade – a pena imposta não deve ser superior a dois anos (art. 77, *caput*), com exceção do art. 77, §2º que fixa pena não superior a quatro anos em caso de condenado maior de 70 anos ou que apresente sérios problemas de saúde ;
- c) Inaplicabilidade de penas restritivas de direitos (arts. 44 e 77, III);

Já os requisitos subjetivos são:

- a) não reincidência em crime doloso (art. 77, I); de notar-se que a condenação anterior em pena de multa não impede o benefício (art. 77, §1º), nem mesmo a concessão do perdão judicial;
- b) prognose favorável de não voltar a delinquir – mediante a análise da culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e circunstâncias do crime (art. 77, II).

O condenado tem a faculdade de concordar ou não com a concessão do *sursis*, preferindo se submeter ao cumprimento da pena.

3. ESPÉCIES

Existem 4 espécies de *sursis* pelo CP, uma delas introduzida pela Lei n. 9714/98:

- a) *sursis* simples ou comum → o condenado deve prestar, no primeiro ano do prazo, serviço a comunidade ou submeter-se à limitação de fim de semana – é condição obrigatória;
- b) *sursis* especial → o cumprimento da pena restritiva de direito mencionada anteriormente é dispensado, desde que, além de reunir todos os requisitos necessários à concessão do *sursis* simples, o condenado tenha reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e as circunstâncias do art. 59 do CP lhe sejam totalmente favoráveis. Neste caso, as condições do *sursis* simples são substituídas por três outras, mais brandas:
 - não frequentar determinados lugares;

- não se ausentar da comarca onde reside sem autorização judicial;
 - comparecer pessoalmente a juízo, todos os meses, para informar e justificar as suas atividades (art. 78, §2º);
- c) *sursis* etário → para condenados maiores de 70 anos, reunidos os requisitos para o *sursis* simples; a pena não pode ser superior a 4 anos; o período de prova passa a suspensão se dará de 4 a 6 anos (art. 77, §2º, 1ª parte);
- d) *sursis* humanitário → para condenados com sérios problemas de saúde, também reunidos os requisitos do *sursis* simples e para penas não superiores a 4 anos e a suspensão se dará de 4 a 6 anos (art. 77, 2º, *fine*).

4. CONDIÇÕES

As condições do *sursis* podem ser legais e judiciais: as legais estão nos art. 78, §1º (*sursis* simples) e §2º (*sursis* especial), as quais já foram mencionadas. As judiciais ficam a critério do juiz, “*desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado*” (art. 79). A fiscalização do cumprimento das condições fica a cargo do serviço social penitenciário, patronatos, conselho da comunidade, os quais são inspecionados pelo MP e Conselho Penitenciário.

O período de prova (lapso temporal durante o qual o condenado estará sujeito às condições impostas como garantia de sua liberdade), conforme já visto, pode ser de dois a quatro anos (*sursis* simples ou especial) ou de quatro a seis anos no caso de *sursis* etário ou humanitário; tratando-se de contravenção, será de um a três anos (art. 11, LCP).

5. REVOGAÇÃO E PRORROGAÇÃO DO PERÍODO DE PROVA

A revogação do benefício pode se dar de forma obrigatória ou facultativa. São causas de revogação obrigatória (art. 81, CP):

- condenação irrecorrível por crime doloso → a condenação a pena de multa não é causa revogatória, assim como a condenação por contravenção ou por crime culposo;
- frustrar, embora solvente, a execução da pena de multa → não é o mero inadimplemento, mas a frustração da execução. Régis Prado entende que, em face da Lei 9.268/96, pelo qual a multa não mais se converte em privação da liberdade, não seria mais causa obrigatória de revogação;
- não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano;
- descumprir as condições do art. 78, § 1º - prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana;

O art. 161, LEP traz também o não comparecimento, injustificado, do réu à audiência admonitória.

São causas de revogação facultativa do benefício (dependem da discricionariedade do juiz, o qual, em vez de revogar, pode prorrogar o período de prova) – art. 81, §1º:

- descumprimento de outras condições do *sursis*;
- condenação irrecorrível por crime culposo ou contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

Haverá prorrogação obrigatória e automática do período de prova se o beneficiário estiver sendo processado por outro crime ou contravenção (art. 81, §2º) – o prazo ficará prorrogado até o julgamento definitivo, independente de manifestação judicial; todavia as condições impostas não subsistem além do prazo anteriormente estabelecido.

Nos casos de revogação facultativa, o juiz poderá, ao invés de decretá-la, preferir impor a prorrogação do período de prova até o máximo, se este não foi o fixado (art. 81, §3º) – neste caso, as condições impostas subsistem durante a prorrogação.

Por fim, estatui o art. 82, CP, que “*expirado o prazo sem que tenha havido revogação, considera-se extinta a pena privativa de liberdade*”.

LIVRAMENTO CONDICIONAL

1. INTRODUÇÃO

O livramento condicional consiste na antecipação da liberdade ao condenado que cumpre pena privativa de liberdade, desde que cumpridas determinadas condições durante certo tempo. Serve como estímulo à reintegração na sociedade daquele que aparenta ter experimentado uma suficiente regeneração. Traduz-se na última etapa do cumprimento da pena privativa de liberdade no sistema progressivo, representando uma transição entre o cárcere e a vida livre.

Quanto à sua natureza jurídica, a doutrina diverge: para uns, é apenas a última fase do sistema progressivo; para os autores italianos, é uma fase de execução da pena, a qual sofre uma modificação em seu último estágio; para a maioria da doutrina brasileira, trata-se de direito público subjetivo do apenado, se preenchidos os requisitos.

2. REQUISITOS

Podem ser de duas ordens: objetiva e subjetiva. São requisitos objetivos necessários à concessão do livramento condicional:

- a) pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos (art. 83, *caput*) → admite-se a soma das penas, mesmo que em processos distintos, para atingir esse limite mínimo, bem como a detração penal. A condenação a pena inferior a dois anos pode ensejar o *sursis*, jamais o livramento;
- b) cumprimento parcial da pena → o tempo mínimo necessário para a concessão do livramento dependerá de dois fatores: a reincidência e a natureza do crime, de acordo com a seguinte tabela:
 - deve cumprir mais de um terço (1/3) da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes, (art. 83, I);
 - deve cumprir mais da metade (1/2) da pena se ele for reincidente em crime doloso, (art. 83, II);
 - deve cumprir mais de dois terços (2/3) da pena se, condenado por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, desde que não reincidente específico em crimes desta natureza, (art. 83, V);
 - O reincidente específico em crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo não tem direito a livramento condicional. Ressalte-se que essa reincidência específica é em qualquer dos crimes desta natureza, não necessitando que a reincidência seja pelo mesmo delito (p. ex.: é reincidente específico quem é condenado por extorsão mediante seqüestro (CP., art. 159) e depois por latrocínio (CP., art. 157, § 3º).
- c) reparação do dano, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo (art. 83, IV).

São requisitos subjetivos do livramento condicional:

- a) bons antecedentes → para o condenado que não seja reincidente em crime doloso; se for reincidente, com ou sem bons antecedentes, deverá cumprir mais da metade da pena para poder pleitear o benefício;
- b) comportamento satisfatório durante a execução → não é somente durante o encarceramento, deve ser satisfatório dentro e fora da prisão (trabalho externo, cursos de instrução), como indício de readaptação social;
- c) bom desempenho no trabalho;
- d) aptidão para prover a própria subsistência com trabalho honesto;
- e) prognose favorável → diz o art. 83, parágrafo único, que “*para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará*”

a *delinquir*"; essa comprovação pode ser feita por exame criminológico, se o juiz entender necessário.

3. CONDIÇÕES DO LIVRAMENTO CONDICIONAL

Tal qual no *sursis*, existem condições de imposição obrigatória e facultativa; por ser um período de transição entre o encarceramento e a liberdade definitiva, as condições representam restrições à liberdade de locomoção.

São condições obrigatórias a serem cumpridas durante o benefício (art. 132, §1º, LEP):

- a. obter ocupação lícita, em tempo razoável, se for apto para o trabalho;
- b. comunicar ao juiz periodicamente a sua ocupação;
- c. não mudar de comarca sem autorização judicial.

As condições de imposição facultativa ficam a cargo do juiz e, dentre elas, a LEP enumera as seguintes:

- d. não mudar de residência sem comunicar ao juiz e às autoridades incumbidas da observação e proteção cautelar;
- e. recolher-se à habitação em hora fixada;
- f. não freqüentar determinados lugares.

A doutrina ainda aponta que o juiz poderá impor como condição que o liberado abstenha-se de praticar infrações penais.

As condições judiciais podem ser modificadas no curso do livramento para atender aos fins da pena e à situação do condenado (art. 144, LEP). Não havendo aceitação das condições impostas ou alteradas, a pena deverá ser cumprida normalmente, ficando sem efeito o livramento condicional.

4. REVOGAÇÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL

Segundo o art. 86, CP, são causas de revogação obrigatória do benefício:

- a) se o liberado vem a ser condenado irrecorrivelmente a pena privativa de liberdade por crime cometido durante a vigência do livramento
- b) se o liberado vem a ser condenado irrecorrivelmente a pena privativa de liberdade por crime por crime anterior, neste caso observando-se o disposto no art. 84.

Neste caso, se, somando-se as penas da nova condenação com a anterior o liberado poderá continuar em liberdade, se o tempo de cumprimento da pena atual - incluído o período em que esteve em liberdade condicional – for tempo suficiente para o livramento condicional em relação às duas penas somadas.

Ex: Em outubro de 1990, A, reincidente, foi condenado a 10 anos de reclusão. Em outubro de 1995, foi concedido livramento condicional. Em janeiro de 1998, foi condenado a 4 e 2 meses anos por crime cometido em setembro de 1990. No caso, somando-se as penas, o agente teria um total de 14 anos e 2 meses. Como o cumprimento teve início em outubro de 1990, ele, somadas as penas, teria um total a cumprir de 7 anos e 1 mês. Assim, quando foi condenado, em janeiro de 1998, o sujeito já cumprira (contados período preso e período do livramento) 7 anos e 3 meses, prazo que lhe facultava permanecer em liberdade.

Se o tempo da pena não for suficiente, o condenado regressará à prisão e, quando completar o tempo, poderá voltar à liberdade condicional.

Existem também as causas de revogação facultativa: ocorrendo uma delas, o juiz terá três opções: revogar o livramento, advertir o liberado ou agravar as condições. Se o juiz decidir pela revogação, deverá ouvir antes o liberado.

Pelo art. 87, CP, as causas de revogação facultativa são:

- a) o descumprimento de qualquer das condições obrigatórias ou facultativas impostas;
- b) a condenação irrecorrível por crime ou contravenção a pena que não seja privativa de liberdade (e aí não importa se a infração foi cometida antes ou depois de concedido o benefício). Quanto à condenação irrecorrível a pena privativa de liberdade por contravenção, houve um equívoco do legislador, que se esqueceu de contemplá-la – para alguns, tal omissão não pode ser suprida pelo juiz; para outros, como Cezar Bitencourt e Mirabete, deve ser considerada como causa de revogação facultativa, pois se a aplicação de pena menos grave (restritiva de direito ou multa) é uma dessas causas, a de pena mais grave (privativa de liberdade) também tem que ser.

Os efeitos da revogação (art. 88, CP) irão variar a depender da sua causa:

- a) em caso de condenação irrecorrível por crime praticado antes do livramento, terá direito à obtenção de novo livramento, inclusive no que se refere à pena que estava sendo cumprida, as duas penas poderão ser somadas a fim de se obter novamente o benefício e o período de prova é computado como de pena efetivamente cumprida;
- b) em caso de condenação irrecorrível por crime praticado durante a vigência do livramento, não haverá possibilidade de novo benefício em relação à mesma pena, que terá de ser cumprida integralmente, não se computando o prazo em que esteve solto; quanto à nova pena, poderá obter o benefício se observados os requisitos;
- c) havendo descumprimento das condições impostas, o apenado terá de cumprir a pena integralmente, não se computando o período de prova, e não será possível obter-se novamente o mesmo benefício;
- d) em caso de condenação por contravenção, os efeitos serão os mesmos de descumprimento das condições impostas.

5. PRORROGAÇÃO DO LIVRAMENTO E EXTINÇÃO DA PENA

Diz o art. 89, CP: *“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”*. Para os doutrinadores, isto significa que haverá prorrogação do livramento enquanto estiver correndo o processo do referido crime, mas apenas o período de prova é prorrogado, não subsistindo as condições; Cezar Bitencourt defende que não há prorrogação do benefício, somente a pena privativa de liberdade não poderá ser declarada extinta, pois, havendo condenação, revogar-se-á a liberdade condicional que estava suspensa, não se considerando o período de prova como de pena cumprida.

Quanto ao processo por crime praticado antes da vigência do benefício, conforme já foi mencionado, o período de prova é computado como de pena cumprida e, chegando ele ao fim, a pena deverá ser declarada extinta, ainda que o outro processo esteja em andamento.

Em suma, a chamada “prorrogação do livramento” somente ocorrerá para o caso de processo por crime praticado durante a vigência do benefício, não se estendendo às contravenções e não subsistindo as condições impostas na sentença.

EFEITOS DA CONDENAÇÃO

1. INTRODUÇÃO

A sentença penal condenatória produz, como efeito principal, a imposição da sanção penal ao condenado, ou, se inimputável, a aplicação da medida de segurança. Produz, todavia, efeitos secundários, de natureza penal e extrapenal.

Os efeitos penais secundários encontram-se espalhados por diversos dispositivos no CP, no CPP e na LEP, tais como a revogação do sursis e do livramento condicional, a caracterização da reincidência no caso de cometimento de novo crime, a impossibilidade de benefícios em diversos crimes (art. 155, § 2º, 171, § 1º), inscrição no rol dos culpados, etc.

Os efeitos extrapenais secundários estão dispostos nos arts. 91 (efeitos genéricos) e 92 (efeitos específicos), ambos do CP.

Os efeitos genéricos decorrem da própria natureza da sentença condenatória, abrangem todos os crimes e não dependem de pronunciamento judicial (são automáticos); já os efeitos específicos limitam-se a alguns crimes, dependendo de pronunciamento judicial a respeito, e não se confundem com as penas de interdição temporária de direitos, visto que estas são sanções penais, substituindo a pena privativa de liberdade pelo tempo de sua duração, enquanto aqueles são conseqüências reflexas do crime, permanentes e de natureza extrapenal.

2. EFEITOS GENÉRICOS

São efeitos genéricos da condenação (art. 91):

- a) tornar certa a obrigação de indenizar → a sentença penal condenatória vale como título executivo judicial (CPC, art. 584, II). Dispõe o CPP, art. 63, que *“transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover a execução, no juízo cível, para efeito de reparação do dano, o ofendido, seu representante legal e seus herdeiros.”* Assim, no juízo Cível, não precisará o interessado obrigá-lo a comprovar, autoria, materialidade e ilicitude. Pode a vítima partir diretamente para a execução, que deverá ser movida contra a pessoa que figura no título, na sentença (em outras palavras, o Réu na ação criminal). O responsável civil que não consta do título (que não foi condenado no processo crime) não poderá ser executado, sendo necessária uma ação de conhecimento anterior; se ela não quiser aguardar o desfecho da ação penal, pode ajuizar uma ação civil *ex delicto*, sendo que, por se tratar de obrigação de indenizar, transmite-se aos herdeiros do agente, até as forças da herança; de ver-se que uma sentença absolutória não impede a ação civil *ex delicto*, desde que não baseada em inexistência do fato, negativa de autoria ou que o agente atuou sob o manto de uma excludente de ilicitude;
- b) perda em favor da União:
 - ✓ dos instrumentos do crime → neste caso, o Estado visa evitar que instrumentos cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito fiquem na posse do condenados. Assim como efeito automático da condenação, esses bens serão confiscados (e o lesado ou terceiro de boa fé deverão ter autorização especial para poderem ficar com tais instrumentos – ex: colecionador de armas de guerra). Neste caso, não são confiscados instrumentos que eventualmente foram utilizados para a prática do delito, mas somente aqueles que, por sua natureza, tem destinação específica criminosa ou aquelas cujo porte, p. ex. seja proibido dos produtos ou proveitos do crime, ressalvado o direito de lesado e terceiro de boa-fé → visa impedir que o agente tenha proveito com o crime. Deste modo tudo aquilo que o agente, direta ou indiretamente, tenha obtido em decorrência da prática do crime, deverá ser, em princípio, restituído ao lesado ou ao terceiro de boa-fé, só se operando o confisco em favor da União do valor que sobejar, ou quando inexistir lesado ou terceiro de boa-fé.

Este confisco somente se aplica aos crimes e prescreve com a condenação, mas não é suspenso com a concessão do *sursis*. A pena restritiva de direito de perdimento de bens, acrescida pela Lei 9.714/98 tem preferência, pois se trata de pena, efeito principal da condenação.

3. EFEITOS ESPECÍFICOS

Os efeitos específicos não são automáticos, devendo ser motivadamente impostos na sentença. São efeitos específicos da condenação (art. 92):

- a) perda do cargo, função pública ou mandato eletivo → aplica-se aos crimes que o funcionário público tenha cometido com violação de dever se a condenação:
 - ✓ for igual ou superior a um ano em caso de crime praticado com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração
 - ✓ for superior a quatro anos por qualquer outro crime; a perda refere-se apenas àquele cargo/função/atividade em que houve o abuso, podendo o condenado ser investido em outro;
- b) incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela → em caso de crimes dolosos, apenados com reclusão, praticados contra filho, tutelado ou curatelado; tal incapacidade poderá ser eliminada pela reabilitação, contudo esta somente atinge os outros filhos, tutelados ou curatelados, não se estendendo àquele contra o qual o crime foi cometido;
- c) inabilitação para dirigir veículo utilizado para a prática de crime doloso → não se confunde com a proibição temporária aplicável aos autores de crimes culposos de trânsito, que é pena restritiva (art. 43, III, CP). Pode atingir inclusive quem não tenha habilitação; pode tal efeito ser eliminado com a reabilitação.

REABILITAÇÃO

1. INTRODUÇÃO

Segundo Cezar Bitencourt, “trata-se de medida de política criminal que objetiva restaurar a dignidade pessoal e facilitar a reintegração do condenado à comunidade, que já deu mostras de sua aptidão para exercer livremente a sua cidadania”. Declara-se judicialmente que estão cumpridas ou extintas as penas impostas ao sentenciado, garantindo o sigilo dos registros sobre o processo. É também causa de suspensão condicional dos efeitos secundários específicos da condenação.

Diz o parágrafo único do art. 94 que, se a reabilitação for negada, poderá ser requerida a qualquer tempo, desde que instruído com novas provas dos requisitos necessários.

2. PRESSUPOSTOS E REQUISITOS NECESSÁRIOS

Os pressupostos para que o pedido de reabilitação seja aceito são condenação irrecorrível e decurso de tempo de dois anos a partir do dia em que foi extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução; de notar-se que deve ser computado o período de prova do *sursis* e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação (art. 94, *caput*).

Ainda, são necessários os requisitos previstos nos incisos do referido art. 94, quais sejam que o interessado tenha domicílio no país durante o prazo acima referido; que tenha dado, durante esse período, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado, não apenas durante os dois anos subseqüentes à extinção ou cumprimento da pena, mas também durante todo o período que antecede a reabilitação; que tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de fazê-lo, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida. Entende Mirabete que a prescrição civil da dívida também permite a reabilitação, mesmo sem a efetiva reparação do dano.

O juízo competente para conhecer do pedido de reabilitação é o da condenação (art. 743, *caput*, CPP), e o recurso cabível da decisão que concede ou denega o pedido é a apelação, visto se tratar de decisão com força de definitiva (art. 593, II, CPP), sendo caso também do recurso *ex officio*, previsto no art. 746, CPP.

3. EFEITOS DA REABILITAÇÃO

A reabilitação não rescinde a condenação, não extingue os seus efeitos, mas apenas restaura alguns direitos, suspendendo alguns dos efeitos penais da condenação, que, a qualquer tempo, poderão ser restabelecidos se a reabilitação for revogada.

São conseqüências da reabilitação: sigilo sobre os registros criminais do processo e da condenação e suspensão condicional de alguns dos efeitos da condenação.

Quanto à primeira, deve-se notar que, segundo o art. 202 da LEP, ela é obtida de forma imediata e automática, não sendo necessário esperar o prazo de dois anos para a reabilitação, e impede apenas a divulgação dos registros criminais, ressalvadas certas hipóteses, não constituindo um cancelamento definitivo deles. As referidas hipóteses em que pode haver quebra do sigilo são:

- a) quando, concedido o *sursis*, as informações forem requisitadas pelo MP ou pelo juiz para instruir processo criminal (art. 163, §2º, da LEP);
- b) quando, cumprida ou extinta a pena, independente de reabilitação, as informações forem para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos previstos em lei, como concurso público, fins eleitorais (art. 202 da LEP);
- c) quando, concedida a reabilitação, as informações forem requisitadas por juiz criminal (art. 748 da LEP). Assim, o sigilo obtido pela reabilitação é mais amplo.

No que se refere à segunda conseqüência, a reabilitação não atinge todos os efeitos da condenação, como os efeitos penais diretos, a reincidência, a obrigação de indenizar e o confisco dos instrumentos

e produtos do crime, mas apenas aqueles previstos no art. 92, CP, “*vedada a reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo*”.

4. REVOGAÇÃO DA REABILITAÇÃO

De acordo com o art. 95, CP, “*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 a de multa*”. Lembra Cezar Bitencourt que, embora a lei fale em pena que não seja de multa, não será possível a condenação a pena restritiva de direitos, visto que a reincidência impede a substituição por tal pena (art. 44, II). Revogada a reabilitação, os efeitos suspensos se restabelecem.

MEDIDAS DE SEGURANÇA

1. INTRODUÇÃO

Antes da 1984, o CP estabelecia o sistema do duplo binário, pelo qual era possível a aplicação de pena e de medida de segurança aos imputáveis e aos semi-imputáveis, ferindo o princípio do *ne bis in idem*. Com a Reforma Penal de 84, houve substituição pelo sistema unitário ou vicariante: assim, o fundamento da pena passou a ser exclusivamente a culpabilidade, enquanto que o da medida de segurança é a periculosidade aliada com a inimputabilidade. Desta forma, atualmente, uma das duas espécies de sanção penal é aplicada alternativamente:

- ✓ pena, para os imputáveis;
- ✓ medida de segurança, para os inimputáveis,
- ✓ pena ou medida de segurança para os semi-imputáveis – nunca as duas – sendo que, neste caso, será necessária a comprovação da periculosidade, a fim de que se substitua a pena aplicada pela medida de segurança correspondente.

As medidas de segurança, como meios de invasão do Estado na esfera de liberdade do indivíduo, sujeitam-se ao princípio da legalidade e a todos os demais princípios constitucionais aplicáveis às penas.

A medida de segurança, como intervenção penal, está sujeita ao princípio da legalidade, só podendo ser imposta quando prevista em lei, diante da prática, por inimputável (ou, excepcionalmente, por semi-imputável) de fato definido como crime e a periculosidade do agente. Além disso, é preciso que não ocorra qualquer causa excludente de ilicitude.

2. DIFERENÇAS ENTRE PENA E MEDIDA DE SEGURANÇA

Segundo Cezar Bitencourt, podem ser estabelecidas quatro diferenças básicas entre as penas e as medidas de segurança:

- a. as penas têm caráter retributivo-preventivo; as medidas de segurança, caráter preventivo;
- b. as penas têm como fundamento a culpabilidade; as medidas de segurança, a periculosidade;
- c. as penas são determinadas; as medidas não têm prazo determinado;
- d. as penas aplicam-se aos imputáveis e aos semi-imputáveis; as medidas, aos inimputáveis e, excepcionalmente, aos semi-imputáveis.

3. REQUISITOS DE MEDIDAS DE SEGURANÇA

A doutrina traz um elenco de três requisitos para a aplicação de medidas de segurança:

- a) prática de fato típico punível → significa que não pode haver excludente de criminalidade ou de culpabilidade (com exceção da inimputabilidade) ou ausência de provas;
- b) periculosidade do agente → trata-se de um juízo de probabilidade de que o agente, tendo em vista a sua conduta anti-social e anomalia psíquica – voltará a delinquir. Pode ser presumida (quando o sujeito é inimputável) ou real (quando é semi-imputável, dependendo de reconhecimento judicial);
- c) ausência de imputabilidade plena → o imputável não pode sofrer medida de segurança, somente pena; apenas os inimputáveis e os semi-imputáveis que precisarem de especial tratamento preventivo sujeitam-se à medida de segurança.

4. ESPÉCIES

Segundo o art. 96, CP, são duas as espécies: a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à sua falta, em outro estabelecimento adequado e sujeição a tratamento ambulatorial;

neste último caso, quando o crime for punível com detenção (art. 97, *caput*, parte final) e as condições pessoais do agente indicarem a compatibilidade com essa medida mais branda.

Imposto pelo juiz o tratamento ambulatorial, pode o juiz substituí-lo pela internação, quando a conduta do sentenciado recomendar a necessidade desta providência. Não há previsão, no entanto, de substituição de internação por tratamento ambulatorial.

Havendo cessação da periculosidade comprovada por perícia médica, a medida de segurança é revogada (art. 178, LEP) – na verdade, suspensa – pelo prazo de um ano, com a desinternação ou liberação do agente, que são provisórias; findo este prazo sem que tenha havido a prática de fato indicativo da persistência da periculosidade, há a extinção definitiva da medida, todavia se houver a prática, a situação anterior será restabelecida (art. 97, §3º, CP).

5. DURAÇÃO

As duas medidas têm duração indeterminada: perduram enquanto não cessada a periculosidade, comprovada por perícia médica. A doutrina mais moderna entende que a duração da medida de segurança não pode ultrapassar o máximo da pena abstratamente cominada ao delito. O prazo mínimo estabelecido na lei de um a três anos (art. 97, §1º) é apenas para delimitar quando o primeiro exame pericial deve obrigatoriamente ser feito. O juiz não pode estabelecer prazo além do máximo ou aquém do mínimo estabelecido em lei. Incide a detração na Medida de segurança, de modo que computa-se na contagem do prazo mínimo o período de prisão provisória ou de internação (arts. 41 e 42 CP).

6. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Todas as causas de extinção da punibilidade incidem sobre as medidas de segurança, uma vez que, de acordo com o art. 96, parágrafo único, “*extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta*”.

No que se refere à prescrição, os prazos são os mesmos dos arts. 109 e 110, ambos do CP. Tratando-se de prescrição da pretensão punitiva, suas três subespécies (em abstrato, retroativa e intercorrente) podem ocorrer em relação ao semi-imputável; quanto ao inimputável, apenas a primeira, pois, sendo absolvido, não terá pena concretizada. Se for o caso de prescrição da pretensão executória, para o inimputável o prazo será regulado pelo máximo da pena cominada em abstrato; para o semi-imputável, como o juiz aplica uma pena e depois a substitui pela medida, o prazo regular-se-á por essa pena.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apenas com o trânsito em julgado da sentença pode-se falar em execução da medida de segurança, a qual exige a expedição da guia de internamento ou tratamento ambulatorial.

A pena poderá ser substituída por medida de segurança em dois casos: quando se tratar de condenado semi-imputável que precise de “especial tratamento curativo” (art. 98, CP); ou ainda quando sobrevier doença mental ao condenado, que deverá “*ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou, à falta, a outro estabelecimento adequado*”, nos termos do art. 41, CP. De notar-se que, em ambos os casos, a medida de segurança não pode perdurar por prazo superior ao da pena substituída.

É possível, ainda, a conversão do tratamento ambulatorial em internação do agente em qualquer fase se for necessário para fins curativos (art. 97, §4º, CP).

Por fim, estatui o art. 97, §2º, CP, que a cessação da periculosidade deverá ser comprovada por perícia médica, após o término do prazo mínimo de duração da medida (um a três anos); depois, o exame deverá ser repetido anualmente ou a qualquer tempo, se assim determinar o juiz da execução.

PUNIBILIDADE

1. CONCEITO

É a possibilidade jurídica de impor uma sanção ao autor de uma infração penal. Não é estrato analítico do crime, mas sua consequência. Trata-se de uma relação jurídica entre o autor e o Estado e tem duas dimensões: sob o prisma do Estado, o direito de punir (*jus puniendi*), de abstrato, passa à concreção; sob o ângulo do agente, a privação de um bem jurídico, de abstrato, passa a ser possível.

Há situações em que, embora o crime esteja configurado em todos os seus estratos (tipicidade, ilicitude e culpabilidade), a punibilidade não se dá porque subordinada a condições objetivas de punibilidade ou porque algum fator pessoal a impede de se formar (escusas absolutórias).

2. CONDIÇÕES OBJETIVAS DE PUNIBILIDADE

Condições objetivas de punibilidade são acontecimentos externos e posteriores ao delito aos quais a lei sujeita a possibilidade de exercer o direito de punir. Suspendem a punibilidade, pois, enquanto não se realizam, ela não surge. Por serem situações de fato ou jurídicas estranhas aos elementos do crime, não são requisitos dele. Exs: sentença declaratória de falência quanto aos crime falimentares em que a ação é anterior à sentença; entrada do agente em território nacional e ser o fato punível também no país em que o crime foi praticado quanto à aplicação de lei penal brasileira a fatos cometidos no estrangeiro.

3. ESCUSAS ABSOLUTÓRIAS

Já as escusas absolutórias são causas pessoais de isenção de pena que impedem o surgimento da punibilidade por razões de utilidade pública ou Política Criminal. São condições impeditivas de punibilidade, uma vez que, ocorrendo, a punibilidade não se forma. Não excluem qualquer requisito do crime, não são discriminantes ou dirimentes e não aproveitam aos co-autores ou partícipes a que não se refiram. Exs: isenção de pena prevista no art. 181, CP, referente aos crimes contra o patrimônio praticados sem violência, p.Ex: do filho contra o pai, ou do marido em relação à mulher; relação de parentesco no favorecimento pessoal (art. 348, §2º, CP).

É importante ressaltar que as condições objetivas e as escusas absolutórias têm o efeito de impedir a formação da punibilidade, não se confundindo com as causas de extinção de punibilidade, que são acontecimentos que obstam o Estado de exercer o direito de punir que já havia surgido, que serão estudadas posteriormente.

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

1. INTRODUÇÃO

Muitas vezes, o fato se torna punível, mas a sua punibilidade se extingue em decorrência das causas de extinção da punibilidade, isto é, eventos que impedem o Estado de exercer o direito de punir (extinção da pretensão punitiva) ou de submeter o condenado à sanção que lhe foi imposta (extinção da pretensão executória).

As principais causas estão no art. 107, CP, todavia existem outras hipóteses, como o cumprimento das condições do *sursis* (art. 82), a morte do ofendido no crime de adultério (art. 240, §2º), etc.

Deve-se atentar para o fato de que algumas causas são provenientes de fatos naturais, independentes da vontade (morte do agente, decurso do tempo), enquanto outras são atos jurídicos extintivos (renúncia, perdão, casamento do ofendido, clemência soberana, retratação, reparação do dano) e, pelo menos uma resulta do próprio sistema penal (*abolitio criminis*). Ainda, existem causas comuns a qualquer espécie de crime e outras que só se verificam em determinadas espécies de crime (casamento do ofendido, perdão judicial, renúncia, etc.).

Sistematizando-se as causas quanto aos seus efeitos, elas podem ser classificadas em:

- a) causas de extinção exclusiva da pretensão punitiva
 - a. decurso do tempo pela decadência e preempção;
 - b. manifestação de vontade do ofendido pela renúncia do direito de queixa e perdão aceito nos crimes de ação penal privada;
 - c. retratação do agente;
 - d. casamento do agente com a vítima nos crimes contra os costumes;
 - e. casamento da vítima com terceiro nos crimes contra os costumes;
 - f. perdão judicial
- b) causa de extinção exclusiva da pretensão executória:
 - a. clemência soberana pelo indulto e graça
- c) causas de extinção da pretensão punitiva e da pretensão executória:
 - a. morte do agente;
 - b. clemência soberana pela anistia;
 - c. *abolitio criminis*;
 - d. decurso do tempo pela prescrição.

2. CAUSAS DO ART. 107, CP

2.1. MORTE DO AGENTE

Como já visto, pode extinguir tanto a pretensão punitiva quanto a pretensão executória, visto que a responsabilidade penal é personalíssima. A Constituição preceitua que nenhuma pena passará da pessoa do condenado (art. 5º, XLV). Se já houver sentença, não se afetam seus efeitos necessários, quais sejam, reparação do dano e confisco.

É preciso documento oficial para comprovação da morte (certidão de óbito), não podendo ser substituído por nenhum outro, como laudo necroscópico, declaração hospitalar, etc, sendo que a falsidade da certidão constitui crime autônomo (arts. 297 a 304, CP) e, comprovada, reverte a decisão que, com estribo nela, decretou a extinção da punibilidade – se, porém, já tiver transitada em julgado, a doutrina diverge, uns entendendo que apesar de nula, visto que baseada em prova ilícita, não pode ser rescindida contra o réu, e outros defendendo que a decisão seria inexistente, nunca tendo produzido efeitos realmente, podendo ser simplesmente desconsiderada, desde que não extinta a punibilidade por qualquer outra causa.

2.2. ANISTIA, GRAÇA E INDULTO

Também chamadas pela doutrina de clemência soberana, existem distinções entre eles.

A anistia, esquecimento jurídico do ilícito, é concedida pelo Poder Legislativo, tendo por objeto crimes, em regra, políticos, militares ou eleitorais. É sempre ampla, geral e irrestrita, podendo ser total ou parcial e vir antes ou depois da sentença condenatória irreversível; ainda, extingue todos os efeitos penais, inclusive a reincidência, subsistindo os efeitos civis.

Já a graça e o indulto pressupõem sentença condenatória transitada em julgado e são da competência do Chefe do Executivo, que poderá delegar aos Ministros (art. 84, XII e parágrafo único da CF). Acontece que o indulto dirige-se a um grupo indeterminado de condenados e é delimitado pela natureza do crime e quantidade da pena aplicada, enquanto que a graça tem por objeto crimes comuns e destina-se a um indivíduo determinado, sendo chamada também de indulto individual.

2.3. ABOLITIO CRIMINIS

Pelo princípio da retroatividade da lei penal benéfica, a lei nova que descriminaliza uma conduta tanto extingue o processo já iniciado sob a lei revogada, quanto rescinde a sentença condenatória já prolatada, extinguindo também todos os efeitos penais.

2.4. PRESCRIÇÃO, DECADÊNCIA E PEREMPÇÃO

Por sua importância, a prescrição será estudada em tópico específico.

A decadência é a perda do direito de ação privada ou de representação pela inércia do ofendido nos prazos que a lei estipula (em regra, 6 meses a partir do dia em que a vítima vem a saber quem é o autor do crime ou a partir do escoamento do prazo conferido ao Ministério Público em caso de ação penal privada subsidiária da pública – art. 103; se crime de adultério, um mês após o conhecimento do fato; se crime de imprensa, três meses).

Por sua vez, a perempção, instituto de direito processual penal, é a perda do direito de prosseguir na ação penal privada em virtude de o querelante deixar de tomar as providências necessárias à movimentação do processo, gerando uma presunção de desistência (art. 60, CPP).

2.5. RENÚNCIA E PERDÃO

A renúncia é a manifestação unilateral de falta de interesse de exercer o direito de queixa, podendo ser expressa, tácita ou presumida (art. 74, parágrafo único da Lei n. 9099/95). Somente incide antes de iniciada a ação penal privada e, pelo princípio da indivisibilidade, concedida em relação a um, a todos os co-réus se estende.

O perdão do ofendido é a desistência do querelante de prosseguir na ação penal privada, podendo ser expresso ou tácito; também pelo princípio da indivisibilidade, aproveita a todos os co-réus, mas somente extingue a punibilidade em relação àqueles que o aceitarem porque ato bilateral.

2.6. RETRATAÇÃO

Pela retratação, o agente reconsidera a afirmação que havia feito e, assim, visa a impedir o dano que poderia advir da sua falsidade. É cabível nos crimes de calúnia, difamação, falso testemunho e falsa perícia, sendo que neste último caso, deve ela ser completa e se dar antes de publicada a sentença do processo em que se deu a falsidade, comunicando-se aos demais participantes, ao contrário do que ocorre nos crimes contra honra. No que se refere à injúria, somente é admissível se praticada por meio da imprensa (art. 26, Lei n. 5250/67).

2.7. CASAMENTO DO AGENTE COM A VÍTIMA

Possível nos crimes contra os costumes tipificados nos arts. 213 a 221, CP, excluindo-se, por óbvio, aqueles em que autor e vítima são do mesmo sexo, além das formas qualificadas. Assume um caráter reparatório e equivaleria a um perdão aceito, comunicando-se a extinção da punibilidade aos demais co-autores e partícipes.

Se o casamento se der antes da sentença condenatória definitiva, extingue-se a pretensão punitiva; se após, a pretensão executória, subsistindo os efeitos penais secundários, como a reincidência.

2.8. CASAMENTO DA VÍTIMA COM TERCEIRO

Também incide nos crimes contra os costumes referidos nos arts. 213 a 221, CP (quanto ao estupro, atentado violento ao pudor e rapto violento, desde que a violência seja presumida é possível) e, para que tal se verifique, mister a ocorrência de algumas condições: casamento da vítima com terceiro, ausência de violência real ou grave ameaça, inércia da vítima por mais de 60 dias a contar da celebração do casamento. De notar-se, pois, que esta causa extingue apenas a ação, porque, após a sentença condenatória irrecorrível, o casamento será irrelevante.

2.9. PERDÃO JUDICIAL

É o instituto pelo qual o juiz deixa de aplicar a pena ao réu em virtude da existência de determinadas circunstâncias previstas pela lei – vide CP, arts. 121, §5º, 129, §8º, 140, §1º, I e II, etc.

Para uns, trata-se de mero favor do juiz, enquanto outros entendem que, desde que preenchidos os requisitos legais, é um direito público subjetivo de liberdade do indivíduo. Outrossim, há divergência sobre a natureza jurídica da sentença que concede o perdão: parte da doutrina defende que se trata de sentença condenatória, somente livrando o réu da pena e do pressuposto da reincidência; outra parte considera que, a teor da Exposição de Motivos da Reforma Penal de 84(n. 98), ela é extintiva da punibilidade, sem qualquer efeito penal, principal ou secundário; a Súmula 18 do STJ pacificou o entendimento no sentido de que a sentença que concede o perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade.

3. CRIMES ACESSÓRIOS, CONEXOS E COMPLEXOS

A extinção da punibilidade quanto a esses crimes é independente, pois, conforme preceitua o art. 108, CP: *“a extinção da punibilidade de crime que é pressuposto (crime acessório), elemento constitutivo (crime complexo) ou circunstância agravante (crime complexo) 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”*.

4. PRESCRIÇÃO

Como já visto, é uma das causas de extinção da punibilidade pelo decurso do tempo, impedindo a aplicação da pena ou a sua execução e fundamenta-se: a) na presunção de desinteresse do Estado em exercer o *jus puniendi*; b) no desaparecimento dos efeitos sociais do delito; c) por razões de humanidade e interesse social. Daí porque as hipóteses de imprescritibilidade são exceções que devem constar do texto constitucional (art. 5º, XLII e XLIV – prática do racismo e crimes contra o Estado Democrático).

Há duas modalidades de prescrição no nosso Direito Penal: prescrição da pretensão punitiva ou da ação e prescrição da pretensão executória ou da condenação – o que as distingue é a existência ou não de sentença penal condenatória definitiva, pois, antes desta, fala-se em prescrição da ação e, após, prescrição da condenação.

4.1. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

A prescrição da pretensão punitiva faz com que não subsistam quaisquer dos efeitos penais.

Em regra, ela começa a correr a partir da data da consumação do crime, mas pode ser ainda do dia em que cessou a atividade criminosa, se tentativa; do dia em que cessou a permanência se crime permanente; da data em que o fato se tornou conhecido pela autoridade, se crime de bigamia ou de falsificação de registro (art. 111). Os arts. 116 e 117 trazem um elenco de causas suspensivas e interruptivas respectivamente.

A prescrição da ação se subdivide em: prescrição abstrata, retroativa e intercorrente.

Na prescrição abstrata, como não há condenação, o critério da base de cálculo é o máximo da pena privativa de liberdade cominada em abstrato, observando-se a tabela do art. 109, CP. Devem ser levadas em conta também as majorantes (a que mais aumente) e as minorantes (a que menos diminua) obrigatórias, excluindo-se as causas de exasperação do concurso formal e do crime continuado.

Devem-se considerar, ainda, a redução pela metade prevista no art. 115 (o menor de 21, à época do fato, e o maior de 70, à época da sentença).

Por sua vez, a prescrição retroativa se baseia na pena aplicada na sentença condenatória, visto que, fruto de construção jurisprudencial, entende-se que, desde o princípio, aquela era a pena justa aplicável ao caso. Também deve ser observada a tabela do art. 109. São seus pressupostos a incoerência da prescrição abstrata, sentença penal condenatória e o trânsito em julgado para a acusação ou improvimento de seu recurso (eis que, pela proibição da *reformatio in pejus*, a pena não poderá mais ser aumentada). Seu termo inicial é o do art. 110, §2º, podendo ser considerada entre o fato e o recebimento da denúncia/queixa, ou entre este e a sentença condenatória; o prazo pode ser interrompido ou suspenso (arts. 116 e 117).

De seu turno, a prescrição intercorrente ou subsequente também se baseia na pena *in concreto*, observando-se o art. 109, e começa a correr da sentença condenatória até o trânsito em julgado para acusação e defesa. Seus pressupostos são a incoerência de prescrição abstrata ou retroativa, sentença condenatória e trânsito em julgado para acusação ou improvimento do seu recurso.

4.2. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

Esta prescrição impede que o Estado execute a pena imposta, i.e., o *jus punitiois*, mas faz subsistir todos os demais efeitos do crime, penais ou extrapenais; ocorre após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, regulando-se pela pena aplicada, considerando-se o art. 109. São seus pressupostos não ter acontecido a prescrição da pretensão punitiva, sentença condenatória irrecurável e não satisfação da pretensão executória estatal.

Estabelece o art. 112 o termo inicial da prescrição da condenação: 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; do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo de interrupção deva computar-se na pena (ex: se ocorrer internação em hospital de custódia e tratamento, computa-se o tempo na pena).

4.3. HIPÓTESES DE MODIFICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL

Podem ser de três espécies:

- a) causas suspensivas: enquanto não resolvida questão prejudicial; enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro (art. 116, II); em caso de imunidade parlamentar (art. 53, §2º, CF); se a sentença já estiver transitada em julgado, enquanto o condenado estiver preso por outro motivo. Ainda, a suspensão condicional do processo (Lei n. 9099/95) e nos casos de citação editalícia em que o réu não comparece nem constitui advogado (art. 366, CPP) e de citação por rogatória de réu no estrangeiro, enquanto não cumprida a carta (art. 368, CPP).
- b) causas interruptivas (art. 117): recebimento da denúncia/queixa; pronúncia (data da sua publicação); decisão confirmatória da pronúncia; sentença condenatória recorrível (data da publicação); início ou continuação do cumprimento da pena (de ver-se que, durante o período de prova do *sursis* e do livramento condicional, a prescrição não corre); reincidência (além de aumentar o prazo prescricional em um terço – art. 110, *caput* – interrompe o seu curso; alguns entendem que o momento da interrupção é a data do novo crime, mas a maioria defende que é a da sentença condenatória que reconhece esse crime, pressuposto da reincidência).
- c) causas redutoras do prazo (art. 115): quando o agente, ao tempo do delito, for menor de 21 anos ou quando, na data da sentença, for maior de 70 anos – o prazo prescricional é reduzido pela metade.

Impende notar que, salvo nas hipóteses de início ou continuação do cumprimento da pena e de reincidência, a interrupção da prescrição atinge a todos os co-autores do crime e, em se tratando de crimes conexos, a interrupção da prescrição referente a um deles alcança a todos os outros (art. 117, §2º).

4.4. PRESCRIÇÃO DA PENA DE MULTA

De acordo com o art. 114, CP, a pena de multa prescreve em dois anos quando for a única cominada ou aplicada ou no mesmo prazo estabelecido para a prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada (ver também art. 118). Se a pena de multa for a *única que ainda não foi cumprida*, portanto, o prazo será o da pena privativa de liberdade.